

PRESENTACIÓN

El Instituto Vasco de Criminología – Kriminologiaren Euskal Institutua fue fundado en 1976 por el Prof.Dr.D. Antonio Beristain Ipiña e inició su andadura en San Sebastián en colaboración con el Instituto de Promoción de Estudios Sociales (IPES), en relación con el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho donostiarra, donde tuvo su sede hasta 1992.

Ya en esta primera fase desarrolló importantes actividades docentes e investigadoras, entre las que cabe destacar el XXVI Curso Internacional de Criminología, del 5-12 de mayo de 1976, en Pau, Bayona, San Sebastián; asimismo, y también en concurso con la Sociedad Internacional de Criminología y el Centre de Sciences Criminelles de la Universidad de Pau y de los Países del Adour, se celebraron del 2 al 6 de Octubre de 1978, unas Jornadas Internacionales en Bayona (Ustaritz).

Pero fue en 1978 cuando acabó constituyéndose de manera formal, mediante la autorización oficial de su creación en el seno de la Universidad de Bilbao por O.M. 14 de julio de 1978 (BOE 4 noviembre de 1978).

Cumplíendose en el Curso académico 2008-2009 el XXX aniversario de la creación oficial del Instituto, el Consejo del IVAC-KREI consideró que sería muy oportuno celebrar esta importante efemérides agradeciendo su aportación y ayuda a dos personalidades científicas que durante estos 30 años –desde sus propias Universidades y desde las entidades internacionales en las que su liderazgo y protagonismo se ha traducido en el desempeño de importantes puestos de responsabilidad– han mantenido una especial relación de colaboración y apoyo con el Instituto Vasco de Criminología. Asumida la iniciativa de este Instituto por la Facultad de Derecho, que la encauzó a los órganos directivos de la UPV/EHU, el día 4 de marzo de 2009 tuvo lugar en una emotiva ceremonia desarrollada en el Palacio de Miramar de Donostia-San Sebastián, la investidura por parte del Rector como Doctores “honoris causa” por nuestra Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea de los profesores:

- Reynald Ottenhof, Catedrático emérito de la Universidad de Nantes (y durante muchos años Catedrático de la Universidad de Pau y de los Países del Adour) y Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal; y
- Tony Peters, Catedrático emérito de la K.U. Leuven y Presidente de la Sociedad Internacional de Criminología.

Asimismo, dándose la feliz coincidencia de la celebración el 4 de abril de 2009 del 85 cumpleaños de nuestro maestro, fundador y Director de honor, el Consejo del Instituto decidió dedicar el número 23 de los Cuadernos *Eguzkilore* a la realización de un homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Beristain por parte de los miembros y colaboradores permanentes del Instituto.

Desgraciadamente, antes de finalizar el año, el 29 de diciembre de 2009 Antonio Beristain nos dejó. Esta es la nota necrológica que desde el Instituto dedicamos a nuestro querido fundador.

Un maestro ejemplar ***Antonio Beristain: penalista, criminólogo, victimólogo***

A los ochenta y cinco años de edad, tras una rica vida académica, llena de logros y realizaciones y en la que ha permanecido activo hasta la última Nochebuena, el 29 de diciembre de 2009 el Prof.Dr. Dr.h.c. Antonio Beristain Ipiña nos ha dejado.

Nacido en Medina de Rioseco (Valladolid) el 4 de abril de 1924, de una familia de vizcaínos, la vida del Profesor Beristain Ipiña transcurrió desde sus cuatro años de edad en el País Vasco, donde igualmente desarrolló la mayor parte de su labor investigadora, desde febrero de 1973, en la Facultad de Derecho de San Sebastián.

Múltiples han sido los méritos investigadores de este prestigioso Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1961) y Licenciado en Filosofía (Burgos, 1950) y en Teología (Frankfurt, 1957). Centenares los trabajos y escritos, difundidos en forma de libros o de artículos publicados en importantes editoriales y en las mejores revistas españolas y extranjeras de la especialidad, y dedicados al esclarecimiento de puntos clave de la teoría y la práctica del Derecho penal, la Política Criminal, la Criminología y la Victimología.

Los trabajos de su primera etapa académica –sobre la Nueva Defensa Social, los delitos de peligro, el finalismo en Derecho penal, la delincuencia juvenil y de menores, las drogas, la multa, la pena de muerte y la cárcel, las Medidas Penales en el Derecho contemporáneo o las lesiones–, animaron el debate científico con aportaciones fundamentales procedentes de la mejor doctrina del Derecho comparado, influyendo en la legislación penal y penitenciaria aprobada en desarrollo de la Constitución y en los largos debates sobre la reforma de la legislación de menores.

A partir de la fundación del Instituto Vasco de Criminología (1978), atraído especialmente por las aportaciones que esta joven ciencia representa para el Derecho Penal y para la Política Criminal, Beristain se convir-

tió en uno de los principales promotores del desarrollo de la Criminología en España. Lo mismo sucedería desde finales de la década de los noventa con sus aportaciones en el campo Victimológico: nuevamente, la obra de Antonio Beristain destacó como pionera, irradiando progresivamente su preocupación por las víctimas en la doctrina de nuestro entorno más cercano, donde la toma en seria consideración de las aportaciones de la Victimología ha comenzado ya a prender con fuerza entre estudiosos e investigadores. En uno de sus últimos trabajos (*La Victimología de máximos, después de Auswitz*), publicado en 2009, resumía Antonio Beristain su visión de la Victimología, como ciencia, multi, ínter y transdisciplinar –no vindicativa– llamada a enriquecer la investigación y praxis del Derecho penal, la Criminología, la Política, la Sociología y la Filosofía.

Característica central de la obra científica de Beristain es, en todo caso, el abordaje directo y sin miedo de las relaciones entre las ciencias jurídicas y las axiológicas y espirituales, así como de los puntos cardinales del Derecho penal, de la Criminología y de la Victimología: aquéllos donde la corrección de las soluciones científicas tradicionales encuentra a veces fuertes dificultades a la luz de criterios de justicia material, y siempre tomando como base aportaciones multidisciplinares que permiten ver el fenómeno delincencial y la victimización desde nuevas perspectivas.

Activamente comprometido contra las situaciones injustas y a favor de los derechos humanos sufrió por ello importantes dificultades personales: durante el franquismo por su lucha contra la pena de muerte y su defensa de los derechos de los presos (“Las cárceles no deben ser cementerios”); en la última etapa de su vida por su combate frontal contra los diversos perfiles de la macrovictimación terrorista (en particular, la del terrorismo etarra).

Su labor de promoción del voluntariado penitenciario, y con las víctimas... son otras tantas manifestaciones de la viveza de espíritu, que ha caracterizado su vida, y de su compromiso por la construcción de una sociedad mejor, al servicio de los menos favorecidos y de las víctimas.

En el plano académico, con sus posiciones no pocas veces polémicas, aunque siempre abiertas al debate científico, y su esfuerzo en la búsqueda de un sistema penal más humano, centrado en la reprobabilización del delincuente y en la satisfacción de las víctimas, la influencia entre nosotros de Antonio Beristain es, sin duda, fundamental. Son muchas, en efecto, las promociones de alumnos universitarios que recibieron directamente sus enseñanzas, en Deusto, Valladolid, Madrid, Oviedo, en la Facultad de Derecho de San Sebastián, en la Academia de la Ertzaintza, en Arkate, en los centros de formación de no pocas policías municipales y sobre todo, en las aulas del Instituto Vasco de Criminología / Kriminologiaren Euskal Institutoa, que él mismo fundara.

Tampoco aquí la labor de este singular maestro dejó a nadie indiferente. Insiste la sabiduría oriental cómo el verdadero maestro más que transmitir el conocimiento erudito que sabe y ha aprendido, se esfuerza en “despertar” al discípulo, en acompañarle y servirle de apoyo en su búsqueda particular de la verdad, provocando el cuestionamiento profundo de lo no cuestionado, el afán por el descubrimiento de nuevos perfiles que nos permitan entender la realidad. Pues bien, Antonio Beristain, buen conocedor de la teoría penal, criminológica y victimológica, se mostraba en general poco preocupado por repetir en clase conocimientos fácilmente accesibles a través de los materiales bibliográficos y prefería esforzarse en empujar al estudiante a descubrir “la cara oculta de la Luna”. Volcado en su afán de suscitar la rebeldía frente a la injusticia, las clases de Beristain eran ciertamente distintas, al sustituir el monólogo desde la cátedra por la permanente provocación al diálogo y el contraste de posiciones en torno a cuestiones candentes en el plano penal, criminológico y victimológico.

En cuanto a su tarea al frente del Instituto Vasco de Criminología, no puede entenderse menos fecunda. Ahí están las promociones del Master, y Diploma de Criminología, la colección de Eguzkilore, los numerosos cursos, seminarios, jornadas, coloquios y reuniones científicas organizadas. Además, en el seno del Instituto y del Centro Internacional de Investigación sobre la Delincuencia, la Marginalidad y las Relaciones Sociales, el Profesor Beristain ha liderado durante décadas la tarea investigadora y dirigido múltiples tesis doctorales y trabajos investigadores, habiendo formado a gran parte de los profesores e investigadores que desarrollan en la actualidad su actividad docente e investigadora en el área penal y criminológica en el País Vasco.

Como es lógico, la trayectoria académica de Antonio Beristain ha encontrado importantes reconocimientos al más alto nivel en el marco internacional, donde ha participado en importantes organismos científicos. Invitado a múltiples Conferencias, Congresos y Reuniones de Expertos del Consejo de Europa y de Naciones Unidas, fue Miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología, Miembro del Beirat del Internationales Dokumentations- und Studienzentrum für Jugendkonflikte (Wuppertal, Alemania), Correspondant de la Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé (París), de la Revue de droit pénal et de criminologie (Bruselas), 1976-2001, Miembro correspondiente de la Sociedad Mexicana de Criminología, Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Penal Comparado de la Universidad Católica de La Plata (Argentina), Académico Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Socio Titular de la Sociedade Sul-Rio-Grandese de Criminologia (Brasil), Fundador y Director de la Revista Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología y Profesor consulto extranjero del Doctorado en Derecho de la Universidad John F. Kennedy (Buenos Aires, Argentina).

Antonio Beristan era Doctor Honoris Causa por la Universidad de Pau y Países del Adour (Francia) (1977) y por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires (Argentina) (2005). En cuanto a otros reconocimientos merecen destacarse:

- la Medalla de “The Hebrew University of Jerusalem” (1973), la Medalla de Mérito Criminológico de la Sociedade Brasileira de Criminología e Ciencia Penitenciaria (1980), la “Medalla Santo Ivo” otorgada por el Egregio Conselho Superior de la Fraterna Ordem di Christo (1980), la Medalla al Mérito Social Penitenciario (1994), la Medalla Félix Restrepo, S.J., de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) (2001), la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2001);
- los premios siguientes: Premio Hermann Mannheim de Criminología Comparada (1993), X Premio de Convivencia de la Fundación Profesor Manuel Broseta (2002), II Premio Internacional Covite, otorgado por el Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco (2003), V Premio de la Fundación José Luis López de Lacalle (2005), Premio ‘Derechos Humanos 2005’, instituido por el Consejo General de la Abogacía Española (2006), III Premio de Convivencia Cívica Catalana (2007), XII Premio Gregorio Ordóñez (2009).

Dos Cátedras Universitarias españolas llevan su nombre: la Cátedra “Antonio Beristain” de Estudios sobre el Terrorismo y sus Víctimas, creada por el Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid (2006), y la Cátedra Internacional de Victimología “Antonio Beristain”, instituida por la Universidad de Murcia y la Fundación Victimología, Murcia (2008).

Somos muchos los que nos sentimos muy afortunados de haber conocido a Antonio Beristain, de haber podido seguir de cerca su labor, de haber disfrutado de su magisterio, de sus atenciones, de su apoyo en tantas situaciones académicas, familiares, personales... En nombre de todos ellos cuantos integramos el Instituto Vasco de Criminología que él fundó y por el que trabajó de manera impar, tenaz e infatigable, queremos manifestar nuestro más emocionado recuerdo a esta figura señera del Derecho penal, la Criminología y la Victimología en Euskadi.

Admirado maestro, querido Antonio, ¡descansa en paz!

José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI

Director del Instituto Vasco de Criminología
 Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal
 (AIDP-IAPL)

**ANTONIO BERISTAIN:
EL MAESTRO, EL AMIGO**

LA CRIMINOLOGÍA A TRAVÉS DE ANTONIO BERISTAIN

Esther GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER

*Rectora de la Universidad Ramon LLull
Barcelona*

*Pongo estos seis versos en mi botella al mar
con el secreto designio de que algún día
llegue a una playa casi desierta
y un niño la encuentre y la destape
y en lugar de versos extraiga piedritas,
socorros y alertas y caracoles.*

(Mario Benedetti)

Índice:

1. A modo de introducción.
2. La interdisciplinariedad y la transferencia de resultados:
 - a) el sistema penitenciario,
 - b) los menores infractores,
 - c) la Victimología.
3. Algo más que una conclusión

Normalmente tendemos a clasificar nuestros trabajos, en forma de *laudatio*, homenaje, artículo, científico o divulgativo... En esta ocasión me siento incapaz de clasificar este escrito en alguna de sus formas clásicas. La petición inicial era un artículo para celebrar “adecuadamente” el 85 aniversario de Antonio Beristain, que coincidía además con el XXX aniversario de la creación oficial del Instituto Vasco de Criminología. Sentada delante el ordenador las ideas han surgido con tanta rapidez que me ha parecido que la espontaneidad en este caso era la mejor fórmula para celebrar este especial aniversario a través de un hilo conductor, y es la gran influencia que el pensamiento y la vida de Antonio Beristain han tenido en la Criminología.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La Criminología fue una Ciencia muy poco desarrollada en España. Ubicada en el seno de los Institutos de Criminología, que a su vez pertenecían a las Facultades de Derecho, tuvo una influencia muy irregular a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. En realidad cabe en los dedos de una mano las personas que en esta época trabajaron, defendieron, publicaron e investigaron y que pueden ser considerados como referentes en la Criminología. Entre ellos, entre esos pocos, destaca Antonio Beristain, considerado como uno de los padres de la Criminología de nuestro país.

Por qué la Criminología no tuvo eco en España es una de las cuestiones que hemos discutido largamente sin que pueda atribuirse una sola causa. De hecho no es un hecho aislado en Europa, sino que a excepción de los Países Anglosajones y Bélgica, en Francia, Alemania, Italia y otros países la situación fue muy similar. Sin embargo, para nuestro país puede ser ahora la gran oportunidad para producirse el tan esperado cambio.

En efecto, la nueva Ley Orgánica de Universidades LOMLOU 4/2007 de 12 de abril, ha significado un giro importante en el sistema universitario español. Nuestro país optó por un sistema avanzado en la elaboración de grados, de manera que se suprimió el catalogo cerrado de títulos, abriéndose la posibilidad de introducir nuevos y novedosos estudios que no tenían que estar encorsetados entre los títulos tradicionales. Esto era –en teoría– al menos lo que marcaba la Ley, luego la realidad fue algo distinta.

Los primeros proyectos de Grado que se presentaban para la evaluación de la Aneca, trámite indispensable para ser aprobados, recibieron un sonoro rechazo, no por su contenido, alguno de los cuales era francamente remarcable, sino precisamente porque se salían de los canales tradicionales. Afortunadamente se superaron las dificultades y hoy ya son varias las Universidades que en nuestro país han iniciado los estudios de grado.

2. LA INTERDISCIPLINARIEDAD Y LA TRANSFERENCIA DE RESULTADOS

Antonio Beristain ha sido y es el gran maestro de la Criminología y la política criminal sin olvidar su pasión por la dogmática y el Derecho Penal. Pero para él esto no ha sido nunca suficiente y así dice “en mis publicaciones, clases y homilias me he permitido ser pionero en algunos problemas jurídicos y teológicos porque creo en la interdisciplinariedad”. Esto que él ha venido diciendo desde hace ya muchos años, es lo que hoy pedimos a nuestros grupos de investigación, esa necesidad de transversalidad de la ciencia, esa necesidad de compartir y de abordar los problemas desde distintos ángulos, esta necesidad de no vivir en compartimentos estancos. Si en toda disciplina esto es necesario aún lo es más en la Criminología.

Probablemente los más jóvenes identifican hoy a Antonio Beristain casi tan solo con la Victimología, por eso quisiera recordar aquí algunos temas a los que el Profesor Beristain ha dedicado su estudio a lo largo de su vida.

Hoy utilizaríamos el término de “transferencia de resultados” que en realidad parece orientado sólo al campo de las ciencias y sin embargo cuando Antonio Beristain llevó la cátedra a las cárceles eso también es transferencia. Él trabajó a fondo los problemas de la resocialización y sus dificultades teóricas, pero no se conformó con

enumerar los problemas sino que llevó su particular pensamiento a la discusión con los funcionarios de prisiones. De hecho esta ha sido una idea muy desarrollada en el IVAC-KREI y que ahora goza de una larga tradición en esta Institución.

a) El sistema penitenciario

El sistema penitenciario, las medidas de seguridad y también los menores fueron objeto de estudio preferente por parte del Profesor Beristain, tres temas esenciales en la Criminología y sobre los que me gustaría hacer algún apunte.

Lejos queda ya aquel 26 de Septiembre de 1979 en que se aprobó en España la Ley General Penitenciaria por unanimidad. Muchos decimos hoy que en la actualidad sería imposible que se aprobara una Ley tan progresista como aquella. Pero nuestras cárceles cambiaron a pesar de que la situación en el momento era extremadamente difícil. Con frecuencia decíamos en aquella época que teníamos un modelo legal próximo a los países Escandinavos y una realidad penitenciaria latina y mediterránea. Pero fue muy interesante e intenso el cambio. Con ello quisiera recordar la idea del valor pedagógico de las Leyes. Con frecuencia discutimos si las Leyes deben ir por delante del cambio o bien al revés, si cuando ya la sociedad ha aceptado un nuevo modelo éste debe ser ratificado por Ley. Por mi parte siempre he pensado que la Leyes tienen un gran valor pedagógico, y que marcan un claro camino. En el caso de la Ley penitenciaria no hay lugar a duda. Antonio Beristain junto con otros penalistas y criminólogos defendieron la Prevención especial, no sin crítica por supuesto, no sin alertar de sus peligros, pero siempre pensando que si existía una posibilidad de socialización del preso, valía la pena intentarlo.

Así “transfirió” su pensamiento a muchos operadores jurídicos, en un tema de largo alcance. Hoy todavía el debate sigue abierto pues la finalidad de la pena sigue siendo uno de los temas fundamentales del Derecho penal y la Criminología. Las terribles consecuencias de la privación de libertad así como su ineficacia en muchos casos obligan a una reflexión profunda, a discutir de nuevo la necesidad de sanciones alternativas y a buscar tanto desde la teoría como en la práctica la implantación de otros modelos. Por citar tan solo un ejemplo, mientras en España no ha hecho más que aumentar la población penitenciaria, Finlandia en los últimos 20 años ha sido capaz de reducirla drásticamente a través de la implantación de otras sanciones. La idea de una justicia reparadora o la de buscar otras fórmulas ha formado siempre parte del pensamiento de Antonio Beristain.

b) Los menores infractores

También en el ámbito de menores tuvo el Profesor Beristain su especial aportación, porque siempre defendió que los jóvenes estaban en pleno proceso de aprendizaje y que si en algún lugar valía la pena invertir en formación era en los menores.

Nuestro país “estrena” en el 2000 una nueva ley de Menores (la Ley 5/2000 sobre responsabilidad penal) que a la luz de los especialistas es definida como una buena Ley con una ajustada respuesta a las necesidades de la sociedad y a las de los propios jóvenes. Es pues una Ley que logra el difícil equilibrio entre un sistema sancionador y un sistema educativo. Desgraciadamente la ley fue modificada dos veces antes

de su entrada en vigor y dos más hasta la fecha. Es decir, en nueve años la ley ha sido modificada cuatro veces sin que la situación en España haya cambiado. No hay más delincuencia pero sí más alarma social y menos tolerancia.

Afortunadamente y aparentemente en clara contradicción, la delincuencia juvenil no es todavía un grave problema en España. Así se reconoce en la propia exposición de motivos de la última reforma, así pues las razones del Gobierno en la nueva ley 4/2006 pueden constituir un buen punto de partida para conocer cuáles son las nuevas tendencias de la política criminal en materia de justicia juvenil. La verdad es que tales razones creemos son extrapolables al nivel internacional, ya que las reformas de los principales países europeos han ido generalmente en la línea de un mayor endurecimiento de las sanciones, tal como ha sido por ejemplo el caso recientemente en Francia.

Las razones alegadas en el 2006 para la reforma de la Ley de responsabilidad penal del menor podrían de una manera resumida agruparse en dos grandes ideas:

La primera es el cumplimiento del mandato legal contenido en la Disposición adicional sexta de la Ley del 2000 en virtud de la cual se dispone lo siguiente:

“Evaluada la aplicación de esta Ley Orgánica, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las comunidades autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal.

A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.”

Para cumplir con lo estipulado en este precepto se alega que, tras la realización de la correspondiente evaluación de los resultados de la aplicación de la Ley, se ha llegado a la conclusión de que el balance general es positivo aunque se dan algunas disfunciones que es necesario subsanar. Ciertamente es necesario destacar que la mayoría de estudios muestran que no ha habido un aumento importante en los delitos graves, lo que por consiguiente en modo alguno justificaría la propuesta de cambio. Antes al contrario, si así fuera podríamos establecer que, lejos de las previsiones más alarmistas y catastrofistas, en cinco años de vigencia de la ley, esta ha demostrado no sólo que no ha aumentado la delincuencia (cosa que las leyes naturalmente no tienen tanto poder) sino que se ha instaurado una nueva praxis que podría considerarse como mucho más acertada. En efecto, la ley ha supuesto un cambio muy importante en la actuación de los juzgados de menores y en la aplicación de medidas, tal como lo demuestran numerosos estudios, de manera que no sólo no ha aumentado la delincuencia grave, sino que se han producido avances considerables en materia de control de la reincidencia o de reinserción.

Aunque sólo sea para recuperar las viejas, pero sentidas ideas de Beccaria, y que tantas veces nos ha explicado el profesor Beristain, podríamos llegar a la conclusión de que si una ley considerada como benigna o poco represiva produce resultados aceptables, no habría motivo alguno para modificarla, es decir para infringir mayor dolor a los jóvenes delincuentes.

La segunda razón que se menciona en la Exposición de Motivos es el aumento de los delitos cometidos por menores que reflejan las estadísticas y que ha generado alarma social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, se reconoce explícitamente que afortunadamente no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, pero por el contrario este tipo de delitos tienen un fuerte impacto social.

Esta explicación sería un claro ejemplo en clase de Criminología de una inadecuada manera de legislar. En efecto se reconoce que no han aumentado los delitos graves, eso sí, cuando se dan ciertos casos –como no podía ser menos– se crea una gran alarma social. Por otro lado, se le da una gran importancia al posible aumento de los denominados delitos de bagatela, cuyo tratamiento no debe ser nunca a través de sanciones graves, sino reforzando las existente en medio abierto. Pero como han puesto de manifiesto la mayoría de autores, la falta de medios materiales en la aplicación de sanciones alternativas, incrementa esa sensación de impunidad.

Estos son pues los dos motivos que justifican la reforma, si bien se añade una importante matización respecto del principio del superior interés del menor. Se dice que éste:

“va a seguir primando en la Ley, y es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y a favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

A *grosso modo* pues ésta es nuestra nueva política criminal, no aumenta significativamente la delincuencia de menores pero los delitos graves crean una gran alarma social. Ello ha llevado a una situación que con frecuencia se pide una nueva legislación que separe claramente los delitos graves de los leves. Llevado a la práctica significaría una Justicia de menores moderna y progresista para los delitos leves y una muy represiva y retributiva para los delitos graves. Afortunadamente, ninguna de estas ideas ha llegado hasta el momento a materializarse en una ley, pero los riesgos están ahí.

El otro gran tema de debate es la mayoría de edad penal. España modificó sus leyes en el año 2000 y estableció la minoría de edad penal en 14 años, por debajo de esta franja de edad los menores son totalmente inimputables, la mayoría de edad penal se sitúa pues en los 18 años. La frontera entre 18 y 21, a semejanza del sistema alemán que contempla la posibilidad de aplicación de la ley de menores a los denominados semi-adultos, estaba prevista en la ley pero nunca entró en vigor, la modificación del 2006 la eliminó definitivamente.

Pero la mayoría de edad penal también está en permanente discusión y como periódica pura se reproduce el debate cada vez que hay un caso que crea una gran alarma social. Hoy no son pocas las voces que piden que se rebaje la edad penal a los doce años.

En cualquier caso, quizás la conclusión más importante podría ser la ya apuntada al principio. *En los menores leyes más educativas, más integradoras y menos punitivas no han producido en estos nueve años un aumento importante de la delincuencia grave en España. ¿No es ya el momento de que defendamos de nuevo la educación como el mejor instrumento en la política criminal?*

c) La Victimología

Pero sin duda donde más ha trabajado Antonio estos últimos años ha sido en el campo de la Victimología. Pues si bien es cierto que la razón del Derecho penal no puede ser otra que la protección de las más elementales normas de convivencia social, éstas no pueden excluir a las víctimas. La reacción penal frente al delincuente no ha de ser monopolizada por el Estado dejando al margen a la víctima “robándole su protagonismo” e impidiendo que ésta se exprese. Devolver el protagonismo a las víctimas no es fomentar la venganza privada como apuntan algunos penalistas, sino tener muy presente otra realidad, la de las propias víctimas, no tan solo respecto a sus necesidades sino al nuevo enfoque que debe tener el Derecho penal, tal como expone en uno de sus últimos libros “*Protagonismo de las víctimas de hoy y de mañana*” el Profesor Antonio Beristain. Así entendido nos urge un nuevo sistema penal donde, de un modo preferente, la sanción esté orientada a compensar a la víctima por el daño sufrido.

Mirando al futuro como dice el profesor Beristain, nadie tiene interés en una justicia vindicativa, una Justicia en la que todo el mundo sale perdiendo. Su lema “in dubio pro victima” va ganando fuerza en estos últimos tiempos. Junto a ello hay que tener en cuenta que el sistema penal tradicional aleja al delincuente de su posición natural junto a la víctima. Las sanciones tradicionales suelen incrementar la pasividad e indiferencia del delincuente respecto al daño cometido. En general podría decirse que hasta anula el ya poco sentido de responsabilidad que acostumbra a tener el delincuente, tanto respecto a la víctima como de la sociedad.

Citando a Machado que decía “quien habla sólo espera hablar a Dios un día...” me atrevería a decir que el Profesor Beristain ha devuelto la palabra a las víctimas.

Pero quizás donde su influencia y su pensamiento han sido más poderosos es en el tema de las víctimas del terrorismo, él nos dice que deberían ser canonizadas porque nunca han respondido con violencia a la violencia. Contra lo que muchos creen Antonio Beristain nunca ha mantenido la teoría de la retribución, pero tampoco la impunidad en ningún caso. Para él las víctimas del terrorismo han contribuido a crear un mundo mejor y a innovar el sentido de vivir y de morir. Esperan la disminución del dolor y la implantación de una justicia que camine hacia la paz.

Antono Beristain ha sido siempre un hombre muy valiente, que no ha dudado nunca en defender sus ideas. Eso le ha llevado a veces a situaciones extremas. Así junto a numerosísimos premios, creaciones de Cátedra que llevan su nombre, nombramiento de Profesor Honoris Causa y otros honores que ha recibido a lo largo de su vida, también ha sufrido con frecuencia momentos de extrema soledad, separación de funciones, aislamiento e incompreensión.

3. ALGO MÁS QUE UNA CONCLUSIÓN

Cuando le otorgaron la Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort me dirigí a él con estas palabras:

“Hoy Profesor Antonio Beristain me dirijo a ti y me gustaría hacerlo en calidad de muchas cosas, de aquellas que tuviste y de aquellas a las que renunciaste por causas de ideales más nobles. Y así quizás te podría hablar como la hija que nunca tuviste o la mujer que renunciaste a tener, cuando decidiste entrar en la Compañía de Jesús para dedicar tu vida a los otros con esta capacidad de entrega que ha rodeado tu vida. Y te podría hablar también desde el alto cargo que hoy represento, como símbolo de todos los altos cargos a los que durante tu vida has renunciado, pero quizás también me gustaría hacerlo como feligresa, de aquella parroquia en la que no te dejaron continuar tu apostolado, o como alumna de las múltiples generaciones de juristas y criminólogos que has formado, como discípula o como profesora e investigadora”.

Hoy siento estas palabras como algo muy íntimo, muy próximo y muy real, pero también muy actual. Hoy en tu 85 aniversario tan solo me gustaría añadir, que si hoy escribimos este libro, si hoy existe el IVAC/KREI, si hoy la Criminología es una carrera y su investigación se está abriendo camino, es porque alguien muy tozudo –tanto como la realidad– hace ya muchos años optó por un camino, que fue abriendo y cortando, para que los que venimos detrás pudiéramos seguir por una senda más amplia.

Gracias amigo Antonio, gracias Profesor Beristain.

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
23 - 24

HOMMAGE DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE

Tony PETERS

*Président de la Société
Internationale de Criminologie*

Georges PICCA

*Secrétaire général de la Société
Internationale de Criminologie*

C'est plus particulièrement au nom de la Société Internationale de Criminologie que nous sommes heureux de rendre hommage aujourd'hui à Antonio Beristain pour le rôle éminent qu'il remplit, depuis de longues années, dans le développement des travaux scientifiques de notre Société. Ceci, contribuant, notamment, au développement de la criminologie de langue espagnole.

Membre du Conseil de direction de la Société durant de nombreuses années, il a été, aussi, reconnu comme un véritable ambassadeur de son pays dans les milieux scientifiques internationaux. Faut-il rappeler qu'il a été, notamment, l'animateur de plusieurs Cours Internationaux de criminologie (Pampelune et San Sébastian en 1980 et 2003), organisés par la Société Internationale de criminologie. Mais en outre, par sa présence et son action il a développé des rencontres fréquentes entre criminologues espagnols, latino-américains et européens. Antonio s'est ainsi montré comme un digne représentant du monde académique favorisant le travail et la communication scientifique autour des grands thèmes de la criminologie moderne. Entre les grands pénalistes de son pays, Antonio fut le premier à développer et à consolider le lien spécial entre le droit pénal et la criminologie. L'Institut Basque de Criminologie a été, depuis sa fondation en 1978, le lieu de travail scientifique, de rencontres, d'échanges et de coopération criminologique au niveau régional, national et international.

Antonio a également réalisé un grand projet, par la création de L'institut Basque de Criminologie, qui a été un exemple dans son pays, au niveau de différents cours et programmes spéciaux de Criminologie. Il a, en outre, favorisé et organisé la recherche scientifique autour des grands thèmes de la criminologie contemporaine : la peine privative de liberté, les institutions de l'exécution des peines, la situation, en droit et en pratique, des détenus, la délinquance juvénile et les mesures de protection, la professionnalisation des travailleurs cadres en justice, le rôle des avocats et les spécialiste de l'aide et de l'assistance en justice.

Il faut souligner, notamment, sa participation à la création de la Société Mondiale de Victimologie, et son rôle dans le développement de celle-ci comme approche intégrée en criminologie. En outre, il a réalisé un grand nombre d'activités scientifiques autour de thèmes victimologiques ; enfin, très rapidement il s'est également associé au développement de la justice restaurative.

La Revue *Eguzkilore* fut, à la fois, un instrument académique pour informer et former un public de criminologues, pour favoriser la communication et l'échange de vues entre pénalistes et criminologues mais aussi, à consolider les connaissances criminologiques ainsi que de souligner les résultats obtenus par les diverses recherches scientifiques. La Revue a ainsi alimenté, pendant trois décades, le débat public en criminologie, en Espagne et dans le monde hispanophone. La Revue est aussi un témoignage vivant du nombre considérable de congrès, cours, séminaires, journées d'étude et cours d'été que l'Institut Basque a ainsi réalisé, sous la direction d'Antonio.

Une des caractéristiques de toutes ces activités a toujours été la rencontre directe entre le monde académique, les experts ainsi que la pratique de la justice et de l'intervention sociale. Ainsi professeurs et magistrats, avocats, officiers de police, directeurs d'institutions pénales et sociales, intervenants en matière d'aide et d'assistance, tous se rencontraient et participaient au débat.

La criminologie apparaissait, dès lors, comme une discipline juridico-sociale, avec une visibilité croissante dans la société espagnole, davantage que dans d'autres pays en Europe. On a ainsi pu constater un lien nouveau et privilégié des médias, avec le débat et les manifestations scientifiques des criminologues. Le public d'étudiants y était plus adulte et participait, souvent au côté des professionnels de justice en fonction de leur formation et perfectionnement. En un mot Antonio Beristain a su créer une vraie communauté de criminologues ; à la fois théoriciens et praticiens, contribuant ainsi au développement de la criminologie comme discipline multi disciplinaire et juridico-sociale.

Cette nouvelle approche est aujourd'hui garantie, pour les années à venir, en Espagne. L'enseignement et l'éducation reçoivent en ce moment beaucoup d'attention dans plusieurs Facultés de droit. Des projets nombreux de bachelor/master font l'objet de débats académiques.

La Société Internationale de Criminologie reconnaît l'importance scientifique de cette évolution pour l'avenir de la communauté des criminologues : Le XV^e Congrès Mondial de criminologie à Barcelone, en 2008, en est un signe évident. Il faut en conclure que Antonio Beristain a ainsi, par ses diverses actions dans les différents domaines, aussi par son inspiration intellectuelle, humaine et morale, ajouté des valeurs personnelles à la criminologie ; nul doute que celles-ci doivent prendre désormais, une place méritée dans le paysage académique européen.

UN NOUVEL ACTEUR DE LA JUSTICE PÉNALE EN FRANCE : LE JUGE DES VICTIMES

Reynald OTTENHOF

Professeur émérite, Université de Nantes (France)

Chacun connaît l'intérêt porté par le Professeur Antonio BERISTAIN aux victimes, en particulier aux victimes d'actes de terrorisme. C'est en pensant à la sollicitude manifestée non seulement dans ses écrits, mais aussi dans son action quotidienne que nous souhaitons dédier au collègue et à l'ami très cher cet hommage consacré à l'instauration en France du « juge des victimes », communément appelé le JUDEVI. Cette création originale, venue s'insérer dans l'ordre judiciaire comme un acteur nouveau de la mise en œuvre de la justice pénale, est venue bouleverser l'ordonnancement classique de la séparation des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement dans le système de justice pénale.

Dès lors, ce nouveau juge suscite, tant dans la doctrine que dans la pratique, des interrogations sur sa place dans le nouvel édifice de la justice pénale. Car si la création du JUDEVI constitue une étape importante dans la promotion de la place de la victime au sein de la justice pénale (I), le rôle de ce nouveau juge dans la procédure soulève de sérieuses interrogations (II).

I. LE JUDEVI ET LA PROMOTION DE LA PLACE DE LA VICTIME AU SEIN DE LA JUSTICE PÉNALE

1°) Avant même la création du JUDEVI, la victime avait bénéficié d'une sollicitude non négligeable tant en ce qui concerne l'indemnisation de son préjudice que l'aide apportée aussi bien par des mesures administratives que par l'accompagnement assuré par le secteur associatif. Outre la création, en 1981, au sein du Ministère de la Justice, d'un Bureau de l'aide aux victimes, l'instauration du Service de l'accès au droit,

en 2002, puis de l'éphémère Secrétariat d'État aux droits des victimes (2004-2005) ont constitué des manifestations concrètes de l'action gouvernementale en faveur des victimes. Le secteur associatif, sous l'égide de l'Institut National d'Aide aux Victimes et de Médiation (INAVEM), avait permis, dès 1986, de développer un important réseau d'associations locales proches des juridictions pénales.

Au plan législatif, diverses lois ont permis d'assurer tantôt une meilleure information des victimes, tout au long de la procédure (poursuite, instruction et jugement), tantôt une meilleure indemnisation. On notera, par exemple, la loi n° 77-5 du 3 janvier 1977, instituant les Commissions d'Indemnisation des Victimes (CIVI) en faveur des victimes d'accidents corporels, la création en 1986, d'un fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme, ou encore la loi n° 90-589 du 6 juillet 1990 relative à la réparation des dommages résultant des atteintes aux personnes.

Enfin, l'adoption en 2001 d'une charte des droits et devoirs des victimes a permis d'assurer, auprès de services publics, l'amélioration des conditions d'accueil et de prise en charge des victimes. Parallèlement, l'instauration par le décret 2004-1364 du 13 décembre 2004, au sein de chaque tribunal, d'un bureau de l'exécution des peines destiné à informer, à l'issue du procès, sur les modalités de règlement des dommages-intérêts ou les formalités en vue de saisir la CIVI, a permis d'apporter une information et une aide concrète à des victimes souvent désemparées devant la complexité des modalités d'indemnisation.

2°) C'est dans ce contexte qu'est intervenue la création du JUDEVI, par le Décret n° 2007-1605 du 13 novembre 2007, entré en vigueur le 2 janvier 2008. Ce texte répartit les attributions de ce magistrat en trois catégories : attributions juridictionnelles, d'administration judiciaire et administratives.

- Les pouvoirs juridictionnels du juge délégué aux victimes sont doubles. D'une part, ce magistrat préside, conformément aux dispositions de l'article D. 47-6-1 du code de procédure pénale, la CIVI. D'autre part, il peut être désigné par le Président du tribunal de grande instance pour présider les audiences correctionnelles statuant sur intérêts civils.
- Les attributions d'administration judiciaire font du juge délégué aux victimes un « interlocuteur privilégié de la victime »¹. Le JUDEVI peut être saisi non seulement par les parties civiles, mais aussi par « toute personne ayant été victime d'une infraction pour laquelle l'action publique a été traitée dans le cadre d'une mesure alternative aux poursuites ou a abouti à un jugement » (art. D. 47-6-4 du CPP).
- Le JUDEVI dispose enfin d'attributions d'ordre administratif. En vertu de l'article D. 47-6-12 du code de procédure pénale il vérifie les conditions dans lesquelles les parties civiles sont informées de leurs droits à l'issue de l'audience. Le procureur de la République doit également aviser le juge délégué aux victimes des dispositions mises en œuvre dans le ressort par les Conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance et l'associer aux réunions théma-

1. V. sur ce point Stéphanie Bouzige : « Le juge délégué aux victimes : outil de communication ou amélioration du soutien des victimes ? », A. J. Pénal, Septembre 2008.

tiques relatives à l'amélioration de la prise en charge des victimes. Le JUDEVI participe enfin, sous l'autorité du Président du tribunal de grande instance et en lien avec le procureur de la République, à l'élaboration et à la mise en œuvre des dispositifs coordonnés d'aide aux victimes (art. D. 46-6-13 du CPP).

La complexité des pouvoirs accordés au JUDEVI, qui font parfois double emploi avec ceux accordés aux autres acteurs de l'aide aux victimes, de même que l'ambiguïté de son statut juridique, soulèvent de fortes réticences tant de la part de la doctrine que de la part des autres acteurs du monde judiciaire (magistrats et avocats) ou associatif. Mais surtout, la création de ce nouveau juge, rapidement mis en place après la parution du décret, sans attribution de moyens matériels et budgétaires supplémentaires, a suscité dans la pratique de sérieuses réserves. La situation s'est trouvée aggravée par les réformes récentes concernant la Carte judiciaire et la réduction des effectifs parmi le personnel judiciaire. La suppression ou le regroupement de nombreux tribunaux, la pénurie croissante de magistrats et de personnels judiciaires (greffiers) ne sont pas de nature à faciliter la mise en place de ce nouvel acteur de la justice pénale française.

II. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ACTION DU JUDEVI AU SEIN DES JURIDICTIONS

L'action du JUDEVI au sein des juridictions pénales nécessite une organisation permettant d'assurer de façon concrète la mission qui lui est assignée.

1°) L'article D. 47-6-2 du CPP institue un JUDEVI au sein du tribunal de grande instance. Est généralement désigné dans cette fonction le magistrat qui préside la Commission d'Indemnisation des Victimes (CIV).

Se pose dès lors la question de l'impartialité de ce magistrat, dans la mesure où le JUDEVI peut aussi être amené à présider les audiences du tribunal correctionnel, statuant, après renvoi, sur les intérêts civils (art. 47-6-3 du CPP).

La question s'est trouvée posée pour avis devant la Cour de Cassation, sous la forme suivante : « Le tribunal correctionnel statuant sur intérêts civils – composé du seul juge délégué aux victimes en application de l'article 1). 47-6-3 du code de procédure pénale créé par le décret numéro 2007-1605 du 13 novembre 2007 – ne peut-il, sans méconnaître les dispositions du premier alinéa de l'article préliminaire du code de procédure pénale relatif au caractère équitable de la procédure pénale et à la préservation de l'équilibre des droits des parties, statuer dans un litige opposant d'une part, une victime et, d'autre part, un auteur responsable ? »

Par décision en date du 20 juin 2008, la Haute Juridiction a dit n'y avoir lieu à avis du fait que « la demande qui concerne la compatibilité des fonctions de juge correctionnel appelé à statuer sur les intérêts civils et de juge délégué aux victimes au regard des dispositions de l'article préliminaire du code de procédure pénale suppose l'examen de la nature et de l'étendue des mesures qui, le cas échéant, ont été prises par le magistrat, en qualité de juge délégué aux victimes, avant de statuer sur les intérêts civils. Cette qualité ne ferait pas obstacle en soi à ce qu'il statue ».

Toutefois, pour éviter les contestations pouvant naître d'un tel cumul, certaines juridictions ont évité de faire présider par le JUDEVI les audiences correctionnelles, statuant sur les intérêts civils. Celui-ci est alors amené à cumuler ses fonctions avec

d'autres fonctions, jugées compatibles (juge des enfants, juge de l'application des peines, par exemple).

2°) Pour assurer ses fonctions, le JUDEVI est, en principe, assisté d'un greffe. Toutefois, en raison de la pénurie de personnel en la matière, certains magistrats assurent eux-mêmes leur propre secrétariat.

C'est, normalement, le greffe de la CIVI qui assure cette fonction. Si certaines tâches sont relativement simples, d'autres s'avèrent plus complexes, et nécessitent des démarches multiples qui constituent une surcharge certaine pour le personnel du greffe, en particulier dans les juridictions importantes. Fort heureusement, l'informatisation des greffes et la dématérialisation des procédures devraient permettre de résoudre bon nombre de difficultés.

Il n'en reste pas moins que la mise en place de la réforme, dans un climat de malaise au sein de l'institution judiciaire a suscité des réactions diverses. Il a souvent été souligné que la réussite de cette réforme nécessitait une réorganisation complète de l'ensemble de la politique d'aide aux victimes, devenue complexe au fil des réformes et initiatives diverses qui ont affecté ce secteur. Parmi les sujets qui nécessitent une attention particulière, on signale généralement la nécessité d'assurer une meilleure formation des intervenants, notamment au sein du secteur associatif, et la nécessité d'une implication plus grande du barreau, généralement assez perplexe sur l'opportunité de cette réforme.

CONCLUSION

La création du JUDEVI est encore trop récente pour pouvoir porter un jugement définitif sur le succès de cette réforme. Comme souvent dans le secteur judiciaire, cette institution nouvelle, inspirée de motifs politiques jugés démagogiques, et intervenant dans un climat peu propice à l'alourdissement des tâches au sein de juridictions de plus en plus dépourvues de moyens suffisants, a été accueillie avec réticence. Il est à craindre qu'à vouloir mieux aider les victimes on rende finalement plus complexes les modalités concrètes du secours qu'elles méritent.

Le risque de cette réforme est de conduire à une bureaucratisation croissante de l'aide aux victimes, qui constituerait l'effet le plus négatif d'une politique inspirée par ce que l'on a qualifié parfois de « victimagie ».

VICTIMOLOGÍA

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
31 - 43

VICTIMARIOS VASCOS Y SU ILEGALIZACIÓN POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LA VICTORIA DE LA DEMOCRACIA

Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones
Internacionales
Universidad Rey Juan Carlos
Madrid

I. INTRODUCCIÓN.

II. LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TEDH PARA VALORAR SI LA ILEGALIZACIÓN REALIZADA SE AJUSTA O NO AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

1. El marco general: los arts. 10 y 11 del Convenio europeo.
2. Su aplicación al caso concreto.
 - A) Existencia de una necesidad social imperiosa.
 - B) Que la medida sea necesaria en una sociedad democrática.
 - C) Que la ingerencia sea proporcional al fin perseguido.

III. LA CONCLUSIÓN DEL TEDH.

IV. VALORACIÓN FINAL: LA EXISTENCIA DE PARTIDOS POLÍTICOS Y DE PROYECTOS POLÍTICOS INCOMPATIBLES CON LA DEMOCRACIA.

Deseo comenzar este trabajo con unas palabras de cariño dedicadas al Prof. Antonio Beristain Ipiña, con ocasión de este merecido homenaje. En primer lugar, quiero transmitirle mi más cordial y cariñosa felicitación al que fuera mi profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de San Sebastián en los ya lejanos años setenta del siglo pasado. En segundo término, deseo agradecerle expresamente su impagable testimonio personal como jurista y sacerdote cristiano en su oposición al terrorismo y en su cercanía a las víctimas. Esta actitud personal le ha costado el precio que todo compromiso –y más el cristiano cuando es radical– conlleva. En su caso, como en el de otros, la amenaza y la falta de libertad, además de la incompreensión de muchos (incluidos sus hermanos en la fe). Los cristianos lo tenemos iluminado pues seguimos a quien fue torturado y asesinado por causa, entre otras cosas, de la justicia. Esa iluminación es todavía más necesaria cuando son nuestros propios hermanos en

la fe los que, como en la parábola del buen samaritano, pasan de largo al vernos –cual extranjeros apaleados– abandonados en el suelo. Por desgracia es la actitud que, en mi opinión, ha caracterizado a la Diócesis guipuzcoana durante muchos años. Demasiados. Una actitud que han padecido tanto Antonio como las demás víctimas del terrorismo.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), de 30 de junio de 2009¹, declarando la conformidad con el Convenio europeo de derechos humanos, de 4 de noviembre de 1950², de la ilegalización por los tribunales españoles de partidos políticos que, constituían desde sus orígenes la rama política de la organización terrorista ETA constituye, sin duda, una magnífica noticia y pone punto final a una situación altamente perjudicial para la democracia española y, en particular, para la democracia y la ciudadanía del País Vasco. Sobre todo, porque durante muchos años en la democracia española ha sido posible que personas que apoyaban, amparaban e incluso –algunas– colaboraban en la acción terrorista de ETA, ocupaban –al mismo tiempo– escaños en las diferentes instituciones vascas. Desde los mismos, se legitimaba la acción terrorista, se deslegitimaba la democracia y, también en ocasiones, se financiaba a la organización terrorista. Como puede apreciarse, un panorama esperpéntico –sino trágico– y único en toda la Unión Europea que caracterizaba la vida diaria en el País Vasco³.

La Sentencia del TEDH posee todavía mayor importancia porque fue adoptada por la Gran Sala de 17 jueces, sala que sólo interviene con carácter excepcional y respecto de cuestiones ya tasadas en el Convenio europeo de derechos humanos⁴.

Por último, cumplidos los requisitos del art. 44.2 del Convenio europeo, la Sentencia se ha convertido en definitiva⁵.

1. Asuntos *Herri Batasuna et Batasuna c. España*, (demandas n^{os} 25803/04 et 25817/04), Sentencia de 30 junio de 2009). Vid. El texto en www.coe.int. Idéntica sentencia recayó en los asuntos *Herritaren Zerenda c. España* (demanda n^o 43518/04) y *Etxeberria Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako et otros c. España* (demandas n^{os} 35579/03, 35613/03, 35626/03 et 35634/03).

2. Sobre este particular vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, coord., 3^a ed., Dilex S.L., Madrid, 2007.

3. Sobre esta cuestión, en profundidad, vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. *La nación sin ciudadanos. El dilema del País Vasco*, Dilex S.L., Madrid, 2006.

4. De conformidad con el art. 43.2, que dice: “Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general”.

5. El art. 44.2 dice: “La sentencia de una Sala será definitiva cuando: a) las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala; o b) no haya sido solicitado la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia; o c) el colegio de la Gran Sala rechace la demanda de remisión formulada en aplicación del artículo 43”.

Como es sabido, en el caso de *España* la ilegalización de partidos políticos es abordada en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos⁶. Como señala su Exposición de Motivos, el objetivo de la Ley “es garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas”. Especialmente, “si se tiene en cuenta que, por razón de la actividad del terrorismo, resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que éstas sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades”.

Esta Ley Orgánica fue recurrida por el Gobierno Vasco ante el Tribunal Constitucional, quien desestimó el recurso y declaró la conformidad de dicha Ley con la Constitución. Con posterioridad, en un comportamiento impropio de un órgano del Estado, el Gobierno Vasco presentó una demanda contra España alegando la violación por el Estado de los artículos 6,7 y 11 del Convenio europeo de derechos humanos. La violación vendría motivada por la Ley Orgánica de Partidos Políticos siendo su objetivo, en palabras del portavoz del Gobierno Vasco recogidas por los medios de comunicación, “procurar que el Tribunal de Estrasburgo repare la grave vulneración de los principios y valores democráticos y las libertades y derechos fundamentales” en los que se inspira el citado Convenio europeo provocada, a su juicio, por la Ley de Partidos. Como era previsible, el TEDH rechazó la demanda por incompetencia *ratione personae* dado que, es obvio, ningún órgano del Estado puede denunciar al Estado del que es parte integrante. En otros términos, el Estado no puede denunciarse a sí mismo, al margen de que la técnica de las demandas individuales sólo este prevista en el Convenio europeo, como expresa el art. 34, respecto de “cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”.

En el marco de la citada Ley Orgánica, el 13 de agosto de 2002, los grupos parlamentarios popular y socialista pidieron la convocatoria de una sesión extraordinaria del Congreso de los Diputados con el objeto de pronunciarse sobre la ilegalización de Batasuna. El 26 de agosto de 2002, en el marco de esa sesión extraordinaria, el Congreso de los Diputados adoptó una resolución pidiendo al Gobierno que requiriera al Tribunal Supremo la declaración de ilegalización de Batasuna, partido que, “por sus actuaciones a atentado contra los principios democráticos y ha violado, de manera grave y reiterada, los principios contenidos en el art. 9 de la Ley Orgánica de 27 de junio de 2002”⁷. El 30 de agosto de 2002 el Gobierno, en Consejo de Ministros, acordó requerir al Tribunal Supremo siendo presentado dicho requerimiento el 3 de septiembre en orden a la incoación del procedimiento tendente a la ilegalización de

6. B.O.E., nº 154, de 28 de junio de 2002.

7. La decisión fue adoptada por 295 votos a favor, 10 en contra y 29 abstenciones.

Batasuna por su condición de brazo político de la organización terrorista ETA. El Tribunal Supremo (en Sala Especial constituida de conformidad con el art. 61 LOPJ), y como consecuencia de las demandas interpuestas por el Abogado del Estado (en representación del Gobierno de la Nación) y por el Ministerio Fiscal, mediante Sentencia de 27 de marzo de 2003, declaró la ilegalidad de Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, su disolución, la cancelación de las correspondientes inscripciones en el Registro de Partidos Políticos, el cese de sus actividades y la apertura del proceso de liquidación patrimonial.

El 22 de julio de 2003, Batasuna formuló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a la Sentencia del Tribunal Supremo que la ilegalizó. El Tribunal Constitucional, mediante Auto de 25 de julio, denegó la solicitud de suspensión de la citada Sentencia solicitada por Batasuna. El Tribunal Constitucional retiene que, en la referida Sentencia de 27 de marzo de 2003, la Sala estimó acreditado,

“tras la valoración de las Pruebas practicadas en el proceso, que los citados partidos políticos, y, en concreto, en lo que aquí ahora interesa, el partido político Batasuna, han vulnerado con su actividad, tras la entrada en vigor de la LOPP –Ley Orgánica de Partidos Políticos– los principios democráticos, persiguiendo con ella el deterioro o la destrucción del régimen de libertades, mediante la realización, de forma grave, sistemática y reiterada, entre otras, de las conductas enunciadas en el art. 9.2, a), b) y c) LOPP”⁸.

Además, el Tribunal Constitucional destaca que la concurrencia de las conductas anteriores en la actividad de los partidos políticos ilegalizados y disueltos también fue apreciada por la Sala del TS al considerar acreditada la repetición y acumulación, entre otras, de las siguientes conductas, que son especificaciones de las descritas anteriormente:

“dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta” (art. 13.a) LOPP); “acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos” (art. 13.b) LOPP); “utilizar como instrumentos de la actividad del partido conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo” (art. 13.d) LOPP); “colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o

8. Esto es, respectivamente, “vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología”; “fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades públicas”; “complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma”.

a los terroristas” (art. 13.f) LOPP); y, en fin, “promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas” (art. 13.h) LOPP).

Como veremos a continuación, para concluir que la ilegalización de los partidos políticos afectados por la Sentencia de 30 de junio de 2009 es conforme al Convenio europeo de derechos humanos, la Gran Sala no hace otra cosa que reiterar su jurisprudencia en la materia; jurisprudencia que alcanzó un hito en la Sentencia del propio TEDH, de 9 de abril de 2002, relativa a la ilegalización del partido político turco *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad) ya que fue la primera vez que el Tribunal declaraba conforme al Convenio europeo de derechos humanos la ilegalización de un partido político. En efecto, en este asunto, que también fue reenviado a la Gran Sala del TEDH éste, por unanimidad, mediante Sentencia de 13 de febrero de 2003, declaró que la ilegalización del Partido de la Prosperidad no violaba el art. 11 del Convenio europeo⁹.

II. LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR EL TEDH PARA VALORAR SI LA ILEGALIZACIÓN REALIZADA SE AJUSTA O NO AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. El marco general: los arts. 10 y 11 del Convenio europeo

Como es habitual en su jurisprudencia, el TEDH examina la ilegalización de los partidos políticos vascos concernidos por la Sentencia de 30 de junio de 2009, en el marco del art. 10 (libertad de expresión), en la medida en que las actividades de los partidos políticos participan de un ejercicio colectivo de la libertad de expresión, y del art. 11 (libertad de reunión y de asociación) del Convenio europeo.

De conformidad con la jurisprudencia del TEDH, y con carácter general, los partidos políticos gozan en principio de la protección del Convenio europeo. Y ello es así porque, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, “los partidos políticos representan una forma de asociación esencial para el buen funcionamiento de la democracia. Dada la importancia de esta en el sistema del Convenio, el art. 11 opera también respecto de los partidos políticos”.

La protección que el Convenio otorga a los partidos políticos se encuentra íntimamente ligada al papel fundamental que los mismos tienen en el sistema democrático. Como ya señalara el Tribunal en el asunto *Loizidou*, “la democracia representa sin ninguna duda un elemento fundamental del ‘orden público europeo’”¹⁰, conclusión que se desprende del Preámbulo del propio Convenio cuando establece un vínculo muy claro entre el Convenio y la democracia al declarar que la salvaguarda y el desarrollo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales reposan, de un lado, sobre un régimen político verdaderamente democrático, y, de otro, sobre una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos¹¹. El mismo Preámbulo enuncia a conti-

9. Vid. TEDH, *Asunto Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía* (Demandas nº 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98), Sentencia de 31 de julio de 2001.

10. P. 27, párrafo 75.

11. Cf. TEDH, *asunto Klass y otros*, p. 28, párrafo 59.

nuación que los Estados europeos tienen en común un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, viendo el Tribunal en este patrimonio común los valores subyacentes al Convenio¹². En la misma línea, el Tribunal ha recordado en distintas ocasiones que el Convenio está destinado a salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática¹³.

Es por todo ello que una asociación no deja de beneficiarse del Convenio por el sólo hecho de que, a la luz de las autoridades nacionales, sus actividades atenten contra las estructuras constitucionales del Estado y requieran medidas restrictivas. En este sentido, la protección que otorga el art. 1 del Convenio¹⁴ no hace ninguna distinción en cuanto al tipo de normas o de medidas en cuestión y no sustrae ninguna parte de la jurisdicción de los Estados Partes al imperio del Convenio. En consecuencia, la organización política e institucional de los Estados Partes debe respetar los derechos y principios inscritos en el Convenio, siendo inherente al sistema del Convenio la conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y los de la salvaguarda de los derechos individuales. Por último, la protección que otorga el art. 11 del Convenio europeo se extiende a toda la duración de la vida de las asociaciones.

Sin embargo, de lo anterior no cabe concluir que la libertad de asociación sea ilimitada. El propio art. 11, en su párrafo 2, afirma:

“2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado”.

Por lo tanto, y a la luz del art. 11.2, los criterios (deben darse todos) con arreglo a los cuales el TEDH tiene que abordar la ilegalización de un partido político son los siguientes:

- existencia de una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de asociación. Esto es, la medida nacional de ilegalización;
- que esta injerencia esté justificada. Esto es, que esté prevista por el ordenamiento interno del Estado y que la misma persiga un fin legítimo;
- que esa injerencia sea necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito¹⁵.

12. Cf. TEDH, *asunto Soering c. Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 1989, serie A nº 61, p. 35, párrafo 88.

13. Cf. TEDH, *asuntos Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, Sentencia de 7 de diciembre de 1976, serie A nº 23, p. 27, párrafo 53, y *Soering c. Reino Unido*, ya citado, p. 34, párrafo 87.

14. Que dice: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

15. “La democracia aparece así como el único modelo político contemplado por el Convenio y, por tanto, el único compatible con él”.

2. Su aplicación al caso concreto

A) Existencia de una necesidad social imperiosa

Basándose en la sentencia de disolución dictada por el Tribunal Supremo español, el TEDH enumera los comportamientos que permiten concluir que los partidos políticos que demandan a España en los casos que nos ocupan “eran instrumentos de la estrategia terrorista de ETA. En opinión del Tribunal, estos elementos pueden ser clasificados especialmente en dos grupos: de un lado, aquellos que han favorecido un clima de confrontación social. De otro, los que han constituido una actividad de apoyo implícito al terrorismo practicado por ETA”¹⁶.

Para el TEDH,

“86. En el conjunto de los casos, como han puesto de relieve las jurisdicciones internas, se trata de comportamientos muy próximos a un apoyo explícito a la violencia y de elogios de personas probablemente vinculadas al terrorismo. Así, estos elementos pueden ser contemplados como incitadores de conflictos sociales entre los partidarios de los partidos demandantes y el resto de formaciones políticas, en particular las del País Vasco. El Tribunal recuerda a este respecto que los actos y los discursos de miembros y dirigentes de los partidos demandantes invocados por el Tribunal Supremo no excluyen el recurso a la fuerza a los fines de llevar a cabo sus propósitos. Por consiguiente, el Tribunal considera que los argumentos de los tribunales nacionales han justificado suficientemente que las confrontaciones corren el riesgo de provocar movimientos violentos en la sociedad que perturbarían el orden público como ya sucedió en el pasado”¹⁷.

El TEDH concluye, también, la existencia de un vínculo entre los partidos políticos demandantes y ETA, hasta el punto de afirmar –“habida cuenta de la situación existente en España desde hace muchos años”– que tales vínculos pueden ser considerados objetivamente como una amenaza para la democracia. En efecto,

“89. El Tribunal estima que en el caso que le ocupa las jurisdicciones internas han llegado a conclusiones razonables después de un estudio detallado de los elementos de que disponían y no ve ninguna razón para separarse del razonamiento al que ha llegado el Tribunal Supremo concluyendo la existencia de un vínculo entre los partidos demandantes y ETA. Además, habida cuenta de la situación existente en España desde hace muchos años en relación con los atentados terroristas, más especialmente en la ‘región políticamente sensible’ que es el País Vasco (ver *mutatis mutandis*, *Leroy c. France*, n° 36109/03, § 45, 2 octubre 2008), estos vínculos pueden ser considerados objetivamente como una amenaza para la democracia”¹⁸.

16. TEDH, Sentencia de 30 de junio de 2009, parágrafo 85. Se trata de eslóganes y gritos a favor de ETA con ocasión de manifestaciones presididas por miembros de los partidos políticos en cuestión, del reconocimiento a terroristas de ETA como hijos predilectos en los municipios gobernados por esos partidos políticos y de entrevistas concedidas a la prensa en las que representantes de esos partidos políticos afirman que “ETA no practica la lucha armada por capricho, sino que se trata de una organización que ve la necesidad de utilizar todos los instrumentos para hacer frente al Estado” (*ibid.*).

17. *Ibid.*, parágrafo 86. La traducción al español de todas las citas de esta sentencia es mía. Asimismo, el TEDH se muestra de acuerdo con los argumentos del TC español y estima que la negativa a condenar la violencia constituye “una actitud de apoyo tácito al terrorismo, y esto en un contexto de terrorismo que existe desde hace más de treinta años y que es condenado por el conjunto de los demás partidos políticos” (*ibid.*, parágrafo 88).

18. *Ibid.*, parágrafo 89.

Por consiguiente, estima que la ilegalización de los partidos políticos concernidos responde a una “necesidad social imperiosa” ya que tanto los actos como los discursos imputables a los mismos son incompatibles con el concepto de “sociedad democrática”:

“91. El Tribunal se une a los argumentos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y considera que los actos y los discursos imputables a los partidos políticos demandantes constituyen un conjunto que proporciona una nítida imagen de un modelo de sociedad concebido y preconizado por los partidos que estaría en contradicción con el concepto de ‘sociedad democrática’ (ver, a contrario, el asunto *Partidul Comunistilor (Nepeceristi) et Ungureanu*, citado anteriormente). Por lo tanto, la sanción infligida a los demandantes por el Tribunal Supremo, confirmada por el Tribunal Constitucional, incluso en el marco del reducido margen de apreciación de que disponen los Estados, puede razonablemente ser considerado como que responde a una “necesidad social imperiosa”¹⁹.

En relación con esta última cuestión –la incompatibilidad con una sociedad democrática– no está de más recordar la concepción del TEDH sobre el particular.

B) Que la medida sea necesaria en una sociedad democrática

Como ya he puesto de manifiesto, la libertad de reunión y de asociación contemplada en el art. 11 del Convenio se analiza a la luz de la libertad de expresión del art. 10, pues “la protección de las opiniones y de la libertad de expresión constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión y asociación consagrada por el art. 11”²⁰. Si esto es así con carácter general, tanto más sucede en el caso de los partidos políticos, “habida cuenta de su papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia”²¹. El TEDH lo ha subrayado con frecuencia: no hay democracia sin pluralismo²². Es por ello por lo que la libertad de expresión del art. 10, con la excepción prevista en el párrafo 2, vale no sólo para las informaciones o ideas acogidas favorablemente sino, también, para aquellas que molestan, chocan o inquietan²³.

El TEDH ha precisado también que el Estado es el “último garante del pluralismo”²⁴. En el terreno político esta responsabilidad implica para el Estado la obligación, entre otras, de organizar con intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que aseguren la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo, tal como dispone el art. 3 del Protocolo nº 1. En opinión del

19. *Ibid.*, párrafo 91.

20. Vid., entre otras, las sentencias del TEDH en los asuntos *Young, James y Webster c. Reino Unido*, de 13 de agosto de 1981 (serie A nº 44, p. 23, párrafo 57) y *Vogt c. Alemania*, de 26 de septiembre de 1995 (serie A nº 323, p. 30, párrafo 64).

21. *TEDH, asunto Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, Sentencia de 30 de enero de 1998, párrafo 43.

22. Cf. *ibid.*, párrafo 43.

23. Por eso, en la medida en que sus actividades participan de un ejercicio colectivo de la libertad de expresión, los partidos políticos pueden pretender la protección de los arts. 10 y 11 del Convenio (cf. *ibid.*).

24. En el asunto *Informationsverein Lentia y otros c. Austria*, Sentencia de 24 de noviembre de 1993, (serie A nº 276, p. 16, párrafo 38).

Tribunal, “semejante expresión no podría concebirse sin el concurso de una pluralidad de partidos políticos representativos de las corrientes de opinión de la población de un país. Repercutiendo –los partidos políticos– no sólo en las instituciones políticas sino también, gracias a los medios de comunicación, en todos los niveles de la vida en sociedad, que aportan una contribución irremplazable al debate político, el cual se encuentra en el corazón mismo de la noción de sociedad democrática”²⁵.

Por lo tanto, dada la relevancia de los partidos políticos en los sistemas democráticos, las injerencias en el ejercicio de los derechos recogidos en los arts. 10 y 11 –entre otros– del Convenio europeo, deben ser apreciadas a la luz de lo que es “necesario en una sociedad democrática”. La única forma de necesidad capaz de justificar una injerencia en uno de estos derechos es, por lo tanto, aquella que pueda reclamarse a sí misma como de la “sociedad democrática”, puesto que la democracia es “el único modelo político contemplado por el Convenio y, por tanto, el único compatible con él”²⁶.

Es en el contexto de esta jurisprudencia anterior en el que cabe situar las afirmaciones del TEDH de que la ilegalización de los partidos políticos vascos que demandan a España en los casos concretos que estoy analizando, son conformes al Convenio europeo de derechos humanos porque tales partidos “pueden ser considerados objetivamente como una amenaza para la democracia”²⁷ y porque el conjunto de actos y discursos imputables a los mismos proyectan “una nítida imagen de un modelo de sociedad concebido y preconizado por los partidos que estaría en contradicción con el concepto de ‘sociedad democrática’”²⁸.

C) Que la ingerencia sea proporcional al fin perseguido

La ingerencia la constituye la medida nacional de ilegalización. En el caso que nos ocupa, antes de pronunciarse sobre este punto, el TEDH recuerda que ya ha manifestado que la ilegalización de los partidos políticos que demandan a España –en otros términos, la ingerencia en cuestión– “respondía a una ‘necesidad social imperiosa’”. Por lo tanto, “y habida cuenta de que los proyectos –de tales partidos– anteriormente mencionados están en contradicción con la concepción de la ‘sociedad democrática’ y comportan un considerable peligro para la democracia española, la sanción –de ilegalización– infligida a los demandantes es proporcional al fin perseguido en el sentido del art. 11.2 (*Refah Partisi c. Turquía* precitado, §§ 133 et 134)”²⁹.

25. Vid., entre otras, las sentencias del TEDH en los asuntos *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986 (serie A nº 103, p. 26, parágrafo 42), *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992 (serie A nº 236, p. 23, parágrafo 43) y *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, Sentencia de 30 de enero de 1998, parágrafo 44.

26. TEDH, asunto *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, Sentencia de 30 de enero de 1998, parágrafo 45.

27. Asunto *Herri Batasuna et Batasuna c. España*, (demandas nºs 25803/04 et 25817/04), Sentencia de 30 junio de 2009, parágrafo 89.

28. *Ibid.*, parágrafo 91.

29. *Ibid.*, parágrafo 93. El art. 11 dice: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos

III. LA CONCLUSIÓN DEL TEDH

El TEDH, después de un control riguroso en cuanto a la presencia de “razones convincentes e imperativas” que puedan justificar la disolución de los partidos políticos demandantes, “estima que esta ingerencia –la medida nacional de ilegalización– correspondía a una ‘necesidad social imperiosa’ y era ‘proporcionada al objetivo perseguido’”. En consecuencia, de todo lo anterior “resulta que la disolución puede ser considerada como ‘necesaria en una sociedad democrática’, en especial para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en el sentido del art. 11.2” del Convenio europeo de derechos humanos³⁰.

Por lo tanto, no hay violación del art. 11 del Convenio europeo. En otros términos, la ilegalización acordada por los órganos judiciales españoles respecto de los partidos políticos afectados es conforme y se ajusta al Convenio europeo de derechos humanos.

En cuanto a la violación del art. 10, alegada por los demandantes, el TEDH estima que las cuestiones planteadas por ellos en el marco de este artículo se refieren a los mismos hechos ya examinados en el ámbito del art. 11 del Convenio europeo, por lo que estima innecesario examinarlos separadamente³¹.

Por último, considero importante destacar que ambas conclusiones fueron alcanzadas por unanimidad.

IV. VALORACIÓN FINAL: LA EXISTENCIA DE PARTIDOS POLÍTICOS Y DE PROYECTOS POLÍTICOS INCOMPATIBLES CON LA DEMOCRACIA

Aunque en el País Vasco algunos todavía se extrañen e, incluso, se lleven las manos a la cabeza, no todos los partidos políticos ni, tampoco, todos los proyectos políticos son compatibles con la democracia. En mi opinión, esto es obvio. Lo que

... para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

30. *Asunto Herri Batasuna et Batasuna c. España*, (demandas n^{os} 25803/04 et 25817/04), Sentencia de 30 junio de 2009, parágrafo 94.

31. *Ibid.*, parágrafo 97. El art. 10 se refiere a la libertad de expresión y dice: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

sucede en el País Vasco, ya desde hace muchos años, es que ni siquiera las obviedades se admiten. De ahí la importancia y la trascendencia de la Sentencia del TEDH: no sólo clarifica el panorama sino que hace más difícil la pretensión de bastantes de hacernos comulgar a los demócratas con ruedas de molino.

Como digo, que la democracia no ampara cualquier proyecto político o, desde otra perspectiva, que existen proyectos políticos que son incompatibles con la democracia es una obviedad que el propio TEDH se ha encargado de subrayar en distintas ocasiones a través de su jurisprudencia. En especial, en aquella recaída en los asuntos en los que ha tenido que ocuparse de la disolución o de la ilegalización de partidos políticos realizadas por Estados Partes en el Convenio europeo de derechos humanos. Es en esas ocasiones en las que el TEDH ha manifestado que existen proyectos políticos que son incompatibles con la democracia. Y ello, sin perjuicio de constatar que:

“una de las características principales de la democracia reside en la posibilidad que ofrece de resolver mediante el diálogo y sin el recurso a la violencia los problemas que encuentra un país, y esto incluso cuando molestan. Sobre esta base, una formación política no puede verse inquietada por el sólo hecho de querer debatir públicamente sobre la suerte de una parte de la población de un Estado y de implicarse en la vida política de este con el fin de encontrar, respetando las reglas democráticas, soluciones que puedan satisfacer a todos los actores concernidos”³².

Pero que la democracia sea importante no significa que las autoridades de un Estado en el que una asociación, por sus actividades, ponga en peligro las instituciones, estén privadas del derecho a protegerlas. A este respecto, el TEDH señala la necesidad de conciliar los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y los de la salvaguardia de los derechos individuales. Así,

“el Tribunal recuerda que ya ha juzgado inherente al sistema del Convenio una cierta forma de conciliación entre los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y los de la salvaguardia de los derechos individuales (vid. *mutatis mutandis*, la sentencia *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de septiembre de 1978, serie A nº 28, p. 28, párrafo 59). Tal conciliación requiere que la intervención de las autoridades se haga de conformidad con el párrafo 2 del artículo 11...”³³.

Por lo tanto, de conformidad con el TEDH, un partido político puede realizar campaña a favor del cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado. Ahora bien, *no se trata de un derecho absoluto*. Los límites, los ha marcado ya el TEDH. Así, por ejemplo, al afirmar que un Estado puede impedir la realización de un proyecto político que es incompatible con el Convenio europeo de derechos humanos. Y esto, incluso antes de que el proyecto político en cuestión sea puesto en práctica mediante actos concretos que corren el riesgo de comprometer la paz civil y el régimen democrático del Estado en cuestión. Así lo manifestó recientemente en el *asunto Refah Partisi y otros c. Turquía* al declarar que:

32. TEDH, *asunto Partido Socialista y otros c. Turquía*, Sentencia de 25 de mayo de 1998, párrafo 45.

33. TEDH, *asunto Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, Sentencia de 30 de enero de 1998, párrafo 32.

“si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser estrecho en materia de disolución de partidos políticos, siendo el pluralismo de ideas y de partidos inherente a la democracia, el Estado concernido puede razonablemente impedir la realización de un proyecto político de ese tipo (el contemplado por el Partido de la Prosperidad), incompatible con las normas del Convenio, antes de que sea puesto en práctica mediante actos concretos que corren el riesgo de comprometer la paz civil y el régimen democrático en el país”³⁴.

En otros términos, el Estado tiene derecho a defenderse cuando el proyecto político en cuestión es incompatible con la democracia; sistema político sobre el que se asienta el Convenio europeo de derechos humanos.

Por lo tanto, la ilegalización de un partido político, si reúne los requisitos exigidos por el TEDH, puede ser compatible con el Convenio. Como he tenido ocasión de poner de manifiesto en las páginas precedentes, y de conformidad con el propio Tribunal –para ser conforme con el Convenio– la medida de disolución o ilegalización de un partido político debe reunir dos condiciones. De un lado, los medios utilizados en orden a ese objetivo deben ser “desde todos los puntos de vista” legales y democráticos. De otro, el cambio propuesto debe ser compatible con los principios democráticos fundamentales.

Ambos criterios estuvieron presentes en la ilegalización del partido turco *Refah Partisi* (*Partido de la Prosperidad*), pero en su sentencia relativa al *asunto Refah Partisi* (*Partido de la Prosperidad*) y otros *c. Turquía*, el TEDH evaluó la medida nacional de ilegalización a la luz de criterios novedosos respecto de su jurisprudencia anterior, como es el caso de la *incitación a la violencia*.

En opinión del Tribunal, como ya he señalado, un partido político puede realizar campaña a favor del cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado, pero los medios utilizados a ese efecto tienen que ser “desde todos los puntos de vista” legales y democráticos. El cambio propuesto, además, debe ser compatible con los principios democráticos fundamentales. De ahí

“se desprende necesariamente que un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o propongan un proyecto político que no respete una o varias reglas de la democracia o que contemple la destrucción de esta así como el desconocimiento de los derechos y libertades que la misma reconoce, *no puede prevalecerse de la protección del Convenio contra las sanciones infligidas por estos motivos*”³⁵.

Como acabamos de comprobar, en los *asuntos Herri Batasuna y Batasuna c. España, Herriaren Zerenda c. España, Etxeberria Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea y Aiarako et otros c. España*, objeto todos ellos de la Sentencia de 30 junio de 2009 que origina el presente trabajo, el TEDH no hace sino continuar la misma línea jurisprudencial de asuntos anteriores y aplicar los criterios que la sustentan. En especial, la empleada en el *asunto Refah Partisi y otros c. Turquía*,

34. TEDH, *asunto Refah Partisi y otros c. Turquía*, Sentencia de 31 de julio de 2001, parágrafo 81.

35. *Ibid.*, parágrafo 47. El Tribunal alude también a su jurisprudencia en los *asuntos Partido Socialista y otros c. Turquía*, Sentencia de 25 de mayo de 1998 (*Recueil* 1998-III, pp. 1256-1257, párrafos 46 y 47, y *Lawless c. Irlanda*, Sentencia de 1 de julio de 1961 (fondo), serie A nº 3, pp. 45-46, parágrafo 7. Los mismos criterios son reiterados por el Tribunal en el *asunto Yazar, Karatas, Aksoy y el Partido del Trabajo del Pueblo (HEP) c. Turquía*, Sentencia de 9 de abril de 2002, parágrafo 49.

Sentencia de 31 de julio de 2001, confirmada por la Gran Sala en la Sentencia relativa al mismo asunto, de 13 de febrero de 2003³⁶.

Es con arreglo a esta línea jurisprudencial que el TEDH concluye que la disolución de los partidos políticos vascos anteriormente citados y que demandan a España ante ese Tribunal, “puede ser considerada como ‘necesaria en una sociedad democrática’, en especial para el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de los demás, en el sentido del art. 11.2” del Convenio europeo de derechos humanos³⁷.

36. Cf. TEDH, (*Gran Sala*), *asunto Refah Partisi y otros c. Turquía*, Sentencia de 13 de febrero de 2003, parágrafo 129.

37. TEDH, *Asunto Herri Batasuna et Batasuna c. España*, (*demandas nºs 25803/04 et 25817/04*), Sentencia de 30 junio de 2009, parágrafo 94.

LA MUJER INMIGRANTE DESDE LA VICTIMOLOGÍA

Izaskun ORBEGOZO ORONoz

Investigadora, Instituto Vasco de Criminología

SUMARIO

- I. Dedicatoria
- II. Presentación
- III. De la vulnerabilidad a la victimación de la mujer inmigrante
 - a) Concepto de victimación
 - b) La doble victimación de las mujeres inmigrantes: objeto de doble discriminación por ser mujer y ser inmigrante
 - c) La triple victimación: la interrelación entre la clase social, el género y la etnia
 - d) La cuarta victimación: La interrelación entre la clase social, el género y la etnia, y la consideración de "no ciudadana"
- IV. Conclusión
- V. Bibliografía

I. DEDICATORIA

Antes de abordar el presente artículo me gustaría dedicar unas palabras al estimado profesor y gran persona Antonio Beristain.

Al finalizar mi 3º curso de Derecho en la Facultad de San Sebastián, terminaba también el aprendizaje de la asignatura de Derecho Penal, era una de las materias más bonitas y que más interés me suscitaba. Supe después que había un Seminario de Criminología impartido por el profesor Antonio Beristain y decidí asistir al mismo para no perder contacto con dicha materia.

Allí me presenté, pensando que así no perdería el vínculo con la disciplina del Derecho Penal pero sin imaginarme que además de esta interesante materia una gran novedad me aguardaba, me refiero al mundo de la Criminología. Desde ese día empecé a colaborar en el Instituto Vasco de Criminología, trabajé junto a Antonio y me formé en sus clases.

Quien conoce a Antonio sabe que sus clases eran atípicas, originales, creativas, incluso divertidas sin dejar de ser rigurosas y profundas, porque en mi opinión si algo caracteriza a Antonio es su gran profundidad.

Después de la Criminología llegó la Victimología y he seguido aprendiendo con el recuerdo entrañable de esa mirada seria y tierna a la vez, de esa pasión en su manera de transmitir y esa risa silenciosa...

Me alegro de haber compartido con Antonio todos estos años y haber aprendido además de conocimientos, algo más, haber descubierto que existe “otra cara de la luna”, o que “todo es según el color del cristal con que se mira”. (Campoamor, R.).

Desde mi gran respeto y cariño únicamente decirle “Gracias”.

II. PRESENTACIÓN

El presente artículo forma parte de una investigación más amplia realizada en el Instituto Vasco de Criminología sobre la *“Mujer inmigrante víctima. Hacia un manual de buenas prácticas en el ámbito social y jurídico (Fase II)”*, durante el año 2007.

Tal y como se recogía en la memoria del proyecto presentada, una parte de ese estudio pretendía, a partir de los datos de la realidad ya examinada en la investigación *“Detección y análisis criminológico de los supuestos de victimación de la mujer inmigrante en la CAPV. Hacia un manual de buenas prácticas (Fase I, 2006)”*, la determinación de los factores más relevantes de la vulnerabilidad y victimación de la mujer inmigrante.

Para ello se realizó en una primera fase una serie de entrevistas abiertas con mujeres inmigrantes víctimas de delitos y entrevistas semi-estructuradas con distintos operadores que se dedican al tratamiento de este colectivo. En una segunda fase, se profundizó en el análisis jurídico-penal de los tipos penales habitualmente soportados por estas mujeres (violencia doméstica, delitos contra la libertad sexual, delitos contra los trabajadores y tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual) habida cuenta de la doble victimación sufrida por las mismas, atendida su condición de mujer y de inmigrante.

III. DE LA VULNERABILIDAD A LA VICTIMACIÓN DE LA MUJER INMIGRANTE

La mujer inmigrante, en ocasiones, se encuentra en unas determinadas circunstancias que se pueden calificar de fragilidad o vulnerabilidad¹, puede ser víctima de diversos delitos, pero con la particularidad de las dificultades añadidas a su proceso migratorio respecto al hombre inmigrante y situándola, frente a las mujeres autóctonas, en una situación de desventaja, más patente si cabe, respecto a las mujeres en situación irregular, cuando quieren hacer valer sus derechos y acceder a todos los recursos disponibles para su protección.

1. Ver HERRERA MORENO, M.: La hora de la víctima. Compendio de Victimología, p. 337-341.

Cualquier desplazamiento migratorio posee varias connotaciones que adquieren rasgos específicos cuando se trata de mujeres inmigrantes. Por un lado, el desarraigo del contexto familiar es especialmente problemático con respecto a los hijos (que se dejan o se cargan); el movimiento o desplazamiento implica riesgos de todo tipo de abusos, particularmente aquellos que tienen que ver con su condición de mujer; el asentamiento es difícil tanto por los riesgos que el mismo supone cuando viajan solas como cuando lo hacen acompañadas con hijos o ancianos; el rechazo de la sociedad de acogida es particularmente manifiesto cuando la mujer no entra portando un proyecto “institucionalizado” en el mercado de trabajo, pero que se expresa también cuando es portadora de otros valores culturales, religiosos, familiares ajenos a las prácticas y tradiciones occidentales².

En ocasiones, estas mujeres pueden tener el sentimiento de falta de soporte por parte de la sociedad de adopción. La desconfianza y la falta de recursos aumentan su vulnerabilidad a situaciones de violencia. El estatuto del inmigrante; la soledad; el miedo; la dependencia³ y las normas culturales se convierten en factores de vulnerabilidad⁴ que dejan al descubierto una gran desprotección de la mujer al interactuar con la sociedad de acogida.

Estas mujeres, por tanto, se convierten en víctimas especialmente vulnerables, es decir, forman parte de un grupo social que reúne unos caracteres propios y comunes, endógenos y exógenos (edad, sexo, personalidad, estado civil...), que las hacen fácilmente victimizables siendo, por tanto, su índice de victimización mayor que en el resto de individuos. No pueden establecerse unas pautas comunes tendentes a agrupar a un sector social en general sino que cada delito, al reunir unos caracteres propios, delimitará, conforme a su naturaleza, qué personas pueden quedar englobadas como especialmente vulnerables⁵. Las mujeres inmigrantes debido a determinados factores ya sean de género y/o vinculadas a su condición de inmigrante, van a tener un índice de victimización mayor al resto de los demás individuos.

Antes de profundizar en la victimación de la mujer inmigrante conviene diferenciar el concepto de víctima de la victimología y el del Derecho Penal, distinción relevante puesto que ambos son sustancialmente distintos. Para la victimología, “víctima” es

2. RAMOS QUINTANA, M. I.: “Mujeres inmigrantes: la doble discriminación”, p. 13.

3. En relación a la dependencia como factor de vulnerabilidad, una de las principales causas de llegada a España de la mujer inmigrante ha sido la “reagrupación familiar”, esta situación limita su libertad, quedando condicionada su presencia en el país al permiso de su marido. La presencia de mujeres inmigrantes es cada vez mayor pero hasta hace poco había pasado desapercibido ese incremento debido, entre otras causas, a que la mayoría realiza trabajos de economía sumergida en los que normalmente no se cotiza a la seguridad social, careciendo de contrato y de condiciones salariales, sin olvidar las que llegan en situación irregular y muchas desconociendo el idioma. A las dificultades personales y de dependencia (escasez de medios económicos, desconocimiento del idioma, falta de información de sus derechos,...) que conlleva ser mujer inmigrante, hay que añadir que la legislación española apenas ha previsto la llegada masiva de emigrantes y existe una insuficiente protección jurídica respecto de la mujer inmigrante, sobre todo en los ámbitos familiar y laboral. Véase GASPARD BLANCH en *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, nº 13, p. 44.

4. JIMÉNEZ CALVO, E.: “Violence conyugal: La double vulnérabilité de la femme immigrante au Québec”, p. 29-30.

5. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: Análisis criminológico del delito de violencia doméstica, p. 98.

una persona que puede sufrir cualquier tipo de afección en sus derechos, mientras que para el Derecho Penal, la víctima se concibe como sujeto pasivo del delito⁶. Además BERISTAIN señala un aspecto más, la virtualidad de las víctimas, consideradas “fuerza dinámica capaz de regeneración o recreación que supera a la mera restitución, reparación del daño e indemnización de perjuicios materiales y morales”⁷.

a) Concepto de victimación

Tras la distinción realizada acerca del concepto de víctima, procederemos a delimitar el concepto de victimación de la que puede ser objeto la mujer inmigrante. Siguiendo a TAMARIT⁸ la victimación se entiende como un proceso en el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático y en el que es preciso distinguir dos dimensiones del mismo.

Por una parte, debemos considerar diferentes factores que intervienen en la precipitación del hecho delictivo dentro los cuales se agruparían, de un lado los *factores individuales* como la edad, el género y las características de la personalidad, y de otro lado, los *factores sociales* en los que se encuentran todos los riesgos derivados de la estructura social, los elementos ambientales, la estigmatización o marginación de determinados colectivos de personas, que permiten identificarlos como objetivos a agredir. La reacción del entorno frente al delito constituye asimismo un factor de modulación del impacto del mismo, siendo fundamental el grado de reconocimiento y de apoyo emocional.

De otra parte, una segunda dimensión a tener en cuenta es la que comprende el impacto del hecho delictivo sobre la víctima, es decir, el modo de vivir la experiencia de victimación y el conjunto de condiciones de las que el impacto del hecho depende. De acuerdo con el reconocimiento de esta doble dimensión del hecho delictivo se aprecia también una doble proyección en relación a las víctimas: víctimas de riesgo y víctimas vulnerables.

En este sentido, ECHEBÚRUA y DE CORRAL⁹, definen *víctimas de riesgo* como aquellas personas que tienen mayor probabilidad de sufrir un delito violento; y *víctimas vulnerables* las que al sufrir una agresión quedan más afectadas psicológicamente por lo ocurrido en función de la precariedad emocional existente. Es decir, las víctimas de riesgo tienen una cierta predisposición a ser objeto de un delito porque se convierten en una presa fácil para el agresor y las víctimas vulnerables, tienen una mayor probabilidad de sufrir un intenso impacto emocional tras haber sufrido un delito violento (sean o no víctimas de riesgo).

6. BUSTOS RAMÍREZ J.; LARRAURI PIJOAN, E.: Victimología: Presente y Futuro, p. 17 y ss.

7. BERISTAIN A.: Victimología. Nueve palabras clave, p. 467.

8. TAMARIT SUMALLA, J.M.: Manual de Victimología, p. 29.

9. ECHEBURÚA E. y DE CORRAL P.: Manual de Victimología, p. 151.

Además de los aspectos victimológicos aludidos, BERISTAIN y ZAFFARONI¹⁰ hacen referencia a un tipo de victimación derivada de estructuras sociales o políticas injustas que marcan la desigualdad y en la que podemos incluir a la mujer inmigrante víctima de un delito.

En opinión de ZAFFARONI existen dos rangos de vulnerabilidad social correlativos: la vulnerabilidad a la criminalización, que crea sus propias “víctimas de la criminalización” a través de las agencias de criminalización secundaria y la vulnerabilidad a la victimización. Este desarrollo de la vulnerabilidad a la victimización se construye desde un enfoque socio-económico marcador de desigualdad y discriminación.

De conformidad con el desarrollo que ZAFFARONI hace de la vulnerabilidad a la victimación se puede decir que ésta no sólo es clasista, sino también de género, racista y prejuiciosa. Los grupos migrantes latinoamericanos, y en especial los inmigrantes ilegales, cuya situación de ilegalidad les priva del acceso a la justicia, suelen ser particularmente vulnerables a la criminalización pero también a la victimización. Todo ello se debe especialmente a la incapacidad de denunciar los delitos cometidos contra ellos y la necesidad de trabajar en forma de servidumbre. La marginalidad y la represión a que se somete a las prostitutas, a sus clientes, a las minorías sexuales, etc., aumentan enormemente su riesgo de victimización. Las mujeres son criminalizadas en menor número que los hombres pero son victimizadas en media igual y superior¹¹.

En este sentido GARCÍA alude a la victimación social del inmigrante cuando define la misma en relación a las conductas delictivas que se cometen contra él junto con los procesos sociales que lo tratan injustamente. El contexto social en el que se van a desenvolver los inmigrantes en España está marcado por dos momentos clave: uno es el acceso al país, las dificultades y alternativas a la entrada legal, es en este momento cuando la persona con un proyecto migratorio claro puede ser una víctima fácil de traslados fronterizos ilegales con fines de explotación laboral o sexual a manos de organizaciones criminales. El otro momento clave es la permanencia en el país, supe-
ditada a los permisos administrativos, todo ello oculto bajo la clandestinidad en la que se encuentran muchos inmigrantes que se encuentran expuestos a una posible explotación laboral o sexual, además de ser dianas fáciles de ataques racistas o xenófobos¹².

Por tanto no se debe olvidar que la victimización del inmigrante no sólo se produce con la realización del hecho delictivo sino también por los efectos nocivos ocasionados por algunas previsiones procesales y administrativas¹³. Es el caso por ejemplo de las redes de prostitución de mujeres que proceden de países extracomunitarios y que se encuentran en situación irregular en España. Estas mujeres, en caso de ser descubierta la persona que las ha mantenido en la prostitución, serán objeto de expulsión como sanción administrativa.

10. BERISTAIN A., ZAFFARONI E. R.: Manual de Victimología, p. 87.

11. ZAFFARONI E.R., ALAGIA, A., SLOKAR, A.: Derecho penal. Parte General, p. 14.

12. GARCÍA ESPAÑA, E.: “La victimización de los inmigrantes extranjeros”, p. 154. Véase también RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: La Victimología, p. 238-253.

13. GARCÍA ESPAÑA, E.: Ob. cit, p. 158.

b) La doble victimación de las mujeres inmigrantes: objeto de doble discriminación por ser mujer y ser inmigrante

Una de las formas de victimización social es la que sufre la mujer a través de los tiempos y forma parte estructural de la mayoría de las culturas. Toda una gama de rituales, costumbres, símbolos, palabras, nos demuestra a qué grado de victimización se llega en las distintas culturas¹⁴.

Según los datos de la OIT¹⁵ respecto a las migraciones internacionales registradas en el año 2000, de 175 millones de desplazamientos migratorios contabilizados en el mundo, las mujeres representaban el 49% de esa cantidad, apreciándose que en determinadas zonas geográficas, entre las que se incluye Europa, las mujeres habían sobrepasado el 50%.

La vulnerabilidad de su doble condición se pone de relieve en diferentes aspectos como ser más propensas a agresiones y abusos sexuales, acarrear hijos y ancianos en su propio proyecto migratorio, ser objeto de tráfico sexual, estar expuestas a embarazos no deseados, abortos, enfermedades de transmisión sexual, contagio del SIDA, etc.

Además, y en el marco de los parámetros culturales de la sociedad de acogida, también la mujer que proviene de otro país puede ser objeto de doble discriminación por el hecho de ser mujer y ser inmigrante, ya que si las condiciones de acomodación de las mujeres inmigrantes son deficientes, como ocurre en la mayoría de los países europeos, pueden producirse situaciones de aislamiento dentro del propio grupo cultural. Si se originan en aquellos grupos en los que la cultura es claramente patriarcal se corre el peligro de volver a la reclusión de las mujeres al espacio privado, trasladando de esta manera al país de acogida los modelos de discriminación que ya vivía en su país de origen. La situación de discriminación y de dependencia del núcleo familiar masculino y su incapacidad de relacionarse con el exterior les hace caer en una doble invisibilización de sus derechos fundamentales¹⁶.

En el ámbito de la violencia de género las mujeres inmigrantes indocumentadas están expuestas a actos de violencia sin mecanismos adecuados de su defensa, tanto en relación con la denominada violencia doméstica como la violencia en el trabajo.

Asimismo el tráfico de mujeres con finalidad de explotación sexual se agudiza con la inmigración irregular en la que las mujeres quedan expuestas a todo tipo de abusos en la red de mafias que trafican con ellas.

Además del factor género, existen ciertos factores de origen legal que condicionan su acceso a centros de planificación familiar (o la dificultad se origina por los condicionantes culturales que arrastran consigo); también existen importantes límites al acceso a la asistencia sanitaria para mujeres inmigrantes en situación irregular, lo que da lugar a sufrir enfermedades que pudieron prevenirse o evitarse; han de valorarse igualmente

14. AGUADO PAZ M^a.: "Victimología y Victimología femenina" <http://inicia.es/de/pazenred/por-tada.htm>.

15. <http://www.ilo.org/public/spanish/protection/migrant/ilmdb/index.htm>

16. MARTÍNEZ TEN, L., Y TUTS, M.: "Derechos Humanos, mujer e inmigración: Hacia una educación intercultural en el aula", p. 43.

las dificultades lingüísticas con que se encuentran para acceder al mundo del trabajo y a los servicios mínimos de asistencia social y jurídica. Si no están documentadas, las mujeres inmigrantes tienen graves problemas para acceder a la economía regular, su ingreso en el mundo del trabajo se produce a través del trabajo en la economía sumergida o a través de la explotación sexual a través de la prostitución.

En relación con el proyecto migratorio, la dimensión familiar también es el elemento clave para el análisis del papel de género en la legislación española de extranjería, pero esto no tiene que hacernos olvidar que existe un número cada vez mayor de mujeres que optan por un plan autónomo y son capaces de gestionar su propio proyecto vital y migratorio.

Es justamente con respecto al proceso legal de la reagrupación familiar —especialmente por la *doctrina de fraude de ley* que en el caso de los matrimonios vienen aplicando los consulados españoles en África y en América Latina— donde las mujeres extranjeras encuentran mayores trabas administrativas, hecho que ha sido denunciado por el defensor del pueblo, por las asociaciones de inmigrantes, organizaciones sindicales y organizaciones de defensa de los derechos humanos¹⁷.

En resumen, no sólo factores de orden jurídico, sino también de carácter lingüístico, psicosocial, económico y político son los que contribuyen a dibujar un marco desmoralizante para las mujeres que se atreven a iniciar un proyecto migratorio fuera del sistema legal preestablecido¹⁸.

Por tanto se puede afirmar que las mujeres extranjeras sufren una doble discriminación, pues a la discriminación de género —padecida también por las mujeres autóctonas— debe añadirse la situación de desprotección que su estatus jurídico conlleva, que las expone a una situación de precariedad, inseguridad e indefensión, tanto en sus relaciones familiares como respecto a los poderes públicos. Así en palabras de JULIANO: “Sospechosas de dedicarse a trabajos ilegales y de procrear en el seno del mundo rico pequeños que muestren en sus pieles oscuras que el tercer mundo existe, las mujeres tienen mayor cantidad de barreras a la inmigración que los hombres y se desarrollan sobre ellas estereotipos más desvalorizadores, se les considera ignorantes, sumisas, resignadas e hiper-religiosas, aunque suscitan menos agresividad”¹⁹.

Asimismo, el Informe del Fondo de Población de las Naciones Unidas²⁰, señala que las mujeres inmigrantes figuran entre las personas más vulnerables a la conculcación de los derechos humanos por su doble condición de mujeres e inmigrantes. Son

17. BEDOYA M.H.: “Mujer extranjera: una doble exclusión”, p. 255.

18. RAMOS QUINTANA, M. I.: “Mujeres inmigrantes: la doble discriminación”, p. 12.

19. JULIANO D.: “Las que saben. Subculturas de mujeres”, p. 103.

20. INFORME DEL FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2006). La UNFPA es una agencia de cooperación internacional para el desarrollo que promueve el derecho de cada mujer, hombre y niño a disfrutar de una vida sana, con igualdad de oportunidades para todos. El UNFPA apoya a los países en la utilización de datos socio-demográficos para la formulación de políticas y programas de reducción de la pobreza y para asegurar que todo embarazo sea deseado, todos los partos sean seguros, todos los jóvenes estén libres de VIH/SIDA y todas las niñas y mujeres sean tratadas con dignidad y respeto, documento de Naciones Unidas, p. 3.

cada vez más las que inician un proyecto migratorio y lo seguirán haciendo, por lo que se hace necesario establecer un marco de protección adecuada a su situación donde puedan gozar de todos sus derechos en libertad y como seres humanos.

c) La triple victimación: la interrelación entre la clase social, el género y la etnia

Ser mujer, trabajadora, inmigrante, o de una nacionalidad determinada supone experimentar diversas formas de diferencia y de discriminación que actúan de forma simultánea y la sitúa en una situación de “vulnerabilidad social”²¹.

Teniendo en cuenta los rasgos y características individuales de las mujeres inmigrantes (nivel educativo, actitudes y expectativas) y las características estructurales de la sociedad que las acoge, enumeraré diferentes aspectos que nos permitan comprender la vulnerabilidad social en la que se encuentran: a) la política migratoria española favorece la inmigración laboral de mujeres y su reclutamiento en el servicio doméstico. b) la creciente dificultad que experimentan las familias autóctonas –especialmente las mujeres– para conciliar la vida familiar y laboral, en un contexto de ausencia de políticas familiares. c) cambios demográficos como el envejecimiento de la población y el consiguiente incremento de las situaciones de dependencia. d) por último, la estructura del mercado en el que se insertan las mujeres inmigrantes, un mercado de por sí estructurado a partir de las desigualdades de género y etnia. Esta realidad es denominada como “*doble negativa o desventaja*”²² y se ha descrito como resultado de la articulación de múltiples procesos de discriminación, en base al género, la discriminación racial o de etnia y la explotación como clase trabajadora, a la que denominan “triple discriminación”²³.

De ese modo, si se añade la perspectiva de género al fenómeno de la estratificación del mercado de trabajo a partir de la etnia se constata que, aunque el conjunto de la población inmigrada se vea abocada a las ocupaciones de menor estatus social, menor remuneración y peores condiciones laborales, la que ocupa el último escalafón es la población inmigrante femenina²⁴.

Y es que el estatus de la mujer inmigrante se ve afectado por las restricciones de una estructura ocupacional sexualmente segregada en la que las mujeres obtienen más bajos salarios y menos oportunidades de promoción que los hombres, independientemente de su capacitación. Sin embargo, los inconvenientes que entraña el hecho de ser inmigrante implica que la trabajadora inmigrante, en comparación con la mujer autóctona, se halle en los estratos más bajos de la estructura ocupacional cubriendo los sectores laborales peor pagados, como la prostitución y el servicio doméstico, con

21. PARELLA RUBIO, S.: “Mujer inmigrante y trabajadora: la “triple discriminación”, p. 109.

22. BOYD, M.: “At a disadvantages: the occupational attainments of foreing born women in Canadá, p. 109-1119 y SASSEN S.: “Notes on the Incorporation of third world women into wage-labor through”, p. 1144-1165.

23. MOROKVASIC, M.: “Birds of passage are also women”, p. 886-907.

24. PARELLA RUBIO S.: Ob.cit, p. 118.

menos prestigio social y eludibles por las trabajadoras autóctonas por ser actividades representativas de la discriminación de género²⁵.

En este sentido, ATTAC-Madrid²⁶ señala que los sectores económicos en los que se ha concentrado la demanda de trabajo de extranjeros y, no por casualidad, son los que registran mayores niveles de precariedad. De éstos, las mujeres inmigradas ocupan mayoritariamente sectores como el trabajo doméstico, de cuidado, hostelería y prostitución, que se caracterizan por sus condiciones de inestabilidad y desamparo jurídico.

En el caso concreto del servicio doméstico, éste se regula a través de una relación contractual débil, está desvalorizado desde un punto de vista ideológico y el hecho de que se lleve a cabo en el ámbito privado del hogar es suficiente para apuntar que dicha actividad facilita especialmente la invisibilidad y la indefensión del colectivo que se ocupa en ella, de modo que el empleador/a dispone de un gran margen de discrecionalidad para acometer abusos²⁷.

En conclusión, las mujeres inmigrantes se sitúan como sujeto explotado por partida múltiple. En cuanto mujeres, están sujetas a un sistema de patriarcado tanto en su país de origen como en la sociedad receptora. Como inmigrantes procedentes de países pobres –de clase trabajadora– no sólo se enfrentan a las barreras jurídicas de una política migratoria que discrimina de forma directa en cuanto a la condición de extranjero no comunitario e indirecta en cuanto al género sino a los prejuicios y estereotipos de una sociedad receptora que las sitúa en sectores laborales como el servicio doméstico, limpieza, hostelería, etc. justamente por ello feminizados²⁸.

d) La cuarta victimación: La interrelación entre la clase social, el género, la etnia, y la consideración de “no ciudadana”

La presencia de inmigrantes en un país y el tratamiento que se les brinda puede ser un catalizador que permite representarnos de una forma clara la concepción real de ciudadanía. La presencia en el territorio de un estado de muchos grupos de personas que no poseen la ciudadanía de ese Estado plantea diversos problemas a la teoría de la política social²⁹.

Algunos autores definen la ciudadanía como un conjunto de tres elementos: en primer lugar, la posesión de ciertos derechos y la obligación de cumplir ciertos deberes, entendiendo que la ciudadanía no es posible sin un mínimo de justicia social; en segundo lugar, la pertenencia a una comunidad política. Se basa la ciudadanía en criterios de pertenencia a alguna forma de unidad territorial e identidad cultural común, como las patrias, las lenguas y las religiones; y, por último, sería la oportunidad de contribuir a la vida pública de una comunidad a través de la participación. Se refiere a la

25. PARELLA RUBIO S.: Ob. cit, p. 109.

26. GRUPO DE INMIGRACIÓN. www.attacmadrid.org

27. PARELLA RUBIO, S.: Ob. cit, p. 125.

28. PARELLA RUBIO, S.: Ob. cit, p. 129.

29. LLUÍS FLAQUER, E.: “Inmigración y ciudadanía”, p. 25.

ciudadanía como capacidad de soberanía, como titularidad del poder constituyente de una comunidad libre entre iguales y como condición de miembro del grupo que define las reglas del juego y los valores³⁰.

Más allá de estos tres elementos, la ciudadanía³¹ se relaciona con la función de asignación que, junto con la de integración, constituye uno de los requisitos de funcionamiento de todo sistema social. La ciudadanía gira en torno a las luchas por la apropiación de recursos escasos. En las sociedades modernas, basadas mucho más que las tradicionales en el principio de la escasez, existe un profundo conflicto en torno a los criterios para adjudicar la ciudadanía. Ésta se refiere pues a los valores básicos de inclusión/exclusión. En la actualidad, el problema de la exclusión formal de la ciudadanía se refiere sobre todo a las personas inmigrantes.

Centrándonos en la inmigración femenina, a la triple discriminación que padecen las mujeres por cuestión de clase-género-etnia se añade otra cuarta y es que, por ser extranjeras y estar en situación irregular también quedan excluidas de los beneficios de la ciudadanía. Causa de ello son las políticas migratorias que definen la posición jurídica de la mujer inmigrante y un marco institucional que las discrimina en su condición de ciudadanas, no sólo por inmigrantes sino también por ser mujeres³².

La construcción de la ciudadanía en términos laborales parte de la base del sistema de inmigración/extranjería a lo largo de toda Europa y se pone de manifiesto claramente en España³³. Es cierto que los trabajadores y trabajadoras de origen inmigrante también están sobre representados en la economía sumergida, pero ellos no acceden al mismo tipo de economía informal. Mientras que los hombres acceden de manera irregular a trabajos que pueden ser formales (agricultura, construcción), las mujeres inmigrantes, en cambio, acceden irregularmente a trabajos desregularizados (servicio doméstico, prostitución). Así tanto los mercados laborales formales como los informales están divididos por el género.

De acuerdo al COLECTIVO IOÉ, en primer lugar, la mayoría de las inmigrantes ha padecido y/o padece diversas limitaciones para ejercer sus derechos laborales y políticos al mismo nivel que el resto de la sociedad; en segundo lugar, entre las personas autóctonas que más se relacionan con ellas aparecen con frecuencia actitudes, discursos y prejuicios; en tercer lugar, las propias mujeres extranjeras tienen un grado muy débil de articulación colectiva y, por tanto, un escaso poder de negociación en los ámbitos laboral y político. De todas maneras, se observan también signos en la dirección opuesta, que apuntan a un mayor reconocimiento de los derechos de las inmigrantes, como trabajadoras y como ciudadanas.

El citado colectivo apunta a un doble efecto discriminatorio sobre las mujeres inmigrantes a consecuencia de la política de inmigración. Por un lado, al no existir una política activa de admisiones que facilitara la contratación regular desde el pri-

30. ADELANTADO J., y MORENO R.: "Ciudadanía, derechos sociales e inmigración", p. 71.

31. LIUÍS FLAQUER, E.: Ob.cit, p. 27

32. ADELANTADO J., y MORENO R.: Ob.cit, p. 89.

33. MESTRE R.: "Mujeres inmigrantes: ciudadanas por norma", p. 124.

mer momento provocó un incremento de la bolsa de empleo sumergido, ya de por sí importante en España; y, por otro, al establecerse desde 1993 un cupo limitado de empleos mayoritariamente precarios y feminizados en función de un criterio de preferencia basado en la mano de obra nacional hizo que el servicio doméstico se convirtiera en la principal puerta de acceso, casi obligada, para el 63% de las mujeres extranjeras no comunitarias.

En primer lugar, la irregularidad en el empleo supone ausencia de derechos laborales y eventuales abusos en la contratación y las condiciones de trabajo; en segundo lugar, el servicio doméstico se puede llegar a convertir para muchas inmigrantes en un ámbito laboral al que han accedido por necesidad, no por libre elección, y del que les resulta difícil salir (una de cada cinco lo ha conseguido, pero la gran mayoría permanece en él, en contra de sus deseos)³⁴.

Habitualmente, las inmigrantes que consiguen un permiso inicial tienen que esperar varios años para estabilizar su situación jurídica y, en todo caso, como extranjeras, a lo máximo que pueden aspirar es a un permiso de trabajo permanente que les permite plena libertad de movimientos como trabajadoras, pero no les otorga los derechos asociados a la ciudadanía política.

Esta situación, no por ser común en los países de nuestro entorno, deja de representar una incoherencia desde la perspectiva de una sociedad plenamente democrática, en la que los derechos de ciudadanía deberían basarse en criterios de residencia (“son españoles todos los que viven y trabajan en España”) y no en la posesión de los derechos de los “nacionales”; opción, esta última, que obliga a las inmigrantes a optar por la adquisición de la nacionalidad española para acceder a la plenitud de derechos, circunstancia para la que no siempre reúnen las condiciones o están en situación de asumir³⁵. Así, se establece una línea divisoria entre nacionales y extranjeros que tiene efectos jurídicos e ideológicos. Mientras que los autóctonos son por principio y para toda la vida ciudadanos de derecho los extranjeros están sometidos a diversas restricciones.

Y, en lo que respecta a las mujeres inmigrantes, el considerarlas “ciudadanas” en función de la adquisición de la nacionalidad española y no en base al criterio de residencia, es decir, vivir y trabajar en España, dificulta en gran medida que puedan gozar en plenitud de todos sus derechos.

IV. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta los aspectos victimológicos aludidos en el presente artículo, concluyo que se da una victimación social de la mujer inmigrante ya que en el hecho delictivo sufrido (violencia doméstica, delitos contra la libertad sexual, delitos contra los trabajadores y tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual) intervienen una serie de factores sociales y de riesgo. Éstos pueden derivar de la estructura social, de las dificultades vinculadas al proceso migratorio, de la discriminación/marginación por ser mujer e inmigrante, que les hace más vulnerables a ser victimizadas.

34. COLECTIVO IOÉ.: Ob. cit, p. 762.

35. COLECTIVO IOÉ.: Ob. cit, p. 765.

Asimismo, conviene señalar que no todas las mujeres que inician un proyecto migratorio sufren unas consecuencias negativas del mismo, pero las que sí se han visto en una situación de vulnerabilidad y han sufrido algún tipo de delito lo han sido por la interacción de múltiples y complejos factores como pueden ser el género, la clase social, la etnia y su condición de “no ciudadana”.

Para finalizar, cuando hablo en términos de victimación no quiero reflejar una visión paternalista y exclusivamente negativa de la situación de la mujer inmigrante, ya que el fenómeno migratorio es muy amplio y las experiencias de las mujeres inmigrantes muy diferentes, incluso positivas. Sin embargo, no se puede obviar que algunas mujeres inmigrantes víctimas de un delito se han encontrado con dificultades, podría decir, en desventaja con respecto a las mujeres autóctonas. Concretamente las mujeres en situación de irregularidad se vuelven invisibles en una sociedad que supuestamente les acoge pero a su vez las oculta. Por ello para recordar su existencia y el respeto a los derechos de todas como seres humanos, sirvan las palabras de *Mitsuye Yamada*:

“Reconocer nuestra propia invisibilidad significa encontrar por fin el camino hacia la visibilidad”.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADELANTADO, J.; MORENO, R.: “Ciudadanía y Estado del bienestar”, en El uso de las políticas sociales por las mujeres inmigrantes, Madrid, 2005. ATTAC-Madrid. Grupo de Inmigración, en <http://www.attacmadrid.org>
- AGUADO, P.Mª.: “Victimología y Victimología femenina”, en Poenalis. Revista de derecho penal on line. <http://inicia.es/de/pazenred/portada.htm>.
- BEDOYA, M.H.: “Mujer extranjera: una doble exclusión. Influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes”, en Papers: Revista de sociología, nº 60, 2000.
- BERISTAIN IPIÑA, A.: Victimología. Nueve Palabras clave. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- BOYD, M.: “At a disadvantage: the occupational attainments of foreign born women in Canada”, en International migration review, vol. 18, Nº 4, New York, 1984.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.; LARRAURI PIJOAN, E.: Victimología: Presente y Futuro, Barcelona, 1993.
- CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: “Inmigración y mercado de trabajo en España: ¿Suecas o ecuatorianas?”, en Inmigración, extranjería y asilo. Edit. Colex Madrid, 2005.
- COLECTIVO IOÉ.: “Mujer, inmigración y trabajo”, en <http://www.nodo50.org/ioe>
- ECHEBURÚA, E; DE CORRAL, P.: “Especial consideración de algunos ámbitos de la victimación” en Manual de Victimología. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- GARCÍA ESPAÑA, E.: “La victimización de los inmigrantes extranjeros” en *El Derecho Penal ante el fenómeno de la inmigración*. Edit Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- GASPAR BLANCH, R.A.: “Violencia familiar ejercida contra la mujer inmigrante”, en Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, nº 13. Edit. Instituto Aragonés de la Mujer. Zaragoza, 2003.
- HERRERA MORENO, M.: “Victimación. Aspectos generales” en Manual de Victimología. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, p. 86.

- INFORME DEL ESTADO DE POBLACIÓN MUNDIAL 2006 DEL FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA).: Hacia la esperanza. Las mujeres y la migración internacional en <http://www.unfpa.org/swp/2006/spanish/introduction.html>.
- JIMÉNEZ CALVO, E.: Tesina: "Violence conyugal: La double vulnérabilité de la femme immigrante au Québec". Instituto vasco de criminología, 1999.
- JULIANO, Dolores, Las que saben. Subculturas de mujeres. Edit. Horas y Horas. Col. Cuadernos Inacabados, Madrid, 1998.
- LLUÍS FLAQUER, E.: "Inmigración y ciudadanía" en El uso de las políticas sociales por las mujeres inmigrantes, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ TEN, L.; TUTS, M.: "Derechos Humanos, mujer e inmigración: Hacia una educación intercultural en el aula", en www.nodo50.org/ddhhmujeresdossier/web/quiacompleta.pdf.
- MESTRE, R.: "Mujeres inmigrantes: ciudadanas por norma" en Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos. Edit. Alzira. Valencia, 2001.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: Análisis criminológico del delito de violencia doméstica. Edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. Cádiz, 2003.
- MOROKVASIC, M.: "Birds of Passage are also women" en International Migration Review, vol. 18, nº 4, New York, 1984.
- PARELLA RUBIO S.: "Mujer inmigrante y trabajadora: la "triple discriminación", en El uso de las políticas sociales por las mujeres inmigrante. Edit. Instituto de la mujer. Madrid, 2005.
- PARELLA RUBIO S.: "Mujer inmigrante y mercado de trabajo en España" en El uso de las políticas sociales por las mujeres inmigrante. Edit. Instituto de la mujer, Madrid, 2005.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: "Mujeres inmigrantes: la doble discriminación" en Revista de derecho migratorio y extranjería. Edit Lex Nova. nº 12, 2006.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.: "Victimación y desvictimación" en Manual de Victimología. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- ZAFFARONI, E.R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A.: Derecho penal. Parte General, Buenos Aires. Edit. Ediar, 2000.

LAS VÍCTIMAS Y LA PASTORAL PENITENCIARIA EN AMÉRICA LATINA

Dr. José Luis PÉREZ GUADALUPE¹

Los zahoríes victimales intuyen la soterrada realidad..., la fuerza invencible – *virtus in infirmitate perficitur* – que brota en la debilidad, en la finitud, en la vulnerabilidad ..., como en las tinieblas brota la luz.

Antonio Beristain, S.J.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que en la antigüedad y en la Edad Media no fue así, parece que en los últimos tiempos, las víctimas² de los delitos han sido las grandes olvidadas, tanto en la investigación policial, en el proceso judicial, en el cumplimiento de la condena, como en la preocupación y acción pastoral de la Iglesia.

Como bien indica el jurista español Antonio García-Pablos: “Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son, pues, tres lemas que podrían reflejar el estatus de la víctima del delito a lo largo de la historia”³. Tomando como base estos tres momentos

1. Doctor en Ciencias Políticas y Sociología, Master en Criminología, Master en Administración y HHDD, Magister en Antropología, Licenciado Canónico en Sagrada Teología, Licenciado en Educación y Licenciado en Ciencias Sociales. Desde 1986 se desempeña como agente de pastoral carcelaria y ha realizado una serie de investigaciones en el ámbito penitenciario y criminológico, tanto en el Perú como en Chile y España. Del año 2000 al 2005 ha sido Representante para América Latina de la INTERNATIONAL PRISON CHAPLAIN'S ASSOCIATION (IPCA), y actualmente dirige la Pastoral Social de la Diócesis de Chosica (Lima-Este) y la pastoral carcelaria del Penal de Lurigancho (con más de 12.000 internos).

E-mail: pasochosica@terra.com.pe

2. Como bien indica el Padre Antonio Beristain, ex director del Instituto Vasco de Criminología (IVAC), no podemos hablar de ‘víctima’ en singular, ya que nunca los daños cometidos por el victimario se quedan en una sola persona, sino que afectan directa o indirectamente a su entorno familiar y social. Por ello, Beristain prefiere hablar siempre de ‘víctimas’ en plural, para indicar que el proceso de victimación siempre afecta a más de una persona y que su estudio debe de tomar en cuenta de manera global el daño cometido.

3. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *CRIMINOLOGÍA. Fundamentos y principios para el estudio científico del delito, la prevención de la criminalidad y el tratamiento del delincuente*. Lima: INPECCP, 2008, p. 70.

que señala García-Pablos, quisiéramos explicar brevemente, en qué consiste cada uno de ellos:

- a) *Protagonismo*.- Como bien es sabido, antiguamente las víctimas o los familiares directos de ellas (sobre todo en caso de homicidio) tomaban la justicia por sus propias manos ya que, al ser ellos los directamente afectados por el victimario, eran los llamados a resarcir el daño cometido. Incluso en la Biblia podemos apreciar que la famosa y tan discutida ‘Ley del Tali3n’ (Cfr. Ex 21, 23-25; Lv 24, 17-21; Dt 19, 21) pretendía limitar los excesos de la venganza de los afectados, indicando que no se podía exigir un desagravio mayor o que estuviera en desproporci3n, al da3o cometido. Esta ley, pues, a pesar de que no siempre es bien entendida, buscaba restringir y moderar el derecho de las v3ctimas y no justificar o avalar (como muchas veces se cree) la venganza y el tomar la justicia por las propias manos.
- b) *Neutralizaci3n*.- Cuando el Estado Democr3tico de Derecho llega a copar el espectro pol3tico y gubernativo de la mayor3a de los pa3ses de Occidente se produce un gran cambio con respecto del papel que juegan las v3ctimas en todo el proceso judicial. Pasan a ser, en la pr3ctica, meros testigos del proceso penal, prescindi3ndose absolutamente de ellas al momento de determinar el tipo de condena y el cumplimiento de la misma. Como se puede apreciar, el Estado, al intentar establecer un orden y un tipo de justicia igualitaria para todos, se apropia indebidamente del dolor, de la voz y del desagravio de las v3ctimas y se convierte en el amo y se3or de todo el proceso penal y penitenciario. Con esto se constata que, desde que el sistema penal actual sustituy3 la venganza privada por una intervenci3n p3blica del Estado, la v3ctima ha padecido una exclusi3n casi total del proceso.
- c) *Redescubrimiento*.- En las 3ltimas d3cadas se ha producido un verdadero redescubrimiento del papel que cumplen las v3ctimas en la comisi3n de los delitos y se est3, poco a poco, privilegiando su participaci3n en el proceso judicial y en la determinaci3n del castigo al victimario. Desde diferentes perspectivas, no s3lo judiciales, est3 surgiendo la preocupaci3n por devolver a las v3ctimas la atenci3n que merecen en el tratamiento del problema delictivo y el rol protagonico que deben cumplir en la compresi3n judicial del delito. Si bien todav3a la perspectiva ‘victimol3gica’ no es la que prima en la Criminolog3a moderna, y menos a3n en el Derecho Penal contempor3neo, podemos indicar que cada vez son m3s los esfuerzos⁴ y los logros para hacer que el estudio y el tratamiento del delito no se centre s3lo en el delincuente, sino tambi3n en sus v3ctimas; ya que, como bien indica El3as Neuman “la victimolog3a es una suerte de criminolog3a al rev3s”⁵.

4. Ciertamente, en los Congresos Penitenciarios Europeos de finales del siglo XIX (Londres 1872, Estocolmo 1878, Roma 1885, San Petesburgo 1890, etc.) ya se hablaba de la necesidad de la reparaci3n a las v3ctimas del delito. Pero, no es hasta finales del siglo XX que realmente surge un movimiento internacional fuerte que busca la revalorizaci3n de las v3ctimas; podemos se3alar como hitos importantes de este movimiento los primeros Simposios Internacionales de Victimolog3a: Israel 1973, Estados Unidos 1976, Alemania 1979, Jap3n 1982, Israel 1988, Holanda 1997, etc. Asimismo, es necesario resaltar la fundaci3n de la Sociedad Mundial de Victimolog3a en la ciudad de M3nster (Alemania), en 1979.

5. NEUMAN, El3as. *Victimolog3a*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 24.

Siempre se ha señalado al alemán Von Henting como el iniciador de esta preocupación académica respecto de las víctimas, con su libro *The criminal and his victims* (New Haven: Yale University, 1948). Pero no fue hasta 1956 que el israelí Beniamin Mendelshon acuña el término 'victimología' definiéndolo como "la ciencia de las víctimas y de la victimidad"⁶.

Como se puede apreciar, la victimología como tal, es una disciplina muy reciente que comienza a cobrar importancia recién en las últimas décadas del siglo XX. En este sentido, podemos definir la victimología, con las clásicas palabras de Guglielmo Gulota, de la siguiente manera:

La Victimología es la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito⁷.

Pero esta definición, como veremos más adelante, se restringía a analizar, sobre todo, la responsabilidad y participación de la víctima en el delito más que a resaltar el daño y el sufrimiento que se le causaba. Por eso, actualmente, se habla de la victimología como del estudio de las víctimas en general, sin mayores restricciones

Cuando se estudia a las 'víctimas', desde una perspectiva criminológica y victimológica, generalmente se habla de tres 'procesos de victimación':

1. *La victimación primaria*, que es la que se comete a las víctimas directas e indirectas del delito.
2. *La victimación secundaria*, que es la que vuelven a sufrir las víctimas del delito durante la investigación policial y durante el proceso judicial.
3. *La victimación terciaria*, que es la que sufre el victimario a través del proceso judicial y durante el cumplimiento de su condena.

En nuestra opinión, en el desarrollo del trabajo pastoral de la Iglesia Católica dentro de las cárceles se deben tomar en cuenta estos tres procesos de victimación ya que conforman una misma y progresiva cadena de sufrimiento. Por ello, quisiéramos, a continuación, hacer una breve explicación de estos tres procesos de victimación poniendo énfasis en el tercer proceso, puesto que es el ámbito en el cual se desarrolla la pastoral penitenciaria. Luego de esta breve reseña, plantearemos algunos retos que, a nuestro parecer, se deben tener presente en el tratamiento pastoral de 'las víctimas' en el trabajo penitenciario.

6. Existe una discusión insalvable entre los que afirman que no fue Mendelshon, sino Von Henting, el que habló por primera vez del término 'victimología'; otros, incluso, afirman que fue el psiquiatra estadounidense F. Wertham quien acuñó el término en su libro: *The show of violence* (New York, 1949). Pero Elías Neuman, sale en defensa del israelí, afirmando que antes de que apareciera el libro de Von Henting, Mendelshon ya había utilizado este término en una investigación de 1946 (*New Bio-psychosocial Horizons: Victimology*) y en una conferencia dictada en el hospital estatal Coltzea, de Bucarest, en 1947. Para este punto, véase: NEUMAN, Elías. O. c., pp. 27 y ss.

7. GULOTA, Guglielmo y Mauro RABONI. "La Vittima". En: *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*. Milán, 1987, p. 304.

2. LOS TRES PROCESOS DE VICTIMACIÓN

2.1. La victimación primaria

Como ya indicamos, esta victimación se refiere al daño que sufren las víctimas directas e indirectas de un delito y es la que más se ha estudiado dentro de la victimología.

Cuando se empieza a estudiar a las víctimas dentro del proceso judicial se lo hace ubicando a la víctima dentro de la famosa ‘pareja penal’ (término acuñado por Mendelshon en contraposición a ‘pareja criminal’); es decir, la pareja conformada por el victimario y la víctima. En un comienzo se analiza, sobre todo, la participación y responsabilidad que tiene la víctima en la comisión del delito (ya que no siempre las víctimas serían del todo inocentes) soslayando otros temas como el sufrimiento y el derecho al desagravio. Dentro de esta perspectiva inicial, llamada también “victimodogmática”, tenemos dos tendencias: La teoría radical indicaba que en una situación victimodogmática clara (cuando la víctima ‘provoca’ el delito) la responsabilidad del victimario es bastante limitada. La teoría moderada, por su parte, indicaba que por más ingenua y ‘provocadora’ que sea la víctima nunca la responsabilidad es comparable.

Todas estas ideas y planteamientos iniciales respecto de las víctimas dieron lugar a diferentes clasificaciones victimológicas ya que era evidente que no se podía hablar de las víctimas en general y, además, su participación en la comisión del delito era de lo más diversa. Así llegamos a las clasificaciones hechas por Mendelshon, Von Henting, Jiménez de Asúa, Fattah, Marchiori, Neuman, entre otros, que por razones de espacio no podremos profundizar en este breve trabajo.

2.2. La victimación secundaria

Esta victimación se refiere a la que sufren las víctimas del delito durante el proceso de investigación policial y judicial; ya que dichos procesos están centrados en demostrar la culpabilidad del victimario y no en atender o mitigar el dolor de la víctima. Como bien indica Bruno Van der Maat:

Al final, lo único que cuenta es la identidad del autor del delito, la especificación del delito y su modalidad. Estos datos ‘objetivos’ deben llevar al juez a determinar el grado de ‘culpa’ del acusado para poder calcular exactamente la cantidad de ‘castigo’ o de ‘pago’ que merece. Técnicamente hablando, nunca se le acusa a alguien de haber cometido un hurto o un homicidio, sino que se le acusa de haber infringido tal o cual artículo del Código Penal, referente al hurto o al homicidio. Es evidente que en esta visión, la víctima queda prácticamente excluida del proceso⁸.

Muchas veces, la práctica policial y la normatividad judicial agregan nuevos daños a los ya causados por el victimario; es decir, que el funcionamiento del sistema legal también puede victimizar (secundariamente) a las personas que ya han sido víctimas (primarias) de un delito. En este sentido, podemos constatar que las víctimas son doblemente victimizadas ya que los operadores y mecanismos jurídicos (preparados para

8. VAN DER MAAT, Bruno. “Principios éticos de la justicia restaurativa”. En: *Pena, encarcelamiento y restauración*. Arequipa: Observatorio de prisiones de Arequipa, 2000, p. 56.

perseguir al victimario) victimizan nuevamente a las víctimas. Esta victimación es más grave (aunque muchas veces pasa más desapercibida) porque es el mismo Estado de Derecho el que victimiza a través del sistema legal.

Esto sucede en gran medida porque el actual sistema judicial neutraliza a la víctima y le roba su protagonismo en el proceso, haciéndose el Estado cargo de él. A la víctima sólo se le concede el puesto de testigo y es el juez quien determina la responsabilidad y la pena y muchas veces el juez ni siquiera entiende o valora los aportes de la criminología moderna y, menos aún, de la victimología.

Poco a poco la víctima es relegada a un segundo plano, quitándole al final todo protagonismo. A veces ni siquiera es necesario que la víctima haga una denuncia para que el proceso se ponga en marcha. El daño a la víctima ya no es el motivo principal del proceso, sino la infracción de la ley, la ofensa hecha a la sociedad. [...] En el centro del proceso está la ley, el código, no el daño hecho a la víctima.

Nuestra justicia penal está fundada sobre esta mentalidad. Ha pasado por un proceso de despersonalización y de monopolización por parte del Estado. El Estado ha asumido toda la justicia penal mediante la monopolización del Derecho subjetivo en materia penal de cada ciudadano, a través de la exclusividad del uso del aparato judicial penal y mediante la fijación exclusiva del procedimiento penal. Estas tres monopolizaciones han dado las mayores garantías para un debido proceso, pero al mismo tiempo han apartado a la víctima del proceso y han llevado a que todos los actores se vuelvan peones anónimos en el juego de la justicia penal⁹.

Frente a esta situación son muchos los esfuerzos desde el ámbito criminológico que plantean una renovación total del enfoque judicial actual; en este sentido, se propone que la víctima pase a ser protagonista y no sólo el portador de un bien jurídico. Felizmente, desde hace algunos años ya se habla de 'justicia restaurativa' (en contraposición a una justicia retributiva) en donde los protagonistas son el victimario, el Estado y la víctima. No sólo se toma en cuenta a la víctima en el momento de la comisión del delito sino, también, en el momento de restaurar el delito; así, la víctima protagoniza la respuesta o solución que se le da al victimario. Tanto la víctima como el victimario participan en la solución del problema teniendo al Estado como garante. Por esta misma línea se decanta la llamada 'justicia recreativa' que propone, entre otras cosas, una nueva noción del delito en cuanto 'triángulo virtual' que debe integrar a la víctima, al delincuente y a la autoridad social o comunitaria¹⁰.

Esta nueva perspectiva tiene como correlato una importante repercusión en el ámbito penitenciario, ya que propone vehementemente que se utilicen con más regularidad las penas alternativas a la pena privativa de libertad y que se deje de ver a la cárcel como la reina de todas las penas, que es el esquema preponderante en la actualidad. Como bien decía Michel Foucault hace muchos años, "utilizar la cárcel como única forma de castigo para todos los delitos es tan absurdo como pretender que un médico recete la misma medicina a todos sus pacientes"¹¹.

9. *Ibid.* p. 55.

10. Cfr. BERISTAIN, Antonio. "El nuevo Código Penal desde la Victimología". En: *Victimología: nueve palabras clave*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 455-504.

11. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. Madrid: Siglo XXI, 1981 [1975], p. 21.

Por otro lado, si bien ya se ha avanzado muchísimo en estas nuevas perspectivas y tendencias victimológicas y la llamada ‘justicia restaurativa’ goza cada día de más publicaciones, seguidores y promotores, creemos (utópicamente quizá) que debe llegar el día en que podamos promover socialmente una bien entendida “*justicia preventiva*”; que ya no sea necesario ‘recrear’ ni ‘restaurar’ y menos aún ‘retribuir’ el daño cometido, sino que podamos implementar mecanismos sociales adecuados para ‘prevenir’ dicho daño dentro de una integral ‘justicia social’.

2.3. La victimación terciaria

El sujeto pasivo de la victimación terciaria es el victimario. Es la victimación que sufre el agresor durante el proceso judicial y el cumplimiento de su condena, que en la mayoría de los casos se reduce a la pena de reclusión efectiva¹². Generalmente, dentro de la victimación terciaria se habla de una victimación en el ámbito legislativo, en el policial, en el judicial, en el penitenciario y en el postpenitenciario.

Asimismo, debemos recordar que en este tipo de victimación, al igual que en la victimación primaria, no podemos hablar de ‘víctima’ en singular ya que en la inmensa mayoría de los casos, la familia es también victimizada por el sistema judicial y penitenciario. Por eso, muchas veces se prefiere hablar metafóricamente, no solo de presos, sino también de ‘familias presas’, ya que en muchos sentidos la familia se siente igualmente presa con el interno o interna¹³. Incluso, muchas veces, como es el caso de las madres con hijos pequeños, la expresión ‘familias presas’ no solo es una metáfora, sino una realidad, ya que los hijos también comparten con la madre la reclusión; son los llamados ‘hijos de la cárcel’¹⁴.

12. Quizá sea necesario en este apartado mencionar el caso extremo de los ‘presos inocentes’, que luego de iniciárseles un proceso penal y de pasar un tiempo (a veces largo) en prisión se demuestra fehacientemente su inocencia. En estos casos extremos podemos apreciar que el ‘preso inocente’ ha sufrido las tres victimaciones juntas, pero con el agravante de que el gran victimario ha sido el Estado y todo el aparato judicial.

13. Quizá es bueno indicar que la victimación a las familias no solo viene de parte de los agentes penitenciarios y del personal de seguridad, sino también de parte de los mismos presos. Generalmente, se han enfatizado las penalidades que tienen que sufrir las familias para entrar a ver a sus seres queridos (largas colas, revisiones indecentes y hasta antihigiénicas, maltrato verbal y hasta físico, límite de tiempo y espacio, falta de privacidad, lejanía de los penales, etc.); pero nos hemos olvidado que los mismos presos también pueden victimizar a sus familiares. Gran número de internos, sobre todo los adictos a las drogas, se aprovechan de su situación para chantajear afectivamente a sus familiares, generalmente a la madre. A veces, los familiares entran con comida y regalos que luego los internos comercializan; otras veces obligan a sus familiares a que no falten ningún día de visita o que les lleven dinero porque su vida corre peligro; ni que decir de las mafias de presos que se crean en la cárcel, supuestamente, para dar ‘protección a las visitas’ y que no les pase nada, a cambio de dinero, etc.

14. Ciertamente existen innumerables casos en América Latina de Agentes Pastorales que trabajan en cárceles en donde se albergan a familias enteras, por eso quisiera mencionar tan solo el caso del Padre José Luis Gómez Gallegos S.J., quien realizó un enriquecedor trabajo pastoral con familias presas en el Penal Federal de las “Islas Marías”. El Padre José Luis pasó 7 años de su vida en esta isla presidio, ubicada a 100 kilómetros de la costa del Pacífico, en donde habían 3000 presos y 400 familias. El equipo pastoral estaba conformado por dos sacerdotes y un hermano y vivían dentro de la misma cárcel en una de las casas de familia asignada expresamente a ellos. Lamentablemente, ésta y otras experiencias pastorales valiosísimas están todavía a la espera de ser recogidas y sistematizadas. Uno de los pocos estudios sobre las familias presas es el que realizó Juan Carlos Pinto (sociólogo y agente pastoral) en la cárcel de Cochabamba, en Bolivia. Cf.

Respecto de este amplio proceso de victimación terciaria, quisiéramos resaltar tan sólo tres de los aspectos que están ligados a la amplísima y loable labor de la pastoral penitenciaria:

- a) *Respecto de la determinación de las penas.*- Es harto conocido que muchas veces el criterio de los juristas que redactan los códigos y de los jueces que tienen que aplicarlos está teñido de un fuerte factor político. No cabe duda de que la presión popular, convertida en demanda política, juega un rol importantísimo a la hora de determinar el tipo de penas a los diferentes delitos y su posterior aplicación en los casos concretos; muchas veces, los procesados se convierten en chivos expiatorios de determinados regímenes autoritarios que buscan justificar y legitimar su vigencia. Por eso, no siempre la ley es objetiva o neutral como comúnmente se cree sino que está destinada a seguir el derrotero que le marque la política de seguridad estatal y de seguridad ciudadana de los distintos gobiernos¹⁵. Por otro lado, sabemos muy bien que la justicia no es igual para todos sino que muchas veces depende absolutamente de las habilidades y 'arreglos' que hagan los abogados; por supuesto, quien carece de medios para conseguir una buena defensa es más proclive a ser condenado, y a una condena no muy corta.
- b) *Respecto del cumplimiento de las penas.*- Por más que el sentido de la reclusión penitenciaria, al menos en el discurso, sea la reeducación, la readaptación y la resocialización del delincuente, es bien sabido que los efectos reales del encarcelamiento son totalmente contrarios. Incluso muchas veces, la cárcel se convierte en un eficaz agente criminógeno. El discurso para las galerías, y para la sociedad en general, dista mucho de las verdaderas alternativas de resocialización que se brindan en las cárceles. Incluso se habla de unos 'objetivos ocultos' de la cárcel que son muy diferentes a los que aparecen en los códigos y reglamentos y que serían cumplidos al pie de la letra en muchos sistemas penitenciarios.
- c) *Respecto de la vida intracarcelaria.*- Este es un proceso de victimación muy poco estudiado ya que son escasas las personas que tienen acceso directo al mundo cotidiano de la cárcel. Aparte de los ya conocidos estudios de Donald Clemmer¹⁶ y Erving Goffman¹⁷ sobre los procesos de 'prisionización' producidos por una Institución Total, hay que tomar en cuenta la victimación producida, no por los empleados penitenciarios ni por la Institución Total,

...
PINTO QUINTANILLA, Juan Carlos. *Cárceles y Familia. La experiencia del penal de San Sebastián en Cochabamba*. La Paz: Diaconía, 1999.

15. Para corroborar esta disparidad de criterios reflejada en las diferencias existentes en los distintos Códigos Penales, recuerdo que hace algunos años un profesor del Instituto Vasco de Criminología, en San Sebastián, nos decía que era tan dispar el criterio de los juristas dentro de Europa con respecto al tema de las drogas, por ejemplo, que si una persona se paseaba por todos los países de la región con un gramo de cocaína en el bolsillo en algunos países sería considerado un delincuente y en otros no.

16. CLEMMER, Donald. *The prison community*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1940.

17. GOFFMAN, Erving. *Asylums. Essays on the social situation of mental patients and other inmates*. Nueva York: Doubleday Company, 1961.

sino por los mismos reclusos¹⁸. En muchas cárceles del mundo, sobre todo las más hacinadas y con poco personal penitenciario, los presos con más poder, experiencia, fuerza o dinero someten a otros presos que no tienen ninguna oportunidad de defensa. Se sabe que en muchas cárceles existen presos que hacen las veces de sirvientes domésticos o de esclavos sexuales¹⁹, de chivos expiatorios de todas las faltas²⁰, de mercancía negociable dentro de la cárcel²¹, etc. Estos presos son los más marginados dentro de los marginados y los más victimizados dentro de un ambiente de punición y victimación institucional²².

Aparte de estas tres instancias de victimación que acabamos de ver, a lo largo de nuestra experiencia penitenciaria hemos podido apreciar en algunas cárceles, sobre todo de América Latina, situaciones victimizantes que quisiéramos enumerar a continuación:

- Hacinamiento y falta de una clasificación penitenciaria adecuada
- Deficiente sistema de higiene y salubridad
- Precarios e insuficientes lugares de atención médica
- Fuerte sentimiento de ‘prisionización’
- Dominio y abuso de unos presos sobre otros
- Tráfico y consumo de estupefacientes
- Tenencia de armas de fuego
- Dañina adecuación a las normas institucionalizantes
- Aprendizaje o reforzamiento de normas y conductas delictivas

18. Hace varios años que venimos estudiando la vida cotidiana de las cárceles y el fenómeno de la organización informal intracarcelaria. Para ampliar este tema se pueden consultar las siguientes obras:

- PÉREZ GUADALUPE, José Luis. *Faites y Atorrantes. Una etnografía del penal de Lurigancho*. Lima: FTPCL, 1994, 227 pp.
- PÉREZ GUADALUPE, José Luis. *De Flaites a Cocodrilos. El cambio generacional de la delincuencia Chilena*. Tesis de Licenciatura en Ciencias Sociales. Santiago de Chile: ILADES, 1995, 174 pp.
- PÉREZ GUADALUPE, José Luis. *La Construcción Social de la Realidad Carcelaria. La organización informal en 5 cárceles latinoamericanas (Perú, Chile, Argentina, Brasil y Bolivia)*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, 436 pp.
- PÉREZ GUADALUPE, José Luis. “Subculturas delictivas y cárceles en América Latina”. En: *El Perú en los albores del Siglo XXI – 4*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, pp. 157-206.

19. En la cárcel más grande de Chile, la Ex-Penitenciaría de Santiago, es muy común la figura del ‘perkins’ que es un preso que hace las veces de sirviente de otro preso o grupo de presos, bajo amenaza. También es común encontrar a los llamados ‘caballos’ que son personas que son violadas constantemente y que están al ‘servicio’ de otros presos que, incluso, determinan quienes pueden abusar sexualmente de él.

20. En la cárcel de Lurigancho, en Perú, podemos encontrar a los famosos ‘burros’ (se les llama así porque ‘cargan con todo’) que son los presos que están condenados a penas muy largas y que por intimidación, dinero o un poco de droga, se autoinculpan de todas las faltas y delitos que se cometen dentro de la cárcel.

21. En julio del año 2000 la agencia de la Santa Sede, ‘Fides’, informó que por 30 centavos de dólar se podía ‘comprar’, por una noche, a un menor de edad en la cárcel de Malawi. Lo más grave de todo es que los mismos guardias, en contubernio con los presos mayores, eran los que dirigían este negocio de prostitución.

22. Ni que decir de los acusados por violación que, al parecer, en todas las cárceles del mundo, pierden sus derechos como persona y pueden ser maltratados y ultrajados por cualquier recluso con el consentimiento y beneplácito del resto de población penal y hasta de los funcionarios.

- Deterioro o rompimiento de los vínculos familiares
- Insuficiente o desbalanceada dieta alimenticia
- Insuficiente personal y tratamiento psicológico
- Insuficientes alternativas de formación educativa y laboral
- Lentitud en los procesos judiciales de los presos inculcados
- Estigmatización social de los presos y sus familias
- Indiferencia frente a los estragos que provoca el tiempo de reclusión, que no son tratados o mitigados por la institución penitenciaria ni por ninguna institución del Estado, etc.

Pero, aparte de estas situaciones victimizantes que atañen a la totalidad de los presos de las cárceles en donde se presentan, podemos mencionar ciertas situaciones o grupos particulares que son víctimas de discriminaciones especiales por parte del poder judicial y de la institución penitenciaria. En este sentido, podemos apreciar la criminalización de ciertos sectores de la sociedad que son, por antonomasia, los más propensos a caer en manos de la justicia y de las cárceles:

- a) *La criminalización de ciertos sectores económicos.*- Como es sabido, los sectores más desfavorecidos de la población son los llamados por excelencia a ocupar las cárceles. Como bien estaba escrito en una celda de una cárcel española: "En este sitio maldito, donde reina la tristeza, no se condena el delito, se condena la pobreza"²³. En un informe de la Santa Sede con motivo del Jubileo en las Cárceles (del 9 de julio de 2000), sobre la base de un cuestionario que se hizo a nivel mundial, el Vaticano se preguntaba, con sutileza e ironía más que con ingenuidad: *¿Por qué los pobres son los que están en las cárceles?* Para explicar este proceso tenemos los valiosos aportes de la Criminología Crítica o del llamado *Labelling Approach* (del Etiquetamiento), que por razones de espacio no vamos a explicar, pero que desarrollan una línea de investigación muy iluminadora acerca de estos procesos de criminalización.
- b) *La criminalización de ciertos grupos étnicos, religiosos o nacionales.*- Es indudable que en muchos lugares se criminaliza a las personas por tener determinados rasgos étnicos o religiosos, supuestamente relacionándolos con algún tipo de delincuencia. Baste comparar el porcentaje de negros y latinos en las cárceles de Estados Unidos, que no guarda ninguna relación con el porcentaje de esos grupos en la población de dicho país. Ni qué decir de las constantes revisiones e interrogatorios a las que se tienen que ver obligados los ciudadanos colombianos en aeropuertos y oficinas de migración, por 'presumir' que pueden tener alguna relación con el tráfico de drogas. Asimismo, la criminalización de inmigrantes en los países de Europa, como los marroquíes en España, los argelinos en Francia, los turcos en Alemania, los albaneses y norteafricanos en Italia, etc. Estos grupos inmediatamente se convierten en sospechosos de delitos, sólo por su color de piel, por sus rasgos étnicos, por su pasaporte, etc., (y últimamente, sobre todo, con los 'árabes' o musulmanes luego de los atentados del 11 de septiembre de 2002).

23. Citado en: SESMA, José y otros. *La fábrica del llanto. Cárceles y sociedad democrática*. Barcelona: Cristianisme i Justícia, 1992, p. 10.

- c) *La criminalización de los drogodependientes.*- Si bien el fenómeno de la droga y su relación con la delincuencia es bastante complejo²⁴, no podemos dejar de mencionar la sanción penal de los consumidores de drogas pobres. Un adicto de clase alta va a una clínica privada para desintoxicarse mientras que un adicto de clase baja va a la cárcel a cumplir condena. Los llamados 'drogodelincentes' (los que roban para consumir droga) son doblemente criminalizados ya que, en primer lugar, no deberían ir a una cárcel, sino a un centro de tratamiento o rehabilitación; y, en segundo lugar, porque en la cárcel tampoco se libran del consumo de drogas e incluso llegan a prostituirse para poder conseguir la droga de la cual dependen y que, paradójicamente, los llevó a la cárcel. Muchas veces se da el caso de presos que entran en prisión por otros delitos y en la misma cárcel (por las circunstancias especiales que pasa el interno y por la facilidad de conseguir estupefacientes) es donde se enganchan a la droga; en estos casos, que no son pocos, la Institución penitenciaria no solo no logró 're-socializar' al interno, sino que lo 'de-socializó' más aún.
- d) *La criminalización de ciertos grupos políticos acusados de subversión.*- Sin pretender en absoluto hacer apología del terrorismo, quisiéramos referirnos aquí a los grupos políticos sindicados como terroristas por el Estado, sin serlo. En países en donde existe el flagelo del terrorismo es muy común que el Estado tome medidas extremas, de dudosa legalidad, o una 'Política Criminal de Emergencia' para acabar con este mal. Como ejemplo quisiera poner la existencia de tribunales sin rostro y tribunales militares durante la peor época del terrorismo en el Perú (a comienzos de los 90) así como los juicios sumarios y sentencias condenatorias sin pruebas fehacientes²⁵. Otra de las políticas aplicadas es el traslado de internos a penales de máxima seguridad a cientos de kilómetros de distancia de sus lugares de origen y en condiciones climáticas inhumanas²⁶. Ni qué decir de las medidas que adoptó Estados Unidos con los presos acusados o sospechosos de terrorismo luego de los lamentables y censurables atentados del 11 de septiembre.

24. Cfr. PÉREZ GUADALUPE, José Luis. *Nuevas drogas, nuevos delincentes. La pasta básica de cocaína y la nueva delincuencia Chilena*. Tesis de Maestría en Criminología. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1998.

25. En el Perú, en los últimos años del Gobierno de Alberto Fujimori, se tuvo que formar una Comisión *Ad Hoc*, presidida por el Padre Hubert Lamsier, para revisar los juicios por terrorismo durante la última década del siglo pasado, detectándose innumerables vicios de procedimientos. Al culminar las funciones de dicha Comisión se tuvo que indultar a más de 500 sentenciados, muchos de ellos con sentencias de 30 años y hasta de cadena perpetua; además, se agilizaron los expedientes de más de 1.500 internos que estaban presos injustamente y en espera de sentencia.

26. Para seguir con el caso peruano podemos citar como ejemplo el penal de Yanamayo (en el Departamento de Puno) ubicado a 3.800 metros sobre el nivel del mar y el penal de Challapalca (en el Departamento de Tacna) a 4.400 lo que genera un innecesario e irracional desarraigo social y familiar de los condenados. Estos penales, ubicados en el altiplano peruano, fueron construidos durante el periodo del Presidente Fujimori (a sugerencia del Servicio de Inteligencia Nacional que dirigía su asesor Vladimiro Montesinos) y fueron concebidos, exprofesamente, como lugares de castigo. Como se sabe, ambos personajes fueron condenados por delitos de lesa humanidad por la justicia peruana: el ex-presidente Fujimori fue condenado a 25 años de prisión en abril de 2009 y Montesinos recibió la misma condena unos años antes.

3. PROBLEMAS Y RETOS PASTORALES DEL TRABAJO PENITENCIARIO EN AMÉRICA LATINA

Luego de exponer los tres tipos de victimación existentes quisiéramos presentar tan sólo tres **problemas** y sus consecuentes **retos pastorales** que, en nuestra opinión, se deben asumir en el trabajo pastoral penitenciario. Lógicamente, los tres temas que plantearemos a continuación no son restrictivos, sino más bien una pequeña muestra o indicación general de lo que en cada realidad carcelaria se tendría que contextualizar y priorizar.

3.1. Los problemas

3.1.1. El problema social. - *Existe un divorcio entre la visión que tiene la sociedad acerca de los presos y la que, generalmente, tienen los agentes pastorales y capellanes de cárceles.*

Valgan verdades, a gran parte de la sociedad lo único que le interesa es su propia seguridad y no ven más a allá de su derecho a vivir en una sociedad segura y libre de cualquier peligro. Esta exigencia social, totalmente legítima, conlleva una visión 'funcional' de la delincuencia y de los presos; es decir, que a la sociedad no le importa mayormente la 'persona' del preso, sino solo sus actuaciones antisociales. En este sentido, a la sociedad lo único que le interesa de los presos es que no vuelvan a delinquir y que no pongan en peligro su seguridad personal y la de sus bienes. Si para conseguir este objetivo el Estado tiene que encerrar en la cárcel, condenar a cadena perpetua o condenar a muerte a los transgresores de la ley, muchas veces pasa a un segundo plano; lo único que importa es que no vuelvan a delinquir.

Por el contrario, en la pastoral carcelaria, mayormente, no se ven delitos, expedientes, sentencias o acusaciones judiciales sino, fundamentalmente, *personas*. Esta visión 'existencial' de los presos lleva a conocer sus carencias afectivas, sus necesidades económicas, sus sufrimientos, etc., lo que permite también ver el otro lado del delincuente. Esta perspectiva del interno conlleva, a su vez, una visión más 'humana' de los presos; pero, muchas veces también, una visión sesgada y poco integral, tratando en la mayoría de los casos de entender, cuando no justificar, el daño cometido por ellos.

En resumen, podemos decir que mientras que la sociedad ve a los presos sólo como victimarios (y no como víctimas de una victimación terciaria), dentro de la Pastoral carcelaria, muchas veces, sólo se ve a los presos como víctimas (y no como victimarios de una victimación primaria). Este divorcio entre la visión de la sociedad y la de la pastoral penitenciaria hace que muchas veces el trabajo pastoral no sea entendido ni siquiera por los empleados penitenciarios.

3.1.2. El problema eclesial. - *La pastoral carcelaria es una de las más olvidadas, menos trabajadas, menos entendidas y con menos apoyo dentro de la Iglesia.*

Así como el trabajo pastoral en cárceles, muchas veces, no es entendido por la sociedad, dentro de la propia Iglesia Católica, por lo general, tampoco recibe el apoyo e incentivo que merece tan loable labor. Es bien sabido que, en muchas partes, la pastoral carcelaria es la 'cenicienta' de las pastorales y es vista como una inversión a fondo perdido ya que no se espera ningún resultado positivo y eficaz de ella. Muchos obispos

aceptan la pastoral carcelaria como una labor testimonial de la Iglesia dentro de las prisiones, pero no le dan el peso real que merece tan especial y difícil pastoral. Esta falta de atención se ve reflejada en el escaso número de capellanes y en la muy reducida cantidad de casas de acogida o rehabilitación de presos regentadas por la Iglesia en comparación con el número de orfanatos y asilos que tiene.

En resumen, social y eclesialmente nuestra pastoral no es, bajo ningún punto de vista, una pastoral prioritaria ni goza de prestigio. Incluso, dentro de la pastoral social, se prefiere trabajar con niños de la calle, con ancianos, con inmigrantes (para los cuales sí existe gran apoyo y ayudas, incluso estatales), que con presos, ya que es una labor prácticamente perdida.

3.1.3. El problema pastoral.- *Se parte más de la buena intención de los capellanes y agentes pastorales que de un conocimiento real e integral del fenómeno delictivo y carcelario*²⁷.

Por lo general, la formación ‘penitenciaria’ de los agentes pastorales es muy restringida por lo que, muchas veces, solamente se ve una parte muy limitada de la realidad delictiva y carcelaria, sin caer en la cuenta de que el trabajo penitenciario implica una visión interdisciplinaria del problema y un trabajo pastoral integral. Existen muy pocos trabajos teológicos sobre la pastoral carcelaria, aunque sí una rica experiencia de trabajo de campo en espera de ser sistematizada y compartida. Sin embargo, esta labor se enmarca en un contexto social especial, como es el de la delincuencia, y dentro de un marco legal e institucional predeterminado, como es el del poder judicial y el del sistema penitenciario. Muchas veces se desconocen estos contextos lo que hace que, en ocasiones, el trabajo pastoral sea poco fructífero y sostenible en el tiempo. A esto habría que agregar que en las cárceles se trabaja con internos de muy diversas características y personalidades (y a veces, nacionalidades), lo que hace más compleja aún la labor pastoral e implica tener un conocimiento profundo de la realidad humana.

Frente a estos tres problemas: el social, el eclesial y el pastoral, ¿qué se puede hacer?, ¿cómo enfocar el tema de las víctimas y los distintos procesos de victimación, dentro de este contexto? Las respuestas a estas interrogantes las tiene que dar cada uno de los agentes pastorales y capellanes dentro de su propio contexto particular de trabajo carcelario; sin embargo, nos atreveríamos a esbozar algunas ideas para orientar el tratamiento del tema.

27. Existe un problema adicional que se presenta en la realidad de algunos países, que es la relación de dependencia que tienen los Capellanes con la Institución Penitenciaria cuando son empleados formales de la misma. Por un lado, se crea un problema serio cuando, tanto los presos, como los vigilantes tienen el mismo Capellán. No siempre se presentan dificultades, pero en cárceles con ‘delincuencia sociocultural’ e internos con experiencia carcelaria, generalmente existe una rivalidad declarada entre los presos y los vigilantes lo que hace que el interno desconfíe de todo aquél que tiene contacto con los guardias, incluyendo al Capellán. Por otro lado, por más que los Capellanes sean solamente para los internos, si tienen una dependencia laboral con la Institución Penitenciaria, es muy difícil que puedan abogar por los presos criticando algunos aspectos de la Institución que los ha contratado. Este posible conflicto aparece muy bien reflejado en el libro *Pena de muerte de la Hna. Helen Prejean* (Barcelona: Ediciones B, 1996), que luego pasó al cine, cuando el Capellán oficial de la cárcel no está dispuesto a colaborar con la tarea de la Hermana, y ella le dice: “Tú recibes un sueldo de esta gente, trabajas para esta gente y estás de acuerdo con la pena de muerte. No necesito tu ayuda para nada” (p. 169) y más adelante añade: “Es difícil oponerse a la política de una organización cuando estás en su nómina [planilla de sueldos]” (p. 295).

3.2. Los retos pastorales

3.2.1. El reto social.- En primer lugar, debemos tratar de acabar con el divorcio existente entre la visión de la sociedad y nuestra visión acerca de los presos. Por un lado, debemos de entender más la legítima reivindicación de seguridad de la sociedad y, por otro lado, debemos hacer que la sociedad tome conciencia de que no existirá seguridad ciudadana alguna sin una verdadera reinserción social de los presos. Debemos convencer a la sociedad de que la curación es tan importante como la prevención y de que un dólar que hoy invirtamos en prevención serán diez dólares que mañana nos ahorraremos en represión. Finalmente, debemos hacer que nuestra sociedad entienda que sus objetivos de seguridad ciudadana y nuestros objetivos pastorales y rehabilitadores no son dos objetivos encontrados o contradictorios en sí mismos.

Pero, lamentablemente, esta aparente oposición actual entre los intereses y derechos de los presos frente a los intereses y derechos de la sociedad no es nada nueva. Ya en 1895, Prins, en el Congreso Penitenciario de París, afirmaba con mucha ironía lo siguiente “El hombre culpable, alojado, alimentado, calentado, alumbrado, entretenido a expensas del Estado en una celda modelo, salido de ella con una suma de dinero legítimamente ganada, ha pagado su deuda con la sociedad [...] pero la víctima tiene su consuelo, puede pensar que con los impuestos que paga al Estado ha contribuido al cuidado paternal que ha tenido el criminal durante su permanencia en la prisión”²⁸. Incluso, un siglo antes, el mismo Jeremías Bentham, creador del famoso sistema *Panóptico* (que tanta influencia a tenido en todas las cárceles del mundo en los últimos dos siglos), afirmaba en este mismo sentido que, en las cárceles, no se debe “[...] ofrecer a los delincuentes una situación mejor que su condición ordinaria en el estado de inocencia [ya que] sería una tentación para los hombres flacos y desgraciados, o al menos, no tendría el carácter de la pena que debe intimidar al que se siente tentado de cometer un delito”²⁹.

Por otro lado, creo que es cierto que en nuestro trabajo pastoral corremos el riesgo de olvidar a las víctimas directas e indirectas (primarias) de los delitos. Muchas veces vemos solamente la victimación de los presos, pero no vemos la victimación que ellos han cometido anteriormente ni trabajamos este tema con los reclusos³⁰. Es decir, nos hemos centrado en los victimarios y nos hemos olvidado de sus víctimas. Hemos entendido que detrás de cada preso hay una familia, pero no hemos caído en la cuenta, al mismo tiempo, que detrás de cada victimario hay un conjunto de víctimas.

28. Este texto fue recogido por Gerardo Landrove Díaz en su libro *Las consecuencias jurídicas del delito*. (Madrid, 1988)

29. BENTHAM, Jeremías. *El Panóptico*. Colección: “Genealogía del poder” dirigida por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Madrid: La Piqueta, 1979, p. 47.

30. Uno de los trabajos dignos de resaltar es el que realiza la Hna. Ana Marzolo, que tiene más de 35 años de experiencia pastoral en el penal de Lurigancho. Esta religiosa marista lleva adelante unos concurridos talleres terapéuticos, basados en el libro de Robin Casarjian: *Las Casas de Curación: Una guía para el prisionero hacia el poder y la Libertad interiores* (título original: CASARJIAN, Robin. *Houses of Healing: A Prisoner's Guide to Inner Power and Freedom*. Boston: The Lionheart Foundation, 1995). En estos talleres, aparte de una serie de temas, se analiza de manera profunda las victimaciones que los internos han podido ocasionar a sus víctimas; en muchas ocasiones se ha llevado a la cárcel a víctimas directas de delitos para que compartan con los internos acerca de sus sentimientos y sufrimientos luego de haber sido victimadas.

Propugnamos a viva voz que los presos tienen derechos y que hay que respetarlos, pero muchas veces nos olvidamos que también tienen deberes, sobre todo, sociales y morales, como el de la reparación a sus víctimas. En resumen, como muy bien nos dice el Padre Antonio Beristain al referirse al ámbito penitenciario de la Unión Europea: “Hasta hoy nos hemos preocupado unilateralmente de los seguidores de Caín, pero nada o casi nada de los herederos de Abel”³¹.

Asimismo, hay que reconocer que la víctima no sólo queda fuera del protagonismo del proceso penal sino también fuera de la conciencia del victimario. Muchas veces los presos creen que con los años que han pasado en prisión ya han pagado su culpa con la sociedad, pero en ningún momento se preocupan de pagar su deuda con las víctimas directas de su acción. Generalmente, los presos están muy preocupados por justificarse, sobre todo judicialmente, pero jamás se preocupan de pedir perdón³². En el sistema penal actual, pues, podemos constatar que se produce una doble discriminación de las víctimas; primero por parte del poder judicial y luego por parte de sus propios victimarios³³.

La labor pastoral no puede estar exenta de estas realidades victimológicas sino que tiene que trabajar para aliviar y compensar, de alguna manera, el dolor y el sufrimiento de todas las víctimas; ya que no sólo los presos tienen Derechos Humanos, sino también sus víctimas. Quizá, cuando los agentes pastorales y Capellanes de cárceles asumamos en su verdadera dimensión este reto de entender y ponderar todos los procesos de victimación y trabajemos en bien de todas las víctimas (no solo de las víctimas ‘legales’³⁴) podremos tener de parte de la sociedad, un mayor entendimiento de la realidad carcelaria y una mayor comprensión del trabajo pastoral.

Ahora bien, los procesos de victimación, por lo general, no son unidireccionales, sino más bien circulares. Debemos recordar que muchas veces los victimarios de hoy

31. BERISTAIN, Antonio. *Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (Hacia un sistema penitenciario europeo)*. Actualidad Penal. Número 32, septiembre del 2000.

32. Lamentablemente, la pastoral carcelaria católica muchas veces ha colaborado a que los internos se desentiendan de sus víctimas. Creemos que nuestro silencio respecto al tema de las víctimas es responsable, en parte, de esta lamentable ausencia en la conciencia los condenados. Incluso, en los pronunciamientos y denuncias que elaboramos respecto a la realidad penitenciaria, hacemos un fuerte llamado a la sociedad, a las autoridades, a los funcionarios, etc., para que sean conscientes de este problema, pero nunca le pedimos nada a los presos. Pareciera, como ya indicamos, que ellos gozan de todos los derechos, pero no tienen ningún deber, ni siquiera con sus víctimas. Para los internos exigimos todo, pero a ellos no les exigimos nada, ni siquiera una toma de conciencia. Muchas veces nosotros hemos cristalizado y reafirmado la visión que tienen los presos de ser ‘víctimas’ de un sistema penitenciario inhumano, pero no hemos sido capaces de que proyecten su mirada a las personas concretas a quienes ellos han victimizado primero.

33. Creo que sería oportuno hacernos realmente el cuestionamiento de si en la propia Iglesia también nos hemos olvidado y discriminado a las víctimas, no brindándoles la atención y prioridad que se merecen y, lo que es peor, soslayando este aspecto victimológico en nuestro trabajo pastoral penitenciario.

34. Como bien indica Antonio Beristain: “Algunos teóricos que modernamente comentan e investigan los problemas y los horizontes de la Victimología continúan vinculados al esquema tradicional jurídico penal, pues limitan el concepto de víctimas sólo a los sujetos pasivos de delito (y a los perjudicados por él) [...], y olvidan los derechos de las víctimas a un mayor protagonismo en lo policial, en lo procedimental y en la ejecución de diversas penas y medidas de seguridad. Lógicamente, todo sujeto pasivo de un delito es víctima, pero no toda víctima es sujeto de un delito”. O. c., 2000, p. 4.

han sido las víctimas de ayer y, no es de extrañar, que los victimarios que conocemos en las cárceles han sido previamente victimizados. En este sentido, es necesario que la sociedad entienda también que existe una responsabilidad social en el surgimiento y desarrollo de la delincuencia y que la existencia de ‘subculturas delictivas’ y personas antisociales es un cuestionamiento constante a las políticas sociales de los distintos Gobiernos. Tampoco es gratuito que la gran mayoría de los que pueblan nuestras cárceles sean personas que previamente han sufrido algún tipo de marginación social y hasta victimación social³⁵; por eso no es exagerado afirmar, dentro de esta visión circular de la victimación, que muchos de los victimarios encarcelados provienen de situaciones sociales y familiares victimizantes, en donde toda la sociedad tiene una responsabilidad compartida. En este sentido, debemos caer en la cuenta de que las cárceles, en general, no son más que el último eslabón de una larga cadena de fracasos sociales de un país.

Aunque parezca algo obvio, creemos que es necesario que la sociedad se dé cuenta que, antes que nada, los presos ‘son personas’, no animales ni cosas; y que, a pesar de sus faltas, no han perdido su humanidad ni su dignidad. Asimismo, la sociedad tiene que entender que los presos han sido condenados a una pena privativa de libertad, pero no a todas las penas colaterales que muchas veces conlleva el proceso de reclusión, tanto para ellos como para sus familiares. Como muy bien indica Aurelia María Romero: “No está de más recordar que los reclusos, aunque hayan delinquirado efectivamente, siguen ostentando, ante todo, su estatus de personas y, por consiguiente, han de conservar todos los derechos fundamentales que no hayan sido afectados por el fallo judicial.”³⁶

3.2.2. El reto eclesial. Tal como ya mencionamos, no sólo existe una falta de conocimiento, comprensión y valoración del trabajo pastoral dentro de las cárceles por parte de la sociedad, sino que muchas veces dentro de las propias comunidades eclesiales no se recibe el apoyo que esta pastoral requiere y merece.

Nuestro trabajo pastoral se realiza en un lugar cerrado, en una realidad que exprofesamente se busca ocultar a la sociedad y, quizá por eso, los presos son ‘invisibles sociales’. Nuestra labor pastoral en cierto sentido también comparte esta característica; ya que en muchos casos es una pastoral oculta a la Iglesia y los agentes pastorales de cárceles somos los ‘invisibles eclesiales’. Nuestros feligreses no asisten a las parroquias, no van a misa con los demás, no van a retiros ni participan de procesiones públicas, por eso es que no están presentes en la conciencia de muchos de los Pastores de la Iglesia. En este sentido, una labor impostergable de nuestra pastoral tiene que ser el

35. Luego de algunos años de trabajo en la pastoral carcelaria una de las cosas que más me indignaba de la situación de los presos era las condiciones inhumanas a que eran obligados a vivir los internos: hacinamiento, falta de higiene, mala alimentación, deficiente asistencia sanitaria, etc. Pero lo más triste de todo, fue constatar, luego que nos tocó trabajar también con sus familias, que su situación real en libertad no distaba mucho de las lamentables condiciones en que ellos vivían en la cárcel. Es decir, que la cárcel no era más que la continuación institucionalizada de una gran cadena de marginación y victimación social.

36. ROMERO COLOMA, Aurelia María. *La víctima frente al sistema jurídico-penal. Análisis y valoración*. Barcelona: Serlipost, 1994, p. 121.

romper este encierro y aislamiento social y eclesial; esa es la verdadera libertad que exigimos para los presos, que sean personas libres y visibles, social y eclesialmente.

Por otro lado, la misma exigencia que le hacemos a la sociedad acerca de su responsabilidad compartida tendríamos que hacerla en el seno de la Iglesia. Recordemos que la cárcel es el final de todo un proceso y no sólo el comienzo, por eso cabe preguntarse qué ha hecho la Iglesia para que el preso de ahora pueda recibir ese afecto y acogida que no pudo recibir en su casa o en su sociedad.

En este sentido, el criterio que debe privilegiarse en esta pastoral no es el de la 'eficacia' o del reconocimiento social, sino el de la mayor necesidad humana y pastoral. La opción preferencial por los pobres no es porque la pobreza sea buena sino porque, generalmente, los pobres son los que tienen más necesidad. Recordemos que el mismo Jesús nos dice que son los enfermos los que necesitan de médico, no los sanos. Recordemos también que la única persona que se convirtió a Jesús, cuando humanamente había fracasado y todos sus amigos lo abandonaron y negaron fue, precisamente, un delincuente condenado a muerte, Dimas, mal llamado por la tradición cristiana 'el buen ladrón'. A veces, nos olvidamos que Jesús fue considerado un delincuente por la justicia de su época, que fue capturado, que estuvo preso, que fue procesado y que incluso, de acuerdo a las leyes de su tiempo, fue 'justamente' condenado a muerte.

En resumen, debemos hacer que dentro de la propia Iglesia se tome conciencia de que la pastoral penitenciaria debe ser prioritaria, no por los resultados ni por el número de presos (que proporcionalmente no es alto³⁷, en comparación con otros grupos que también necesitan atención de la Iglesia), sino por el grado de necesidad de nuestros hermanos presos y por el grado de dificultad de la misma pastoral penitenciaria.

3.2.3. El reto pastoral. En nuestra opinión, el gran reto de la labor carcelaria es poder realizar una pastoral inculturada. Si bien los presos han cometido un delito y están cumpliendo una condena, no son minusválidos mentales ni infantes, sino que ellos tienen su propia voz, su propia visión de las cosas y, en muchos casos, su propia subcultura delictiva. Antes de hablar con ellos primero debemos escucharlos, como lo

37. Hace algunos años llegamos a la conclusión que en gran parte de los países occidentales la media de presos por población era de 1.000 a 1.500 por millón de habitantes. Lógicamente, estas cifras eran meramente referenciales y dependía del tipo de política penal y criminal que se aplicaba en cada país. Hacia el año 2000, por ejemplo, la gran mayoría de países latinoamericanos, se mantenían dentro del margen que planteamos, entre 1.000 y 1.500 presos por millón de habitantes: Brasil, 1.130; Argentina, 1.070; Perú, 1.120; Uruguay, 1.230; Bolivia, 1.020; Nicaragua, 1.430; El Salvador, 1.090; México, 1.430, etc. Los países que se alejaban de esta media por diversas razones eran: Ecuador, 690; Guatemala, 690; Paraguay, 750; Colombia, 1.530; Costa Rica, 2.229; Chile, 2266; Panamá, 3.030; etc. También se podían notar algunas diferencias significativas entre un país y otro, por más vecinos que fueran; por ejemplo, en el Perú con 25 millones de habitantes en el año 2000, había 28.000 presos; mientras que en el vecino país de Chile, para una población de 15 millones de habitantes había más de 34.000 internos. Asimismo, el promedio que hemos indicado queda realmente corto para países como Rusia, China o el mismo Estados Unidos, que para una población de 280 millones de habitantes tenía más de dos millones de presos. Pero lo más grave de los últimos años en América Latina (sobre todo entre el 2004 y el 2009) es que se ha aumentado drásticamente este porcentaje de internos que se mantuvo estable durante muchos años en la mayoría de países latinoamericanos. Ahora cada vez aumenta el porcentaje de internos, sobre todo los de menor edad, y las cárceles latinoamericanas cada vez se ven desbordadas por las oleadas de presos jóvenes provenientes, sobre todo, de las pandillas juveniles.

hizo magistralmente Jesús con los discípulos de Emaús: “mientras ellos conversaban y discutían, el mismo Jesús se les *acercó y caminó con ellos*” (Lc 24, 15). Este ‘acercarnos a ellos’, este ‘caminar con ellos’, como lo hizo Jesús, es totalmente necesario para poder realmente conocer, compartir y trabajar con los internos. Ahora bien, es necesario ‘acercarnos a ellos’ y ‘caminar con ellos’, pero no como unos extraños o superiores, sino como nos indica muy bien el autor de la Carta a los Hebreos “como si ustedes estuvieran presos con ellos” (Hb 13, 3). Esta actitud empática con los presos, a la vez víctimas y victimarios, es la actitud fundamental y primaria que se debería asumir en el trabajo pastoral.

Es necesario, también, entender que la realidad delictiva es muy compleja y diversa (individual, sociológica y culturalmente), lo que impide que hagamos generalizaciones reduccionistas sobre la realidad penitenciaria. Del mismo modo, es necesario caer en la cuenta que el trabajo pastoral tiene que ser diferenciado y no único, ya que la realidad penitenciaria y humana de las cárceles son igualmente diferenciadas. No existen, pues, recetas generales para todo el trabajo carcelario, ya que la realidad de cada cárcel y de cada preso es muy particular.

Lo ideal es que dentro del equipo pastoral pueda haber personas que nos orienten sobre diferentes temas, también en criminología (concebida como ciencia interdisciplinaria), para poder entender (y atender) mejor la realidad judicial, delictiva y penitenciaria; sino corremos el riesgo de hacer una pastoral epidérmica, superficial, no inculturada y no diferenciada. En este sentido, proponemos que, aparte de la formación cristiana y catequética que todo agente pastoral debe tener, los equipos pastorales se formen en tres áreas complementarias, pero siempre desde una perspectiva interdisciplinar:

- a) *Area jurídica*.- correspondería al aspecto penal y penitenciario (Constitución del Estado, Código Penal y Civil, Código de Procedimiento Penal y Civil, Reglamento Penitenciario, etc.).
- b) *Area sociocultural*.- correspondería al aspecto social y cultural del problema de la delincuencia en general y de sus distintas manifestaciones (delincuencia común, delincuencia organizada, delincuencia juvenil, ‘drogodelincuencia’, delitos sexuales, “delincuencia de cuello blanco”, “delincuencia de cuello verde”³⁸, etc.).
- c) *Area terapéutica*.- correspondería al aspecto personal, psicológico, humano y espiritual (*counselling*, acompañamiento psicológico, programas psicoterapéuticos, tratamiento de alcohólicos y drogodependientes, etc.).

38. Hemos querido parafrasear a Edwind Sutherland, quien acuñó en 1942 el término ‘delincuencia de cuello blanco’ para denominar ‘delincuencia de cuello verde’ a la red de corrupción organizada que instaló Vladimiro Montesinos en el Perú en la década pasada. Recordemos que Sutherland, con el término ‘delincuencia de cuello blanco’, se refería a los delitos cometidos por grandes empresas (y sus altos directivos) que no cumplían con las normas legales establecidas o que cometían defraudación al fisco. Nosotros hemos querido denominar ‘delincuencia de cuello verde’ al tipo de delincuencia consagrada (no necesariamente inaugurada) por Vladimiro Montesinos, en primer lugar porque en el centro de este tipo de delincuencia se encontraba gran parte de la oficialidad mayor de las Fuerzas Armadas, sobre todo aunque no exclusivamente, del Ejército (que usan uniforme verde). Cf. PÉREZ GUADALUPE, José Luis. *La delincuencia de cuello verde*. Cuadernos de Política Criminal, N° 72 (2000). Universidad Complutense de Madrid.

No solo se trata de que en nuestros equipos estén presentes personas especializadas en cada área, sino que todos los agentes pastorales tengan una formación suficiente en cada una de ellas³⁹ por más que se dediquen específicamente a un sector o área de la pastoral penitenciaria, como el área sanitaria o legal por ejemplo (que a su vez requeriría una formación complementaria *ad hoc*)⁴⁰.

Parte de este proceso de formación y aprendizaje pasa, necesariamente, por la invalorable experiencia de aprender de los mismos presos no sólo acerca del mundo de la delincuencia y de la cárcel sino, sobre todo, acerca del ser humano y de Dios mismo.

CONCLUSIONES

Luego de haber tocado un tema tan importante y al mismo tiempo tan complejo como es el de las Víctimas dentro de la Pastoral penitenciaria creemos que podríamos plantear una innumerable lista de conclusiones, retos y sugerencias. En todo caso, en estas breves conclusiones, no quisiéramos detenernos en los puntos que corresponden al orden estrictamente jurídico o penitenciario, sino más bien al ámbito eclesial y pastoral.

En primer lugar, creemos que es un hecho innegable que en nuestra visión eclesial y en nuestro trabajo pastoral en cárceles, el tema de las Víctimas no ha sido un tema suficientemente conocido, enfatizado y trabajado. Si bien existen muchos esfuerzos concretos y voces proféticas que nos han recordado la realidad de las víctimas de manera integral, este tema recién está despertando el interés de las diferentes Iglesias a nivel teórico y pastoral.

En segundo lugar, en nuestro trabajo de pastoral penitenciaria, muchas veces se ha enfatizado el tema de las víctimas, pero, por lo general, no el de las víctimas de los delitos, sino, solamente, la victimación de los presos dentro de las cárceles. En el mejor de los casos, cuando se ha dado importancia al tema victimológico, sólo se ha visto a los presos como víctimas, pero no como victimarios; solo se ha tratado de aliviar su

39. Pero, en este intento de formación de equipos pastorales interdisciplinarios debe quedar muy clara la finalidad de nuestra pastoral frente a la Institución Penitenciaria ya que, si bien es cierto, nuestros objetivos evangelizadores, rehabilitadores y resocializadores no se oponen a los de la Institución, corremos el riesgo de servir de 'tontos útiles', funcionales al sistema o, incluso, legitimadores de un determinado régimen penitenciario. Por otro lado, tampoco debemos de caer en el error de ser 'tontos útiles' de los presos. Muchas veces nos libramos de ser 'funcionales' a la Institución, pero nos convertimos acriticamente en 'funcionales' de los presos. Por eso es muy importante que nuestros equipos pastorales sean equipos pensantes, críticos y propositivos, sustentados en el conocimiento de la realidad integral y en la misión profética de la Iglesia.

40. Si bien existen infinidad de casos concretos en los que los Capellanes y agentes pastorales han tenido que volver a las aulas para formarse, reciclarse, y desarrollar mejor su pastoral penitenciaria, solamente quisiéramos mencionar el caso del Padre Juan Antonio de la Vega Elorza S.J. (con casi medio siglo de trabajo pastoral en cárceles), quien luego de tener una experiencia de trabajo pastoral en una cárcel de Arequipa (Perú) se puso a estudiar Derecho y se recibió de abogado para poder asistir, no solo espiritualmente, sino también judicialmente a sus feligreses encarcelados. En 1977 el Padre de la Vega fue trasladado a Paraguay en donde se dedicó por muchos años a la pastoral penitenciaria y a la pastoral universitaria; por esta labor fue acusado de 'sedicioso' y 'comunista' por el gobierno *de facto* de la época y fue deportado de ese país; regresó a Paraguay a la caída del dictador Stroessner en febrero de 1989. El Padre Juan Antonio partió a la casa del Padre el 7 de octubre de 2009, a los 87 años.

dolor como víctimas de la institución penitenciaria, pero muchas veces nos hemos olvidado de aliviar el dolor que ellos han causado a otras personas anteriormente.

En tercer lugar, quizá por lo específico de nuestro trabajo en cárceles y por estar en contacto con la doliente realidad de los presos y de sus familias, no hemos sido capaces de elevar nuestra mirada a los problemas sociales mayores que involucran la realidad de nuestro trabajo carcelario como es el de la realidad delictiva, el de la seguridad ciudadana, el de los trabajadores de las instituciones penitenciarias, el de las víctimas de los delitos, etc. Esta visión recortada de las cosas, por no decir sesgada, que muchas veces tenemos de esta compleja realidad, ha traído como consecuencia cierto distanciamiento entre la Pastoral Penitenciaria y las válidas necesidades, prioridades y percepciones del resto de la sociedad.

En cuarto lugar, creemos que el reto de nuestra pastoral, en este sentido, es tener la capacidad de asumir, tanto teórica como pastoralmente, una visión victimológica integral que asuma los tres tipos de victimación que hemos planteado al comienzo de este artículo y no sólo la victimación terciaria. Trabajar en forma parcial, solamente uno de los tres procesos de victimación, es no entender ninguno de ellos. Por eso estamos convencidos de que, o se trabajan estos tres procesos de manera integral o no se podrá hacer una labor efectiva en ninguno de ellos.

En resumen y como conclusión final, creemos que a los Capellanes y Agentes Pastorales de cárceles nos cabe la altísima responsabilidad de ser los mediadores entre los internos (a quienes atendemos) y la sociedad en general. Lamentablemente podemos constatar que muchas veces los internos rechazan la sociedad en la que viven y de la que en muchos casos, como hemos mencionado anteriormente, no han recibido más que olvido y marginación. Por su parte, la sociedad repudia a estos transgresores de la ley que han causado daño físico, moral y material a muchas personas inocentes.

Por un lado, no es fácil que los internos puedan entender las formas que la sociedad utiliza para defenderse y 'resocializar' (aunque muchas veces sólo castigar y 'desocializar' aún más) a quienes han infringido la ley. Por otro lado, no es fácil que la sociedad entienda a aquellas personas que han hecho del robo una profesión (sobre todo los que han desarrollado 'carreras delictivas' o pertenecen a 'subculturas delictivas') o que han cometido delitos horrendos. Entre estas dos visiones aparentemente irreconciliables creo que nos cabe la tremenda responsabilidad a todos los que trabajamos en prisiones de lograr un proceso de entendimiento y reconciliación. Pero este proceso no será posible si es que los internos no asumen su propia responsabilidad por el daño que han cometido a sus víctimas y si es que la sociedad tampoco asume su propia responsabilidad en el surgimiento de grupos marginados y en el deterioro físico y moral que están produciendo sus instituciones penitenciarias. Y esta es, precisamente, una parte fundamental de nuestro reto pastoral, hacer de interlocutores válidos de ambas perspectivas y de lograr un proceso de reconciliación entre todos los actores sociales de este conflicto: las víctimas, los victimarios, la sociedad y el Estado.

Por lo general, en nuestro trabajo penitenciario hemos visto y trabajado tan solo con uno de estos actores, los internos (victimarios), pero no hemos sido capaces de ver y trabajar con los otros actores de esta realidad integral. Nos cabe, pues, el tremendo reto de abrir nuestras mentes y extender nuestras manos también a las víctimas de aquellas personas con quienes trabajamos en las cárceles.

Finalmente, entender y asumir el tema victimológico y el reto de una 'Pastoral Penitenciaria Integral' implica un replanteamiento radical de las formas clásicas de concebir la justicia y, en muchos casos, de entender la pastoral penitenciaria misma. Implica abrirnos a todas las personas encarceladas, pero también a todos los elementos y actores que tienen que ver con la realidad delictiva y carcelaria, tratando de entenderlos desde una perspectiva integral: social, cultural, jurídica, penitenciaria, pastoral y victimológica.

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
79 - 86

LA JUSTICIA A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

Una exégesis de la prescripción compatible con el relato de las víctimas

Ignacio José SUBIJANA ZUNZUNEGUI

*Magistrado
Doctor en Derecho*

Al maestro Antonio Beristain, con amor

ÍNDICE

1. El terrorismo como macrovictimación.
2. La justicia reconstructiva.
3. La justicia a las víctimas: la prescripción de la infracción y el relato.
4. El relato: la disímil regulación de la prescripción en el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
5. La prescripción: el discurso jurisprudencial sobre su naturaleza jurídica.
6. El terrorismo como crimen internacional: su imprescriptibilidad.
7. A modo de conclusión.

1. EL TERRORISMO COMO MACROVICTIMACIÓN

El terrorismo es una forma de criminalidad que genera una victimación especialmente severa. Su designación como macrovictimación, formulada por el maestro Antonio BERISTAIN refleja, con suma nitidez, el indefinido número de víctimas directas e indirectas que su existencia provoca. No en vano, se trata, esencialmente, de actos gravemente criminales (causación intencionada de la muerte, graves lesiones o injerencias inadmisibles de la libertad o seguridad) cometidos por una organización que trata de crear un estado de terror en sectores significativos de la población con la finalidad de lograr sus objetivos ideológicos (políticos o religiosos, básicamente) a través del desistimiento cívico o el condicionamiento injustificado de las políticas diseñadas e implementadas por los poderes públicos.

Los deletéreos efectos de esta macrovictimación justifica que destacados organismos internacionales, como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Unión Europea, hayan calificado al terrorismo, en cualquiera de sus formas y manifestaciones, como una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacional¹. De ahí que promuevan actuaciones de los Estados que persigan la obtención de los siguientes objetivos:

- * Prevenir que las organizaciones terroristas causen daños.
- * Evitar que las personas que ya han sido victimizadas sufran detrimentos complementarios en su contacto con los órganos integrados en los sistemas de control social formal.
- * Fomentar que la comunidad construya espacios de acogimiento cálido de las víctimas.

En términos victimológicos (perspectiva que se va a tomar en esta reflexión) tiene importancia reflexionar sobre la incidencia que la existencia y el fundamento de la prescripción tiene en el derecho a la justicia de las víctimas directas e indirectas de la macrovictimación terrorista.

2. LA JUSTICIA RECONSTRUCTIVA

La justicia penal no puede edificarse sobre la invisibilidad de las víctimas. Por ello, el único modelo que integra la protección de las víctimas con las garantías del victimario es el ofrecido por la justicia reconstructiva (BERISTAIN, 2006: 277). En lo reconstructivo, la injusticia provocada por el delito destruye una relación que la justicia tiene el deber de reconstruir. Lo que caracteriza al derecho dimanante de este modelo de justicia es la sustitución del vínculo entre justicia y castigo del victimario por el de justicia y restañamiento del daño padecido por las víctimas. La justicia reconstructiva pretende, además de ratificar la vigencia del cuadro normativo como pauta idónea para la regulación de la vida social, poner fin a la situación de dominio, humillación o envilecimiento de las víctimas restableciendo, hasta donde es posible, su posición originaria.

La macrovictimación terrorista tiene un plano ontológico y otro axiológico. En el plano ontológico se encuentra el dolor por el asesinato, el secuestro, la amenaza, la coacción. En el plano axiológico reside la significación del asesinato, el secuestro, la amenaza y la coacción; es decir, el relato. REYES MATE, haciendo suyas las reflexiones de BENJAMIN, refiere que todo crimen mortal tiene dos muertes: la muerte física, centrada en la aniquilación biológica de una o varias personas, y la muerte hermenéutica, ceñida a la estrategia dialéctica elaborada para hacer invisibles a las víctimas (REYES MATE, 2009: 21).

La consideración y evaluación del relato de las víctimas es un testimonio indirecto de que entre nosotros se ha reforzado la idea de justicia (TODOROV, 2008: 94). Por ello, la memoria ejemplar, la que trata de utilizar el pasado no para perpetuarlo sino

1. Una completa referencia a la normativa internacional sobre el terrorismo, BOU, Valentín/FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos, *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Covite, 2009, pp. 19 y ss.

para diseñar el presente, sirve a la justicia porque el olvido injustificado de la victimación ataca, destruye o disuelve la verdad y la existencia de la injusticia. Ahora bien, no es lo mismo recordar para que la historia no se repita, que para que se haga justicia: en el primer caso pensamos en nosotros mismos y, en el otro, en las víctimas (REYES MATE, 2003: 244).

Cuando se destruye o se amenaza con la destrucción a una constelación de seres humanos (por ser como son, pensar como piensan o representar lo que representan) la comunidad en su conjunto queda afectada porque se le priva de una parte de su riqueza o diversidad. En este sentido, recordar es reconocer que el dolor forma parte de la realidad y que la realidad es una totalidad en la que se integran lo existente con lo preexistente pero ausente. A su vez supone rememorar que las ausencias obedecieron a un acto de barbarie. Como tal hay que calificar las conductas que lapidan la humanidad del otro, en contraposición a la civilización que se sustenta en la capacidad de ver al otro como alguien con el que se comparte una identidad básica: la humana (TODOROV, 2008, 278).

La justicia reconstructiva tiene una dimensión comunitaria –cuyo referente es la sociedad– y otra personal –cuyos referentes son las víctimas y el victimario–. Para abarcar ambos planos se precisa que el mensaje institucional cumpla los siguientes objetivos:

- * Sea idóneo para obtener la confianza de la sociedad en la vigencia de las leyes, al percibir las como un instrumento hábil para restablecer los vínculos sociales quebrados por el delito.
- * Permita evitar la prosecución del daño inmaterial (dominación, humillación) sufrido por las víctimas (declarando que lo que pasó no debería haber pasado).
- * Posibilite garantizar la desaprobación del comportamiento que, de forma reprochable, causa un daño injusto.

3. LA JUSTICIA A LAS VÍCTIMAS: LA PRESCRIPCIÓN DE LA INFRACCIÓN Y EL RELATO

La justicia a las víctimas pudiera concebirse con un contenido mínimo, con un contenido medio y con un contenido máximo. Existiendo fundamento probatorio para ello, el contenido mínimo se vincularía a la necesidad de que una autoridad institucional neutral (dotada, por lo tanto, de independencia e imparcialidad) declare públicamente el reproche por el hecho injusto y culpable cometido, individualice y reconozca las víctimas producidas, y obligue a la reparación del daño causado a las mismas. El contenido medio añadiría la exigencia de imposición de una pena. El contenido máximo exigiría, además, la efectiva ejecución de esa pena.

El instituto de la prescripción debe preservar, cuanto menos, el contenido mínimo, si quiere ser respetuoso con una exigencia indeclinable en un orden democrático: la debida justicia a las víctimas, que no admite el olvido injustificado del dolor injusto (TOJEIRA, 1997: 257). En la legislación española este mínimo axiológico puede alcanzarse con la regulación de la prescripción en el Código Penal y es, sin embargo, inasumible con el tratamiento conferido a la mentada institución por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La justicia constructiva confiere una legitimación justificativa autónoma a las fases de declaración de culpabilidad, imposición de una pena y ejecución de la misma. La primera es indeclinable para la justicia, dado que, sólo a través de ella, puede ampararse a las víctimas causadas, declarando que han sufrido un daño injusto que debe ser reparado, y estabilizarse la norma infringida, comunicando a la sociedad que la misma continúa siendo una pauta de conducta vinculante. La segunda (imposición de una pena) y la tercera (ejecución de la pena) pueden ser excluidas cuando, por el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, se devalúan las necesidades preventivas de la pena y no existe riesgo de recidiva.

4. EL RELATO: LA DISÍMIL REGULACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El Código Penal contempla, en su artículo 130.6º, la prescripción del delito como una causa de extinción de la responsabilidad criminal. Ello, en puridad de principios, exige la declaración de la existencia de una responsabilidad penal, pues no se puede extinguir lo que no existe, pronunciamiento que únicamente es factible emitir por un tribunal en una sentencia tras el debido proceso. Esta regulación engarza con la razón que se arguye para fundar la prescriptibilidad de las infracciones: resulta ilegítimo sancionar a alguien por hechos realizados en un lejano pasado, cuando el sujeto y la sociedad han cambiado significativamente tras el tiempo transcurrido². No en vano, se concluye, el transcurso del tiempo reduce las demandas sociales de justicia (TAMARIT, 2009: 130).

Puede debatirse la necesidad de imponer la pena (y ahí radicaría la razón justificativa de la imprescriptibilidad) pero, cuanto menos, es preciso garantizar a las víctimas un pronunciamiento expreso sobre el injusto culpable del autor. De esta forma se cumplirían las exigencias mínimas de justicia en la medida que se obtendrían tres efectos:

- * Una declaración pública de reproche por el injusto causado, afirmando que el daño no viene motivado por el azar o por culpa de terceros o de la propia víctima, sino única y exclusivamente por un comportamiento antijurídico del victimario.
- * Una consignación expresa de las personas que han sufrido la victimación, lo que permite su constitución efectiva como víctimas así como su indeclinable individualización.
- * Un pronunciamiento explícito de que el daño causado fue injusto y que, consecuentemente, las víctimas tienen derecho a ser reparadas por el victimario.

En síntesis: el juicio de imputación por un órgano dotado de neutralidad institucional pone de manifiesto que el daño causado a las víctimas fue provocado por el injusto culpable de una o varias personas integradas en una organización creada para infligir un mal deletéreo a quienes se oponen a sus designios y, coetáneamente, aterrorizar a quienes se identifiquen públicamente con las víctimas.

2. Frente al argumento favorable a la prescripción de que el “tiempo lo cura todo” porque el sujeto y la sociedad han cambiado significativamente tras el tiempo transcurrido es posible oponer, a favor de la imprescriptibilidad, que “hay heridas que no cierran nunca”.

En este sentido, la declaración del injusto culpable no seguida de pena (por prescripción) pudiera ser suficiente, en casos de transcurso de un largo período de tiempo desde la comisión del hecho, para satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y el interés de la comunidad en conocer lo acontecido³.

Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la prescripción como una causa de no perseguibilidad, razón por la cual permite un cierre anticipado del proceso por prescripción a través de artículos de previo pronunciamiento (artículo 675 LECrim) o de cuestiones previas (artículos 786.2 y 802 LECrim). Esta regulación tendría sentido si el Código Penal contemplara la prescripción como una causa de exclusión de la responsabilidad criminal (es decir, como un supuesto en el que no es posible declarar la existencia de una responsabilidad penal) y no, como lo hace, como una causa de extinción de la responsabilidad penal (como un caso en el que se extingue la responsabilidad criminal declarada). Por lo tanto, la ley procesal reconoce la prescripción como un obstáculo procedimental que impide una decisión judicial sobre el injusto culpable del autor. De esta manera cercena el derecho de las víctimas y el interés de la comunidad en obtener, si hay fundamento probatorio para ello, una declaración pública, emanada de la autoridad dotada de neutralidad institucional, de que los daños causados fueron injustos y culpablemente causados por una o varias personas y, consecuentemente, excluye un pronunciamiento de que los mismos deben ser reparados por quienes los provocaron.

5. LA PRESCRIPCIÓN: EL DISCURSO JURISPRUDENCIAL SOBRE SU NATURALEZA JURÍDICA

El discurso sustantivo o procesal que fundamente la prescripción ha sido objeto de análisis, desde una perspectiva estrictamente constitucional, por el Tribunal Constitucional. Ya en la sentencia 12/1991, de 28 de enero, se planteó la disyuntiva consistente en otorgar a la prescripción una naturaleza meramente procesal, fundada en razones de seguridad jurídica y no de justicia intrínseca, o una naturaleza sustantiva o material, basada en principios de orden público, interés general o de política criminal que se reconducen al principio de necesidad de la pena. Pues bien, el máximo intérprete de la Constitución ha venido reconociendo la creciente sustantividad que el instituto de la prescripción ha ido cobrando en su jurisprudencia (fundamento jurídico segundo de la STC 63/2005, de 14 de marzo), refiriendo que se trata de una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que toma en consideración la función preventiva, general y especial de la pena y el derecho del inculpado a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal.

De esta forma, la referida sentencia argumenta que lo que “(...) la existencia de la prescripción del delito supone es que éste tiene un plazo de vida, pasado el cual se

3. No debe obviarse que muchos de los que propugnan la imprescriptibilidad de los delitos contra los derechos humanos no parecen pretender tanto el castigo efectivo cuanto la necesidad de reafirmación jurídica de la dignidad de la víctima como ser humano. Ello podría no impedir la aceptación de la prescripción, siempre y cuando ésta no apareciera como un obstáculo procesal que impidiera un pronunciamiento sobre el injusto culpable del autor.

extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión”, estipulando que “Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión del delito al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades anteriormente mencionadas” y concluyendo que, transcurrido el plazo de prescripción, “(...) la imposición de una pena carecería de sentido por haberse perdido el recuerdo del delito por parte de la colectividad e incluso por parte de su autor, posiblemente transformado en otra persona⁴”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante a la hora de reseñar que la prescripción es una institución que pertenece al derecho material penal y no al ámbito de las estructuras procesales de la acción persecutoria (así, STS 25/2007, de 26 de enero). Su fundamento radica, según se lee en la STS 383/2007, de 10 de mayo, en “(...) poderosas razones de política criminal y utilidad social, cuales son el aquietamiento que el transcurso del tiempo produce en la conciencia ciudadana, la amonización, cuando no eliminación, de la alarma social producida, el padecimiento de la resonancia antijurídica del hecho ante el efecto invalidador del tiempo sobre los acontecimientos humanos, dificultades de acumulación y reproducción del material probatorio y hasta grave impedimento en el acusado para hacer posible su justificación”. Todos estos elementos debilitan al máximo la necesidad de la pena, dado que, transcurrido un tiempo razonable desde la comisión del delito, la pena ya no cumple sus finalidades de prevención general y especial (así, STS 803/2009, de 17 de julio).

La exégesis de las líneas jurisprudenciales referidas permite obtener tres conclusiones:

- * Se tilda la prescripción como una institución de derecho sustantivo. Por lo tanto, se fundamenta la misma en razones preferentemente materiales (aunque no exclusivamente materiales, como puede atisbarse por la referencia a la dificultad de pergeñar el cuadro probatorio por el largo tiempo transcurrido).
- * Se esgrimen razones que tienen como referentes subjetivos a la comunidad (prevención general) y al presunto victimario (prevención especial), orillando toda mención a las víctimas.
- * Se anuda a la prescripción del delito como consecuencia ineludible la de impedir la “exigencia de responsabilidades” o la “imposición de una pena”, expresiones que no excluyen, conforme al propio fundamento material de la prescripción, que se “declaren las responsabilidades”, determinando que el acusado ha cometido un hecho injusto y culpable, aunque, dado el tiempo transcurrido, no sea factible imponer una pena.

6. EL TERRORISMO COMO CRIMEN INTERNACIONAL: SU IMPRESCRIP- TIBILIDAD

El artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional estipula que los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán. Por lo tanto, la estimación del

4. En idénticos términos las SSTC 29/2008, de 20 de febrero y la 147/2009, de 15 de junio.

terrorismo como crimen internacional tendrá como ineludible consecuencia que tal macrovictimación no prescriba. Por lo tanto, con plena legitimidad, podrá no sólo declararse el injusto culpable sino, también, imponer una pena y, en su caso, ejecutar la misma.

Los profesores FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE y BOU⁵ arguyen que la imprescriptibilidad no afecta a disposiciones materiales (la tipificación como delito en el Derecho nacional), sino a disposiciones procesales (al tiempo durante el cual los tribunales pueden perseguir el delito tipificado que se declara crimen imprescriptible). De esta manera, “Teniendo esta competencia los tribunales nacionales con anterioridad a la existencia de la Corte Penal Internacional, la adopción de la enmienda en cuestión (la que permite tildar de crimen internacional al terrorismo) les afectaría no tanto respecto del alcance material de su competencia o jurisdicción, pero sí en el carácter imprescriptible del crimen en cuestión”, concluyendo “que esta situación ‘(...) afectaría a los actos de terrorismo cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la enmienda en cuestión’”.

Se defiende, por lo tanto, que no hay problemas de legalidad penal dado que las garantías del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables sólo alcanzan a los elementos definitorios del delito y no a las condiciones de su persecución. A nuestro juicio esta posición no cohonesta con el fundamento material conferido por la jurisprudencia y la doctrina constitucional a la prescripción, que confiere a la misma el carácter de límite al ejercicio de la potestad punitiva estatal que justifica una expectativa legítima de no ser perseguido penalmente si transcurre el plazo fijado en la ley vigente cuando se cometió el crimen. La aplicación retroactiva de una ley posterior a la ejecución del delito que declara imprescriptible un delito que era prescriptible cuando se cometió constituye una ampliación injustificada, desde el prisma del principio de legalidad, del poder de penar del Estado (BACIGALUPO, 2009: 371). Ciertamente, no existe un derecho a la prescripción de los delitos pero, una vez reconocido el mismo, difícilmente puede negarse que la regulación de los plazos de prescripción sea una garantía para el autor derivada del principio de legalidad penal, motivo por el cual la extensión retroactiva de los plazos de prescripción no resulta admisible (así, STC 63/2005, de 14 de marzo y STS 803/2009, de 17 de julio).

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si la prescripción se califica como una institución de derecho sustantivo que, tal y como se regula en el Código Penal, legitima una extinción de la responsabilidad criminal por razones básicamente preventivas es indiscutible que, conforme a tal naturaleza jurídica, se justifica la declaración del injusto culpable por una autoridad pública dotada de neutralidad institucional. Ello permite la satisfacción de las exigencias mínimas de justicia a las víctimas. Es diáfano que la imprescriptibilidad del terrorismo, como efecto anudable a su calificación como crimen internacional, justifica además la imposición de la pena y su eventual ejecución. Estos efectos adicionales únicamente son factibles respecto a los hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del cambio normativo que atribuye al terrorismo la condición de crimen internacional, dada la

5. BOU, Valentín/FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos, *cit.*, p. 116.

vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable al acusado. Lo que, en todo caso, ignora el derecho a la justicia de las víctimas es la configuración de la prescripción, tal y como hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como un óbice procesal que excluye un pronunciamiento de la autoridad judicial sobre lo ocurrido, justificando un cierre anticipado del proceso. Esta lectura de la prescripción impide conocer el relato sobre lo ocurrido, haciendo del olvido un motivo de injusticia.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique (2009): *Teoría y práctica del Derecho Penal*, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid.
- BERISTAIN, Antonio (2006): “Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: la victimología de máximos, después de Auschwitz”, *Estudios de Victimología*, obra coordinada por el profesor Josep M^a Tamarit Sumalla, Tirant lo Blanch, Valencia, 261-286.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, Carlos/ BOU FRANCH, Valentín (2009): *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Covite.
- REYES MATE, Manuel (2003): *Memoria de Auschwitz*, Trotta, Madrid.
- REYES MATE, Manuel (2009): “La Justicia en la Historia”, *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 15-27.
- SILVA, Jesús-María (2007): “¿Nulum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VIII, 325-361.
- TAMARIT, Josep (2009): “Justicia transicional y Derecho Penal en España”, *Memoria Histórica: ¿se puede juzgar la historia?*, Fundación Antonio Carretero, Madrid, 129-141.
- TOJEIRA, José María S.J. (1997): “Verdad, justicia, perdón”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 11, 251-265.
- TODOROV, Tzvetan (2008): *El miedo a los bárbaros*, Círculo de Lectores, Barcelona.

**CRIMINOLOGÍA Y
POLÍTICA CRIMINAL**

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PREFACIO DEL INFORME MUNDIAL SOBRE LAS DROGAS 2009

Xabier ARANA

Instituto Vasco de Criminología

Aitzol AZPIROZ

Instituto Vasco de Criminología

INTRODUCCIÓN

Cuando se cumple un siglo del Acuerdo de Shangai sobre el control internacional del opio, Antonio Maria Costa, Director Ejecutivo de la *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)*, ha realizado el prefacio al *Informe Mundial sobre las drogas 2009*¹, donde se llevan a cabo una serie de afirmaciones contundentes y rimbombantes dignas de ser desmenuzadas para una posterior reflexión en torno a las mismas y a otras declaraciones hechas por la misma persona.

El propio título, *Informe Mundial sobre las drogas 2009*, no se corresponde con el contenido del texto porque, básicamente, hace referencia –cuando menciona la tendencia mundial de los mercados, los consumos, las demandas de tratamiento y a los estudios sobre juventud y escuela–, a las siguientes sustancias: opio y sus derivados, hoja de coca y sus derivados, cannabis, anfetaminas y al éxtasis. Mientras estas sustancias disponen de varios apartados específicos, el alcohol y el tabaco no disponen de ningún apartado para poder llevar a cabo la correspondiente comparación². Un organismo oficial de Naciones Unidas (NN.UU.), cuando elabora un informe mundial sobre cualquier cuestión –en este caso sobre las drogas–, por coherencia interna, debería abarcar todas las sustancias que desde otro organismo de NN.UU. –la Organización Mundial de la Salud (OMS)– las cataloga como tales.

1. <http://www.pnsd.msc.es/novedades/pdf/resumenonudd.pdf>

2. En el apartado donde se menciona el por qué las drogas ilícitas deben permanecer en la ilegalidad, se muestra en una figura la muertes globales por uso de sustancias en el año 2002. La comparación muestra el tabaco (casi 5 millones de muertes), el alcohol (algo menos de 2 millones) y las drogas ilegales (no llega a las 300.000 personas). El texto reconoce que las drogas legales producen muchas más muertes al año que las sustancias ilegales (p. 164).

Esta característica de la no inclusión de datos sobre todas las sustancias que abarca el término *droga* o *drogas*, no es exclusiva de la UNODC. También, en el ámbito de la Unión Europea se reproduce el mismo esquema. Así, la *Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad de la Unión Europea* ha puesto recientemente en marcha la *Acción Europea sobre la Droga*³ (EAD), donde aportan los siguientes datos: “¿Sabías que...? Aproximadamente 12 millones de personas en la UE consumen o han consumido en algún momento cocaína. Cada hora un ciudadano de la UE muere de sobredosis. En Europa, las drogas provocan entre 7.000 y 8.000 muertes al año. Cada año aparecen en Europa 3.000 nuevos casos de VIH relacionados con el consumo de drogas. Entre 1,3 y 1,7 millones de personas en la UE tienen problemas con el consumo de opiáceos. Más de una quinta parte de los europeos adultos (22%) han consumido cannabis. En un reciente estudio de Eurobarómetro, el 95% de encuestados opinaba que la heroína, la cocaína y el éxtasis deben seguir estando controlados en Europa”. Si realmente quiere ser una *Acción Europea sobre la Droga*, hubiera sido deseable la aportación de datos sobre los millones de europeos consumidores de alcohol, tabaco, fármacos y, también el número de muertes que provocan estas sustancias en la Unión Europea. Según el Parlamento Europeo, en la Unión Europea mueren cada año 650.000 personas por fumar y 80.000 por el tabaquismo pasivo⁴. ¿Cómo se puede publicar desde un organismo oficial de la UE, en el contexto de una *Acción Europea sobre la Droga*, que las drogas en la UE provocan entre 7.000 y 8.000 muertes, cuando sólo una sustancia –el tabaco (por cierto, su cultivo es en parte subvencionada por la UE)– supera con creces dichos datos?

Como puede observarse, instituciones internacionales que tienen influencia determinante en las políticas sobre el fenómeno social de las drogas, emplean una terminología genérica –*droga* o *drogas*– para afrontar parcialmente dicho fenómeno, la que corresponde a las sustancias incluidas en los diversos Convenios Internacionales en materia de las denominadas drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos. Este reduccionismo es clave para construir una visión del fenómeno social de las drogas en clave prohibicionista, donde la perspectiva de la evidencia científica es solapada por cuestiones de índole ideológica y por los intereses económicos y políticos que genera.

PREFACIO

El prefacio consta de tres párrafos, a modo de contextualización, y de tres apartados donde se abordan los siguientes aspectos: A) *¿De qué trata el debate sobre la despenalización?*; B) *Una mejor combinación de políticas*; y C) *Dos veces “NO”*. El sr. Costa, tras reconocer que la propia UNODC ha detectado “efectos negativos claramente no deseados” de la actual política en esta materia, que “preanuncian la necesidad de celebrar un debate sobre las formas de hacerles frente”, afirma cómo últimamente “se han alzado algunas voces, limitadas, pero en aumento” entre diver-

3. La EAD pretende ser “una plataforma de todas las organizaciones europeas públicas y privadas, interesados, ONG, ciudadanos y cualquier parte activa o interesada” relacionadas con el fenómeno social de las drogas (<http://www.pnsd.msc.es/novedades/pdf/AccionEuropeaDrogas.pdf>)

4. Boletín Europa al Día, octubre 2007, nº 238.

esos sectores de políticos, medios de comunicación y de la opinión pública donde se reconoce el fracaso de esta política prohibicionista. Tras descalificar gran parte de ese debate porque “se caracteriza por generalizaciones injustificadas y soluciones simplistas”, se percató de que “el eje mismo del debate destaca la necesidad de evaluar la eficacia del enfoque actual”. No obstante, en virtud de los datos que posee la UNODC, llega a la siguiente conclusión: “aunque los cambios son necesarios, éstos deberían alentar diferentes medios de proteger a la sociedad contra las drogas, y no impulsar el objetivo diferente de abandonar esta protección”.

El debate sobre una política diferente en materia de estas sustancias, no puede decirse que haya sido un fenómeno que se ha producido “últimamente”. Desde hace ya años, en diferentes foros⁵ aparecen materiales diversos sobre la actual política en materia de unas sustancias denominadas estupefacientes y psicotrópicos, y sobre la necesidad de cambios en la misma. Por ejemplo, cuando se cumplen veinte años de la publicación del *Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, una de las personas participantes recordaba (Landrove Díaz 1989) como el propio Antonio Beristain (1987: 1941) había afirmado que “debe tenderse, sin prisa pero sin pausa, hacia la legalización”. Dos años más tarde, González Zorrilla (1991: 22) constataba “un fenómeno curioso: mientras cada vez más parecen afirmarse en el campo científico las dudas sobre la conveniencia de mantener la actual política penal en materia de drogas, vistos los desastrosos resultados a que esa política parece conducir, más parece asimismo afirmarse una tendencia de las legislaciones nacionales e internacionales a endurecer y exasperar la reacción penal no sólo frente al fenómeno del tráfico, sino incluso frente a los simples consumidores”.

Desde el inicio del presente siglo, entre “*algunas voces limitadas pero en aumento entre los políticos*”, nos encontramos con un informe de la Comisión de Investigación sobre Asuntos Internos de la Cámara de los Comunes de Reino Unido –donde reconocen la necesidad de reconsiderar los tratados internacionales y recomiendan al Gobierno que inicie una discusión “sobre las vías alternativas, incluyendo la legalización y regulación, para tratar de resolver el dilema global de las drogas”–, con la recomendación del Comité Especial sobre Drogas Ilegales del Senado Canadiense a su Gobierno –para “informar a las autoridades apropiadas en las Naciones Unidas que Canadá está solicitando una enmienda a las convenciones y tratados que rigen las drogas ilegales”–, con la Comisión de la Ganja en Jamaica –partidaria de “que la comunidad internacional enmiende las convenciones debidamente” para conseguir una regulación diferente de la marihuana de cara a su posesión y consumo– (Jelsma 2008: 71-72), y con unas recomendaciones del Parlamento Europeo⁶, donde se recogen diversas cuestiones dignas de tener en cuenta.

El Parlamento Europeo reconoce el fracaso –pese a las políticas aplicadas hasta ahora–, en el ámbito internacional, europeo y nacional, respecto a la producción, con-

5. Además de las aportaciones realizadas por el Grupo minoritario del *Informe Stewart-Clark* (1986), pueden verse diversas opciones presentadas en el ámbito europeo recogidas, entre otros por J. L. De la Cuesta (1992).

6. Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre la estrategia europea en materia de lucha contra la droga (2005-2012) (2004/2221 [INI]) [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/ta/p6_ta\(2004\)0101_/p6_ta\(2004\)0101_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/ta/p6_ta(2004)0101_/p6_ta(2004)0101_es.pdf)

sumo y comercio de las sustancias denominadas estupefacientes, y propone la necesidad de que la Unión Europea “revise su estrategia general relativa a los estupefacientes” (*Considerando C*). De igual modo, considera básico que las políticas nacionales se basen en conocimientos científicos y no en impulsos emocionales (*Considerando J*), y propone que sobre la base de análisis y evaluaciones “se emprenda un proceso de revisión de las políticas relativas a los estupefacientes (...), dedicando especial atención a las políticas alternativas que ya hoy en día logran mejores resultados en muchos Estados miembros” (*Considerando K*). Por todo ello, el Parlamento, entre sus recomendaciones, opta por redefinir la cooperación europea en el ámbito de la política sobre drogas, basándose en “un enfoque científico y en el respeto de los derechos civiles y políticos, en la protección de la vida y de la salud de las personas” (*Recomendación a*), por “incidir más en los aspectos de la reducción de daños” (*Recomendación t*), por “definir y reforzar de forma exponencial la participación e implicación de los drogodependientes y de los consumidores”, además de otros agentes sociales en la resolución de los problemas relacionadas con las drogas (*Recomendación x*), y por la necesidad de realizar un estudio científico “sobre los costes y beneficios de las actuales políticas de control de las sustancias estupefacientes que incluya un análisis del cannabis y de sus derivados, lícitos e ilícitos, también con objeto de evaluar sus efectos, su potencial terapéutico, así como los resultados de las políticas de criminalización y de las posibles alternativas” (*Recomendación af*).

La constatación por parte de estas instituciones representativas del fracaso de la actual política prohibicionista –en los ámbitos internacional, europeo y nacional– de esta materia, y los criterios aportados para que, desde el respeto a los derechos civiles y políticos, se evalúe y se proceda a un análisis sobre los costes y beneficios de la política actual, en base a las evidencias científicas, no se caracteriza precisamente por el empleo de “generalizaciones injustificadas y soluciones simplistas” sino, más bien, por un intento de afrontar el fenómeno social de las drogas en base a conocimientos científicos y no en meros impulsos emocionales.

Tanto el documento del Parlamento Europeo como el Prefacio coinciden en la necesidad de evaluar la eficacia de las políticas en materia de este tipo de sustancias. Sin embargo, mientras que las Recomendaciones del Parlamento están abiertas a los diferentes aportes que pueden venir desde diferentes investigaciones, el Prefacio enmarca los cambios en un contexto donde “deberían alentar diferentes medios de *proteger a la sociedad contra las drogas*⁷, y no impulsar el objetivo diferente de abandonar esta protección”. Como recuerda Recasens (1996: 110), “el concepto de eficacia (relación entre los objetivos marcados y el resultado obtenido) no puede ser desvinculado del de eficiencia (relación entre los objetivos marcados y sus costes)”.

Muchos autores han remarcado los desproporcionados costes de la política prohibicionista entre otras materias, en el campo de la salud y del aumento de la población carcelaria. Solamente en uno de los ámbitos relacionados con la salud, –expansión del VIH– “la relación entre las políticas de drogas prohibicionistas y la propagación del SIDA ha sido casi ignorada por los economistas de las políticas convencionales” (Davies 1995: 103). El aumento de la población carcelaria, a juicio de Chomsky (1997:

7. El resaltado es nuestro.

23) es un efecto de la denominada *guerra a las drogas* que “tiene poco que ver con el control de las drogas y mucho que ver con el control de la población”.

Con el objetivo de luchar contra este tipo de sustancias, el gobierno federal de Estados Unidos gastaba anualmente, a principios del presente siglo, unos 20.000 millones de dólares⁸. De este presupuesto federal, más de dos terceras partes (69%) se destinaron a cuestiones relacionadas con las fuerzas de seguridad y la prohibición, mientras que menos de una tercera parte (31%) se invirtieron en tratamientos de desintoxicación y de prevención (Husak 2003).

Las personas consumidoras de sustancias denominadas estupefacientes y psicotrópicas resultan muy rentables, desde el punto de vista económico (porque es un grupo “potencialmente excluible y liquidable” desde el punto de vista sociocultural y también físico) y desde el ideológico (permite determinadas legitimaciones en la manera de gestionar la sociedad y sus conflictos) (Romaní 1999: 133).

Llegados a este punto, no está de más el preguntarse qué entiende el Director Ejecutivo de la UNODC *por proteger a la sociedad contra las drogas*, en un contexto donde “las drogas no son dañinas porque se fiscalicen, [sino que] se fiscalizan porque son dañinas”, o del *Dos veces “NO”*, como enfatiza en el penúltimo párrafo del prefacio: “ya no basta con decir: *no a las drogas*. Ahora debemos afirmar con la misma vehemencia: *no a la delincuencia*”. Desde esta perspectiva, conviene analizar más detalladamente el protagonismo adquirido por *la droga* en las políticas de seguridad pública y, por tanto, profundizar y distinguir entre la *seguridad* como un bien o interés público, y como un bien o interés privado. En el primer supuesto, es un deber fundamental de todo Estado garantizar, tutelar y desarrollar el ejercicio de derechos y libertades para todas las personas. En el segundo supuesto, en aras de la seguridad, existen tendencias a recortar la puesta en práctica de esos derechos y libertades.

El propio lenguaje empleado, profundamente enraizado en una política sobre drogas trasnochada, hace un desproporcionado hincapié en las sustancias y se representa en ellas la personificación del mal. La fuerza impetuosa –en eso consiste la vehemencia– con la que el sr. Costa dice que debemos afirmar *no a las drogas y no a la delincuencia*, parece más acorde con la manera de actuar de una persona vehementemente –quien obra de forma irreflexiva y dejándose llevar por los impulsos–, que con la responsabilidad propia de un Director Ejecutivo de una de las Oficinas de Naciones Unidas. Desde hace ya años, muchas prisiones están pobladas por personas vulnerables, condenadas como consecuencia de tipificaciones penales construidas al amparo de los convenios internacionales en materia de los denominados estupefacientes, por cuestiones de tan poca trascendencia como, por ejemplo, el mero consumo de las mismas. El fenómeno social de las drogas y el fenómeno social de la delincuencia, son dos realidades muy diferentes, aunque tienen puntos en común que, por la propia extensión de esta contribución, no podemos desarrollar⁹.

8. No se incluye la cantidad igual o superior que destinaron los gobiernos estatales y locales.

9. Para una mayor profundización en la cuestión, ver: OTERO LÓPEZ, J.M. (1996): *Droga y delincuencia. Concepto, medida y estado actual del conocimiento*. Madrid: Pirámide.

En el Estado español, la *Fundación de Ayuda a la Drogadicción (FAD)*, caracterizada –entre otras cuestiones– por la realización de fuertes campañas en medios de comunicación donde se repetía hasta la saciedad el “*Di NO a la droga*”, recientemente ha aportado su visión sobre *Problemas de Drogas aquí y ahora* (FAD 2009) donde aparca su característico “*Di NO*” por un discurso más racional. A la vez que nos congratulamos sinceramente de este cambio, echamos en falta una autocrítica de la labor desarrollada hasta tiempos recientes. De igual modo que la FAD ha evolucionado en la racionalidad de su discurso, sería deseable que desde Naciones Unidas, dieran también un salto cualitativo en esa dirección.

Como hemos señalado, en el primer apartado hace mención a la pregunta *¿de qué trata el debate sobre la despenalización?*, donde se esbozan los “distintos argumentos” a favor de poner fin al control de las políticas de drogas en base a *argumentos* económicos, de salud, de seguridad, y una combinación de los tres. Nuevamente el título de este apartado no hace justicia con el contenido del mismo porque el debate sobre la despenalización, es mucho más amplio que el intento de poner fin a la fiscalización de estas sustancias o, como recoge en el párrafo siguiente, a la legalización de las drogas. Una cuestión es la *despenalización*, es decir, la no utilización del derecho penal en el ámbito de una política de drogas y otra, muy diferente, el poner fin al control de las mismas. El debate sobre la *despenalización* abarca no sólo cuestiones relacionadas con políticas radicalmente distintas a la actual sino que también, dentro del propio prohibicionismo, hay partidarios de despenalizar determinadas conductas relacionadas, por ejemplo, con consumos de estas sustancias. No estaría de más que antes de emplear esta terminología, se especificara su significado porque, por ejemplo, cuando se menciona el término *legalización* unido a *la droga* o a *las drogas*, –recurso utilizado varias veces por el sr. Costa–, la carga emocional e ideológica contamina cualquier intento serio de debate racional.

Aunque no se trata de dar una respuesta pormenorizada a cada una de las afirmaciones realizadas por el Director Ejecutivo de la UNODC, no obstante creemos oportuno reflexionar en voz alta sobre el contenido de este texto y, también, ponerlo en el contexto de otras aseveraciones realizadas por esta misma persona para poder observar algunos de los parámetros empleados por la UNODC en materia de estas sustancias. Hace algo más de diez años, en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS) sobre el problema mundial de las drogas –caracterizado por el lema “*Un mundo sin drogas, ¡podemos hacerlo!*”–, el sr. Costa realizó una declaración política donde instaba a “eliminar o reducir considerablemente el cultivo ilícito de arbusto de coca, la planta de cannabis y la adormidera para el año 2008”. Transcurrido ese plazo, ha reconocido que “en el mejor de los casos, se había contenido y que algunos de los objetivos más ambiciosos marcados en la UNGASS de 1998 siguen siendo difíciles de alcanzar”. De igual modo, ha señalado que “el actual estado de las cosas tenía consecuencias indeseadas y se traducía en demasiada delincuencia y demasiado dinero de las drogas blanqueado en todo el mundo; demasiadas personas en la cárcel y demasiado pocas en los servicios sanitarios; muy pocos recursos para prevención, tratamiento y rehabilitación; demasiada erradicación de cultivos e insuficiente erradicación de la pobreza” (Blickman 2008). También aquí, volvemos a echar de menos una autocrítica de los diversos organismos de Naciones Unidas sobre todas estas cuestiones.

Desde algunos sectores de personas que llevamos varias décadas dedicados al análisis del fenómeno social de las drogas, hemos repetido hasta la saciedad algunas cuestiones por las cuales discrepamos seriamente del enfoque del sr. Costa:

- a) las drogas han existido, existen y van a seguir existiendo (no van a desaparecer);
- b) históricamente, se han realizado diversos usos y consumos de estas sustancias (gastronómicos, religiosos, creativos y artísticos, industriales, terapéuticos, lúdicos,...) (Arana y Germán 2005);
- c) usar drogas no implica necesariamente problemas (Comas 1985), más bien, determinados consumos suponen riesgos que, algunos sectores de la sociedad desean experimentarlos (no sólo las personas jóvenes);
- d) estas sustancias no son dañinas de por sí (dependiendo de la cantidad, del uso que se haga, de la situación de la persona consumidora y del contexto en el que se consuma, pueden tener efectos beneficiosos o perjudiciales);
- e) en la práctica, la prohibición del cultivo, fabricación, consumo o venta de sustancias, no es un impedimento determinante para un sector importante de personas consumidoras con recursos económicos;
- f) no se trata de decir *NO a la Droga* sino, más bien, tenemos que aprender a convivir en una sociedad con drogas;
- g) actualmente, en un mismo país, conviven diferentes políticas en materia de drogas, desde las más permisivas (a veces promocionadas por los propios gobiernos –café, tabaco, alcohol,...–), a otras más limitadas (prescripción de fármacos), y, finalmente, las más restrictivas (sustancias denominadas estupefacientes y psicotrópicas);
- h) la mayor o menor dureza de las políticas de drogas no tiene una relación directa con los efectos más o menos nocivos de determinadas sustancias sino, sobre todo, con cuestiones económicas, políticas e ideológicas;
- i) en las políticas sobre el fenómeno social de las drogas, es necesario distinguir entre efectos primarios (consecuencias de los consumos) y efectos secundarios (consecuencias de las políticas) (Baratta 1989);
- j) desde el conocimiento científico actual, los motivos por los que se introdujeron la hoja de coca y el cáñamo, en los diversos Convenios Internacionales en materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, no disponen de base suficiente (Scheerer 2003);
- k) las políticas en materia de drogas deben basarse en el respeto a los Derechos Humanos (Jelsma 2008) y en la profundización en los derechos y libertades propios del Estado social y democrático de Derecho;

Por todo ello, *ni decimos no a la droga, ni estamos contra la droga, ni creemos que hay que proteger a la sociedad contra las drogas*. Esta filosofía y su correspondiente marco de actuación es parte de lo que Romani (1999: 133) considera un “conjunto de prácticas e ideologías” donde actualmente se sitúa la política prohibicionista. Unas prácticas que favorecen el desarrollo de líneas económico-sociales tendentes a consolidar el actual desequilibrio de fuerzas en el mundo (acumulación de excedentes

por parte de unos pocos países del Norte, dependencia de la mayoría de los Estados del Sur, de los primeros en materia de mercado, tecnología, etc). Una ideología, en torno al *discurso sobre la droga*, donde se construye un tipo de legitimaciones que “han logrado crear un gran consenso de distintos grupos sociales alrededor de aquellos que se han visto favorecidos por dichas prácticas. Prácticas de explotación económica y social, de dominación política, de depredación ecológica, etc., a través de las que, en resumen, han logrado y/o mantenido unas situaciones de privilegio dentro del actual sistema mundial.

Poner fin a la actual fiscalización –en clave prohibicionista– de estas sustancias, no es equiparable a dejar sin control este fenómeno complejo. Diferentes autores¹⁰, de tendencias ideológicas muy diversas –a veces contradictorias– han coincidido en la crítica a la actual política sobre drogas, ello no quiere decir que necesariamente tengan una propuesta alternativa común. Si todas estas personas han señalado –como el propio Parlamento Europeo y otras instituciones de reconocimiento internacional (Beckley Foundation,...)– el fracaso de esa política, quizás, el *error colosal* sea continuar con un tipo de control de estas sustancias, sin haber aprovechado las evidencias científicas y la evaluación continua –donde tomen parte todas las partes implicadas, también quien consume–, para llevar a cabo una regulación diferente a la actual, donde los aspectos preventivos, de salud, de reducción de daños, de respeto a los derechos y libertades de las personas, sean las bases de las políticas a poner en práctica. Por tanto, no se trata de dejar de controlar los cultivos, fabricaciones, consumos, ventas, etc., de las mismas, sino más bien, de generar –desde las experiencias ya existentes en materia de otras drogas (café, alcohol, tabaco, fármacos,...), y desde otras que se pueden explorar– otras maneras de regulación donde el derecho penal deje de tener el protagonismo predominante que actualmente tiene, y se reduzca realmente a la *ultima ratio*.

En pleno siglo XXI, ya no basta con la realización de un debate enmarcado en la *necesidad de proteger a la sociedad contra las drogas*, donde se pongan en práctica cambios para que nada cambie. Es necesario ir mucho más allá: evaluar y proponer políticas en materia de drogas, en base a las evidencias científicas y a la protección de los derechos y libertades de todas las personas, incluidas las personas consumidoras de ese tipo de sustancias.

El texto elaborado por el sr. Costa, Director Ejecutivo de la *Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*, más que un prefacio, entendido como *prólogo* o *introducción*, es un prefacio en el otro de los sentidos de término, es decir, como parte de un ritual religioso que precede al canon, en este caso, de una política prohibicionista, donde los dogmas están sustentados en creencias actualmente obsoletas en virtud de las evidencias empíricas.

10. Entre otros, Alessandro Baratta, Giusto Catania, Nils Christie, Rosa Del Olmo, José Luis Díez Ripollés, Antonio Escohotado, Milton Friedman, Gabriel García Márquez, Louk Hulsman, Thomas Szasz, (Arana 2005).

BIBLIOGRAFÍA

- ARANA, X. (2005): "Cannabis: Normalización y legislación". *Eguzkilore* 19, 121-128.
- ARANA, X.; GERMÁN, I. (2005): *Documento técnico para un debate social sobre el uso normalizado del cannabis*. Vitoria – Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- BARATTA, A. (1989): "Introducción a una sociología de la droga. Problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias". En *Estudios Penales, en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*. Universidad de Santiago de Compostela, 73-93.
- BERISTAIN, A. (1987): "Pro y contra de la legalización de las drogas". En *Actualidad Penal* 41, 1937-1942.
- BLICKMAN, T. (2008): "El TNI y la UNGASS. De la tolerancia cero a la reducción del daño". En *10 años del programa Drogas y Democracia del TNI*. P. Boeder (Ed.). Países Bajos: TNI, 26-39.
- BROCHU, S.; ZAMBRANA, C. (2005): "Globalización económica y drogas". *Eguzkilore* 19, 7-22.
- BRU DE SALA, X. (2001): "Drogas y confusión social". En *Gestionando las drogas. Conferencia de consenso sobre reducción de daños relacionados con las drogas: Cooperación e interdisciplinariedad*. AA.VV. Barcelona: Grup Igia, 19-32.
- CHOMSKY, N. (1996): *El nuevo orden mundial (y el viejo)*. Barcelona: Crítica.
- CHOMSKY, N. (1997): *Mantener la chusma a raya*. 3ª Ed. A. Ormaetxea (Trad.). Lizarra: Txalaparta.
- COMAS, D. (1985): *El uso de drogas en la juventud*. Barcelona: Instituto de la Juventud, Ministerio de Cultura.
- CUESTA, J.L. de la (1992): "Drogas y política criminal en el derecho penal europeo". En *Delitos contra la salud pública. Consejo General del Poder Judicial* 21. 9-53.
- DAVIES, S. (1995): "Ley Internacional ¿la solución final?". En *La reducción de daños relacionados con las drogas*. O'Hare, P.A. Newcombe, R. et al. Barcelona: Grup Igia. 95-105.
- ESCOHOTADO, A. (2000): *Historia elemental de las drogas*. Barcelona: Anagrama.
- FAD (2009): *Problemas de drogas. Aquí y ahora*. Madrid: FAD.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, C. (1991): "Legislación simbólica y administrativización del derecho penal: la penalización del consumo de drogas". *Jueces para la Democracia* 14, 22-26.
- HUSAK, D.K. (2003): *¡Legalización ya!: Argumentos a favor de la despenalización de las drogas*. Madrid: Foca Ediciones.
- JELSMA, M. (2008): "Mirando hacia delante. Drogas y Democracia: retos para el futuro". En *10 años del programa Drogas y Democracia del TNI*. P. Boeder (Ed.). Países Bajos: TNI, 60-73.
- LANDROVE DÍAZ, G. (1989): "La contrarreforma de 1988 en materia de tráfico de drogas". En *Criminología y Derecho penal al Servicio de la Persona (Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain)*. Donostia-San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología. 749-761.
- MICHAELS, R. J. (1991): "El mercado de la heroína antes y después de la legalización". En *Tráfico y Consumo de drogas (Consecuencias de su control por el Gobierno)*. Hamowy, R. (Ed.). Madrid: Unión Editorial, 325-367.

- MUÑAGORRI, I. (Dir.) (2008): *III Symposium Internacional sobre Reducción de Riesgos: Los legados de la Convención de N.U. (Viena 1988) y de la Asamblea General de N.U. sobre drogas (New York 1998)*. Donostia: UPV-EHU.
- NEUMAN, E. (1991): *La legalización de las drogas*. Buenos Aires: Depalma.
- OTERO LÓPEZ, J.M. (1996): *Droga y delincuencia. Concepto, medida y estado actual del conocimiento*. Madrid: Pirámide.
- RECASENS, A. (1996): "Soberanía, aparato policial e integración europea". En *Soberanía: un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*. R. BERGALLI, E. RESTA (Comp.). Barcelona: Paidós, 91-112.
- ROMANÍ, O. (1999): *Las drogas: sueños y razones*. Barcelona: Ariel.
- SCHEERER, S. (2003): "Prohibición de las drogas en las sociedades abiertas". En *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*. Arana, X.; Husak, D.; Scheerer, S. (Coord.). Madrid: Dykinson, 53-65.
- USÓ, J.C. (1996): *Drogas y cultura de masas (España 1855-1995)*. Madrid: Taurus.

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
99 - 115

LA GLOBALIZACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO

Fernando BERMEJO MARCOS

*Licenciado en Psicología
Máster en Criminología*

*Dedicado a D. Antonio Beristain,
maestro de la Criminología y de la Vida*

APARENTES VICTORIAS EN UNA LUCHA SUBTERRÁNEA

Una parte importante de los conocimientos que la mayoría de la gente tiene sobre el crimen organizado se sustenta en representaciones sociales cimentadas por dos grandes vías de conocimiento: los medios de comunicación y el denominado “género negro” de la literatura y el cine. Los medios de comunicación nos transmiten generalmente noticias sobre exitosas operaciones policiales, detenciones, decomisos grandes cantidades de droga... también sentencias condenatorias. Por su parte, la literatura y el cine policíacos generan, con frecuencia, una imagen idealizada o épica de estos peligrosos criminales, hasta el punto de que en Japón los Yakuza producen muchas películas que los ensalzan. Parece que la sociedad está derrotando a las grandes organizaciones criminales. Pero la realidad parece ser más bien otra... Tal y como subraya en su atinado análisis Jean-François Gayraud, las principales mafias son cada vez más poderosas aunque, gustan de operar herméticamente, amparados en perfiles de baja intensidad aunque, en ocasiones, sus líderes más megalomaniacos se desgastan en guerras abiertas contra los gobiernos, como sucedió en la década de 1990 con el boss de los corleonesi Totó Riina en Italia y en la actualidad está sucediendo con el Cártel de Juárez en México.

Sigmund Freud consideraba que la psique humana era como un iceberg en el que la parte consciente era todo lo que vemos, lo que aflora sobre el agua y parece mucho pero no es sino una pequeña parte del total permaneciendo fuera de nuestra percepción la parte más amplia, el inconsciente. Aplicando esta metáfora al orden social, bien podríamos señalar que de las organizaciones criminales sólo conocemos la parte más evidente, las detenciones policiales, los procesos penales, los decomisos

o la liberación de grupos de esclavas sexuales (que en ocasiones son victimizadas secundariamente con la repatriación). Como apunta Gayraud¹ este reflejo mediático de las mafias nos hace pensar que los gobiernos las están derrotando cuando la realidad es que, como en el iceberg freudiano, sólo vemos la minúscula punta de su masa. Paradójicamente el crimen organizado es cada día más poderoso económicamente. Su entrada en las economías 'lícitas' mediante el blanqueo de capitales les ha permitido, seguramente, convertirse en los modelos empresariales más perfectos del sistema capitalista, su culminación²: máquinas implacables de producir dinero exprimiendo un planeta depauperado y deshumanizado por las crecientes diferencias en la distribución de la riqueza.

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DEL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

La experta Alison Jamieson propone un modelo evolutivo del crimen organizado en el que destaca los siguientes estadíos:

- Colaboración entre grupos de una misma etnia que operan en distintos países. Las migraciones acaecidas masivamente a partir del siglo XX desde países pobres hacia países ricos donde prosperar han permitido la creación de diásporas de una misma nacionalidad en diferentes enclaves del planeta. Así, podemos encontrar, por ejemplo, comunidades chinas en los 5 continentes. Estas comunidades sirven de cobijo a células de bandas que se establecen entre ellas, las extorsionan y se convierten en bases desde las que introducir personas o productos ilícitos.
- Colaboración entre un grupo étnico comprador y otro vendedor, como sucede en el tráfico de drogas; los compradores italianos contactan con los cárteles colombianos o mexicanos o la maffiya turca y se reúnen en un territorio neutral para negociar las condiciones del tráfico. De igual manera sucede con la trata de personas, la venta de drogas... se negocia entre distintas organizaciones, compradora y vendedora.
- Colaboración puntual entre distintas organizaciones criminales para establecer acuerdos de cooperación. En situaciones concretas, ambos grupos colaboran simbióticamente por un bien común, como las familias de Nueva York y los grupos corsos en la *French Connection*.
- Globalización del crimen organizado: los distintos grupos se reparten sus áreas de influencia en el planeta y establecen marcos estables de colaboración.

Así, en sus orígenes, las bandas dedicadas al crimen organizado ejercían una influencia local, dedicándose principalmente al control de un territorio –una ciudad, un barrio o una comarca– sobre el que ejercían su extorsión sobre los comerciantes y el desarrollo de negocios mal considerados por la sociedad como la prostitución, el

1. Gayraud (2007: 26 y 55).

2. Riera (2008: 86) compara a las mafias rusas, adaptadas al sistema capitalista, con las multinacionales.

juego o las drogas. Los clanes de la Camorra operaban en Nápoles y alrededores, los Yakuza en ciudades concretas de Japón...

A finales del siglo XIX el crimen organizado comienza a exportarse a otros continentes³. Las Triadas han desarrollado una actividad internacional, controlando los *Chinatown*s expandidos por diversos países del mundo, donde encontraban refugio y beneficios generados por la extorsión. Y desde Italia comenzó la colonización de las grandes ciudades de la Costa Este de los Estados Unidos (extendiéndose progresivamente por todo el país) principalmente por miembros de Cosa Nostra pero también de la Camorra y la 'Ndrangheta. Las relaciones entre los grupos de ambos continentes siempre serán fluidas hasta el punto de facilitar el desembarco aliado en Sicilia en 1943 durante la 2ª Guerra Mundial, como resultado de un pacto entre Lucky Luciano y el gobierno estadounidense⁴. Pero eso, las diversas colaboraciones entre gobiernos y mafias, ya es otra historia que merece un artículo propio...

Ya en la segunda mitad del siglo XX aparecen conexiones entre diversos grupos del crimen organizado que colaboran en el establecimiento de redes de tráfico, primero de droga y tabaco y posteriormente de armas, de personas... de todo aquello que proporcione importantes beneficios. Desde la década de 1950 hasta su desmantelamiento en 1972 funcionaba la *French Connection*, que importaba opio desde Turquía, lo convertía en heroína en Francia y la distribuía en Estados Unidos y Canadá. En esta trama estaban implicados mafiosos corsos y norteamericanos. Posteriormente los corsos fueron reemplazados por los traficantes italianos Pietro Vernengo y Gaspare Mutolo, el turco Yasar Mussullulu y el chino Koh Bak Kin junto con la familia siciliana de los Badalamenti, los Bonnano de Nueva York y el clan napolitano de los Bardellino. Entre 1975 y 1985 organizaron la *Pizza Connection* exportando 700 kilos de heroína tailandesa a EEUU, con bases operativas en España y Brasil, realizando operaciones en 8 países y a través de 52 bancos, blanqueando los beneficios en Suiza y el Caribe, principalmente. De esta manera, hacia 1982 Cosa Nostra controlaba la distribución de cerca del 80% de toda la heroína consumida en el nordeste de los Estados Unidos⁵.

Hasta mediados de la década de 1980 estaríamos hablando de pactos coyunturales entre organizaciones criminales que comparten intereses comunes, se dedican a los mismos negocios de tráfico de drogas, de personas, de armas... a la extorsión de empresarios y al blanqueo de dinero. Para Jamieson⁶, el salto a la globalización mediante alianzas estratégicas y pactos estables se produce a partir de la segunda mitad de la citada década. El primer caso probado se produciría en 1988 en Aruba durante la celebración de una cumbre entre representantes del Cartel de Medellín y de la Cosa Nostra siciliana para el envío de 565 kilos de cocaína a Castellamare, señalándose que sería el primero de una serie de envíos con el fin de que Cosa Nostra obtenga el monopolio del tráfico de cocaína en Europa Occidental. Ese mismo año

3. Dickie (2008: 221-222) y Gayraud (2007: 164-167).

4. Gayraud (2007: 173-178).

5. Dickie (2008: 381-384).

6. Jamieson (1998: 2-6).

se producía un acuerdo similar entre colombianos y rusos. En 1991 se produjeron nuevos contactos en Varsovia entre rusos y representantes de Cosa Nostra, Camorra y 'Ndrangheta. Las reuniones continuaron en Moscú para establecer una red de distribución de drogas y venta de material nuclear. Ese mismo año en Praga se produjo un encuentro secreto entre italianos y CIS para proteger nuevas rutas de droga por Europa central y oriental y en 1993 en Berlín: rusos e italianos se repartían mercados en Alemania y Europa septentrional. Ya en noviembre de 1994 se producía el encuentro en Beaune (Francia) entre representantes de la familia Gambino, de Nueva York, y *bosses* japoneses, colombianos, rusos y chinos para repartirse el tráfico de drogas, prostitución y extorsión en Europa occidental, compartir medios y evitar que las rutas fueran saturadas.

Posteriormente, en 1992, la *Duomo Connection* asociaba a las familias Flachi, Trovato, Papalia, Sergi, Morabito y Pavigliatini, de la 'Ndrangheta, y a los clanes de Carollo, Fidanziati y Ciulla de Cosa Nostra siciliana con la finalidad de comprar cocaína de Argentina y heroína de Turquía, y armas para la Camorra, blanqueando beneficios en bancos suizos y en negocios hoteleros en Milán.

En la cumbre mafiosa celebrada en Las Vegas los días 6 y 7 de octubre de 1995⁷ se reunieron varias familias de Cosa Nostra norteamericana y representantes de la Yakuza y las Triadas para negociar la cooperación y la distribución de actividades, permitiendo el tráfico de heroína a las organizaciones asiáticas. Meses después, el 11 de febrero de 1996, tuvo lugar en Fairview (New Jersey), la denominada Cumbre de Troika entre familias estadounidenses con representantes de las bandas rusas Solontsevskaya y Dolgoprudnaya sobre cooperación en tráfico de heroína.

A comienzos del siglo XXI Cosa Nostra y la Camorra cooperan en el tráfico de cocaína y heroína en Europa conforme a un acuerdo por el que se repartían los mercados de venta: Cosa Nostra controla la ruta de heroína a Estados Unidos y deja en manos de la Camorra el apoyo logístico, distribución y explotación de las rutas europeas. En cuanto a la cocaína, Cosa Nostra y la Camorra comparten negocios con los productores colombianos.

Los inmensos beneficios generados por el tráfico de droga y su posterior blanqueo les han permitido construir imperios que combinan economías lícitas e ilícitas cuyos capitales superan el producto Interior Bruto de muchos países. Disponen de ingentes sumas de dinero para corromper cualquier obstáculo o adquirir sofisticadas herramientas tecnológicas. Además, la naturaleza transnacional de sus operaciones criminales, que se originan en un país, cruzan varios y desembocan en otro, con infractores de distintas nacionalidades, dificultan el trabajo de los jueces, fiscales y policías, con jurisdicción nacional.

Para afrontar esta amenaza es preciso encontrar fórmulas de colaboración internacional y acabar con la impunidad que estas organizaciones encuentran en diversos Estados corruptos que se benefician de este tipo de criminalidad a la que amparan: narcoestados, paraísos fiscales...

7. Frattini (2002: 312-315, 353).

FACTORES QUE FAVORECEN LA GLOBALIZACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO

El fenómeno socio-económico y político denominado globalización ha favorecido no sólo la liberalización de los mercados sino que, añadidamente, ha propiciado el auge de la criminalidad transnacional. Son varios los factores que han propiciado la emergencia de estos nuevos poderes criminales⁸:

- Desarrollo de los medios de comunicación internacionales, especialmente Internet, que permite contactar, negociar o transmitir información o capitales instantáneamente de cualquier un lugar del mundo a otro. Estos adelantos tecnológicos facilitan muy diversas formas de criminalidad: negocios de pornografía infantil, fraudes bancarios, juego ilegal...
- Crecimiento del comercio internacional y de las transacciones bancarias internacionales. Cada día se producen en el mundo millares de órdenes bancarias internacionales lo que propicia fraudes y robos así como enmascara y facilita las operaciones de lavado de dinero pues entre tanto volumen es difícil controlar todos los movimientos.
- Como en el caso anterior, las facilidades en el transporte internacional y el gran volumen de movimientos hacen difícil controlar todos los envíos. Así mismo el mayor aperturismo fronterizo –facilitado en la Unión Europea por el Tratado de Schengen–, permite circular más rápida y libremente muchas mercancías (drogas, armas, personas...).
- Actualmente el tráfico de drogas constituye el principal negocio mundial. Los países ricos solicitan⁹ estas sustancias que son cultivadas en países pobres y refinadas y distribuidas por grupos criminales organizados. El narcotráfico genera beneficios de miles de millones de euros que se reparten entre productores e intermediarios. Algunos países como Afganistán o Birmania se convierten en narcoestados donde los engranajes del poder se destinan no a combatir a las organizaciones criminales sino a apoyarlas dentro de un orden corrupto.
- La caída de los regímenes comunistas en Europa oriental produjo una situación anómica en la que estas sociedades debieron reajustarse muy bruscamente, pasando de un régimen colectivista al individualismo y a la adopción de un modelo extremo de economía de libre mercado que ofrecía un terreno propicio para la delincuencia económica, el fraude y el lavado de dinero. La reforma estructural propició la conversión de Rusia en una ‘cleptocracia’ que pervivió durante años...

Gracias a los factores citados, en la era de la globalización –tras el final de la Guerra fría– la actividad criminal internacional se ha incrementado considerablemente convirtiéndose en una amenaza a nivel mundial. Proliferan las mafias que por

8. Finckenauer y Ko-lin Chin (2007: 1); Jamieson (1998).

9. A principios de la década de 1990 los estadounidenses gastaban 110.000 millones de dólares anuales en drogas.

medio de poderosas alianzas operan conjuntamente implicándose en complejas actividades ilícitas, moviendo capitales de un país a otro con gran rapidez, con un volumen superior a las economías combinadas de varios Estados, y que pueden recurrir para lograr sus objetivos tanto a la tentadora corrupción, comprando jueces, policías, políticos... o a la violencia para eliminar a los incorruptibles¹⁰.

ACTIVIDADES GLOBALIZADAS

Como acabamos de apuntar, este proceso de globalización actual ha sido el caldo de cultivo que ha permitido un desarrollo sin precedentes de la criminalidad organizada que se ha infiltrado en el sistema capitalista para perfeccionar hasta el límite sus defectos. Partiendo de una marginalidad social oscura, los principales *bosses* han avanzado por atajos socio-económicos –como ‘Innovador’ de la clásica tipología de Merton– hasta convertirse, en cierto sentido en el centro paradigmático del sistema¹¹. Tal y como advierte Riera¹², los antiguos jefes de la *Organizatsya* ya no son los férreos criminales que forjaron su carrera en la calle y en las prisiones, donde obtuvieron su rango imponiéndose a los otros presos; en los tiempos modernos estos líderes proceden de las universidades y las clases acomodadas, que compran su ‘coronación’ o status de ladrón de código sin sufrir las penalidades de los viejos jefes. Inmersos en el proceso de globalización, estos grupos han diversificado notablemente sus actividades; si a lo largo de buena parte del siglo XX la criminalidad organizada transnacional se refería principalmente al narcotráfico, en las últimas décadas se aprecia el auge de nuevos y lucrativos negocios ilícitos que se extienden a escala planetaria:

- *Tráfico de drogas*: Hasta fechas recientes, el negocio más lucrativo del planeta. Según el *World Drug Report* de Naciones Unidas para 2005 el narcotráfico suponía unos beneficios de 12.800 millones de dólares a nivel de producción, 94.000 millones en el mercado mayorista y 321.600 millones en la venta al pormenor¹³.
- *Tráfico de armas y material nuclear*: negocio multimillonario que provee de un armamento devastador a Estados y organizaciones de forma descontrolada
- *Tráfico de inmigrantes irregulares*: Considerado, en cuanto a volumen de beneficios, el tercer negocio más rentable tras el tráfico de armas y el de drogas, pues se estima que genera entre 8.500 y 12.000 millones de euros anuales¹⁴. Según Naciones Unidas, más de 2,5 millones de personas procedentes

10. Dickie (2008: 404 y ss.). Como en Sicilia el periodista Mauro di Mauro (1970), el general Dalla Chiesa (1982) o los jueces Falcone (1992) y Borsellino (1992), o en Campania el padre Peppino Diana, sacerdote asesinado en 1994 por el clan de los Casalesi.

11. Como destacan Gayraud (2007: 17 y 20) o Saviano (2007: 59-60).

12. Riera (2008: 65).

13. Centaro (2006: 19).

14. Europol (2004: 12). Hacia el año 2000 las triadas chinas ganaban 2'5 mil millones de dólares anuales sólo con esta moderna trata humana.

de 127 países han sido trasladadas a más de un centenar de Estados con fines de explotación sexual o laboral, matrimonios forzados, mendicidad infantil o para venta de órganos.

- *Tráfico de mujeres y niños*: La OIT estimaba que a comienzos del siglo XXI más de 12 millones de personas son esclavizadas, obligados a trabajar en condiciones de explotación. Según el Departamento de Estado norteamericano, cada año unas 700.000 personas (incluyendo a muchas mujeres y niños) son obligadas a trabajar en otro país en condiciones de esclavitud¹⁵.
- *Blanqueo de dinero*: Sienta las bases de la criminalidad globalizada puesto que crea una autopista de transacciones y desarrolla redes de colaboración entre distintos grupos criminales.
- *Tratamiento de residuos*: Resulta destacable el riguroso directo y descarnado análisis que realiza Roberto Saviano¹⁶ sobre el lucrativo tratamiento de los residuos tóxicos realizado por la Camorra campana.

UNA REVISIÓN DE LOS PRINCIPALES GRUPOS CRIMINALES

Pero... hemos comenzado a tratar el fenómeno mafioso sin haberlo antes definido. Antes de profundizar en cada una de estas temibles organizaciones intentaremos identificarlas globalmente en base a una definición propuesta por Jean François Gayraud¹⁷ que recoge sus principales elementos: “Una mafia es una sociedad secreta y fraternal, de carácter criminal, basada en la obediencia y respaldada por una mitología, que practica un reclutamiento étnico, controla un territorio y domina a las demás especies criminales”. Sus principales rasgos serían el control de un territorio, la capacidad de orden y dominio, su estructura jerárquica basada en la obediencia, la etnicidad y la diversidad de sus actividades criminales. A continuación realizaremos un breve recorrido sobre las que consideramos los *holdings* criminales más poderosos, atendiendo principalmente a su estructura y actividades transnacionales.

COSA NOSTRA (SICILIA)

También conocida como la *Honorata Società* y sus miembros ‘hombres de honor’. Compuesta por unos 5.200 afiliados integrados en unas 100 “familias”, unas 70 en la Provincia de Palermo¹⁸.

15. Finckenauey y Ko-lin Chin (2007: 10).

16. Saviano (2007: 304-325) destaca que los clanes camorristas se han convertido desde los años 1990 en “los líderes continentales del vertido de residuos”. El clan casertano de los Mazzoni habría facturado unos 44.000 millones de euros en 4 años por verter residuos tóxicos en la zona de Caserta.

17. Gayraud (2007: 339). Son muchas las definiciones que podríamos haber empleado en este artículo pero ésta es la que nos ha resultado más operativa.

18. Gayraud (2007: 87) y Violante (1997) mientras que según Raufer (2002) 170 familias, unas 100 en Palermo.

La unidad básica de estos grupos es la familia o *Cosca*¹⁹, de tamaño variable, pudiendo oscilar entre la decena y el centenar de miembros. Cada familia controla un barrio o un municipio. Su organización es piramidal encontrándose en su base los soldados o *soldati*, agrupados en grupos de 10 o *decina* y dirigidos por un *Capodecina*. Al frente de la familia se encuentra el *Capo* o *Rappresentante*, auxiliado por un consejero –*Consigliere*– y un *Vicecapo* o subdirector adjunto.

Las familias a su vez se agrupan en *Mandamenti*, cada uno dirigido por un *Capomandamento* durante un periodo de 3 años. Los *Mandamenti* pueden a su vez agruparse en Comisiones Provinciales. La Comisión Interprovincial o *Regione*, compuesta por las familias de Palermo y sus alrededores, controla a todos. Los miembros de la *Regione* eligen a los *Capomandamenti* y tratan de mediar en los conflictos entre familias para evitar sangrientas guerras o *faide*. Cosa Nostra, en palabras de Violante²⁰ es una organización “ampliamente arraigada en la sociedad, está dotada de una organización paramilitar y posee ilimitados recursos financieros. Controla de forma absoluta el territorio en el que opera. Su fuerza está determinada por su relación con la política. La regla fundamental es el utilitarismo (...) Cosa Nostra es un estado dentro del estado y actúa como un elemento subversivo armado”.

En la actualidad, Cosa Nostra siciliana está presente en Europa (Alemania, Bélgica, Chequia, España, Gran Bretaña, Rusia...), América (Antillas Holandesas, Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, Panamá, Uruguay, Venezuela...) y África (Sudáfrica y Angola) y mantiene sólidos contactos con Cosa Nostra de Estados Unidos, Camorra, ‘Ndrangheta, mafias rusas...

La familia Cuntrera Caruana constituye un magnífico ejemplo de globalización criminal. Originarios de Sicilia, algunos miembros emigraron principalmente a Canadá, pero también a Alemania, Gran Bretaña, Venezuela y Brasil. Implicados en tráfico de heroína, en la *French Connection* hasta los años 1970 y posteriormente en la *Pizza Connection*. Blanqueaban sus pingües beneficios en el Caribe y Venezuela. Entre 1991 y 1994 traficaban con cocaína en cooperación con familias de ‘Ndrangheta introduciendo en Italia 11 toneladas suministrada por el cartel de Cali. También exportan toneladas de cocaína colombiana a Canadá con la colaboración del clan de Vito Rizzuto, de Montreal. Construyeron un imperio económico en Venezuela y Canadá, valorado en más de 500 millones de dólares siendo bautizados por la prensa como los ‘Rothschild de la Mafia’ o los ‘banqueros de Cosa Nostra’.

CAMORRA (CAMPANIA)

En la década de 1990 se componía de unos 6.800 miembros²¹ agrupados en 111 familias, 25 de ellas en Nápoles y el resto en las provincias de Salerno, Caserta, en Benevento y en Avellino. Coloquialmente se reconocen como el *Sistema*.

19. Gayraud (2007: 82-84).

20. Violante (1997).

21. Violante (1997).

Estos numerosos clanes camorristas, cada uno dirigido por un *caporegime*, carecen de una estructura piramidal, de vértices provinciales o regionales constituyendo una miríada de telas del gran mosaico criminal. Frente a esta fragmentación y para reforzar su poder y su supervivencia, los clanes camorristas tienden a agruparse en coaliciones –que se unen y separan con gran facilidad– o a buscar alianzas fuera de Nápoles, en Sicilia. Surgen así la *Nuova Famiglia*, la Alianza de Secondigliano, la Nueva Camorra Campana... y los pactos con Cosa Nostra. Tienden a enfrentarse en endémicos conflictos sangrientos por la hegemonía de su territorio local. Entre 1970 y comienzos de los años ochenta, la *Nuova Camorra Organizzata* de Raffaele Cutolo²² intentó agrupar a todos los clanes sin éxito.

A partir de la década de 1970 amasaron grandes fortunas con el narcotráfico (heroína, cocaína y hachís) a gran escala gracias a alianzas con mafiosos sicilianos, cárteles colombianos, bandas corso-marsellesas... Destacaban por la importación de heroína a Europa a través de la ruta de los Balcanes. Más recientemente, también implicados en tráfico de armas y material nuclear comprado a mafias rusas (desmantelada una red de tráfico de uranio en 1998), tráfico de personas y falsificaciones de productos valiosos de marca y tratamiento de residuos tóxicos²³.

Opera en Europa (Albania, Alemania, España, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Montenegro, Países Bajos, Rumanía, Rusia, Suiza...), América (Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Cuba, Estados Unidos, Uruguay, Venezuela...), Asia (China) y Australia²⁴.

‘NDRANGHETA (CALABRIA)

También conocida como *Cosa Nuova calabresa* o la *Fibbia*. Hacia 1995 estaba compuesta de unos 6.000 miembros agrupados en 150 familias o células, más de la mitad en Reggio Calabria²⁵. Se la considera la organización criminal más violenta y feroz de Italia. Son discretos, no gustan de la ostentación y están mejor organizados que los demás grupos italianos, alcanzando una mayor penetración tanto a nivel nacional como internacional²⁶.

Es una organización basada en clanes o ‘*ndrine*²⁷, dirigida cada una por su patriarca o *Capobastone*. Tradicionalmente carecían de una estructura piramidal funcionando como un conjunto de bandas autónomas aliadas por fuertes lazos de sangre. Para dirimir sus diferencias recurrían al *Locale* o estructura comunal creada para mediar en conflictos y que actuaba puntualmente. Sin embargo, a partir de la década de 1970 se han detectado varios intentos de crear órganos de control para

22. Direzione Investigativa Centaro (2006: 482-483); Gayraud (2007: 64 y 98-99); Violante (1997).

23. Europol (2004: 22) y Saviano (2007).

24. Gayraud (2007: 104).

25. Gayraud (2007: 96), Violante (1997).

26. Direzione Investigativa Centaro (2006: 36); Europol (2004: 22); Violante (1997).

27. Direzione Investigativa Centaro (2006: 39-40); Forgione (2008: 8-9) y Gayraud (2007: 92-97).

todas las familias, como la *Santa* (hacia 1976) y la *Cosa Nuova* 20 años después, que sigue un modelo más centralizado con cúpula y comisiones centralizadas²⁸.

Su participación en el tráfico de drogas se ha desarrollado a partir de los años 1980, principalmente exportando heroína a Estados Unidos, cocaína a Europa y hachís marroquí a Europa y Australia. Desde la década de 1990 actúan asociados con la mafia de Trapani (sicilianos), grupos albaneses y cárteles colombianos con quienes disfrutan de una relación privilegiada²⁹. Se supone que en la actualidad esta organización es puntera en el tráfico de armas y domina el tráfico de cocaína en Europa, con ventas anuales de unos 36.000 millones de euros y que surten de droga a otras organizaciones para su reventa.

Actúan³⁰ en Europa (Albania, Alemania, Bélgica, España, Francia, Países Bajos, Rusia, Suiza, Turquía...), América (Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Venezuela...) y Australia.

SACRA CORONA UNITA (APULIA)

Moderna organización creada cuando el líder de la *Nuova Camorra Organizzata* Raffaele Cutolo intentó extender su imperio más allá de la Campania, siendo fundada en 1983 por Giuseppe Rogoli, miembro de la 'Ndrangheta³¹. En la actualidad cuenta con 47 clanes autónomos que operan en su correspondiente territorio unos 2.000 miembros. Desde sus orígenes ha adoptado una estructura horizontal similar a la Camorra en la que la unidad básica es la familia sin que exista una jerarquía o comisión que controle a todos los grupos.

Diversas investigaciones destacan su relación con otras organizaciones italianas, cárteles colombianos, mafias rusas y asiáticas y especialmente con la mafia albanesa³². Entre sus actividades destacan el tráfico de drogas en varios continentes (América y Oriente Medio) y dada su privilegiada situación geográfica, tráfico de inmigrantes irregulares, introduciendo a miles de albaneses –principalmente mujeres– para explotarlos laboralmente, especialmente en la prostitución y falsificaciones que llegan masivamente a los puertos de Brindisi y Tarento³³.

28. Expertos, como Ciconte, discrepan y consideran que la cúpula no funcionaría de forma permanente, que las 'ndrine seguirían funcionando de forma autónoma, reconociendo una estructura de mando en momentos concretos de crisis importantes.

29. Direzione Investigativa Centaro (2006: 58-59); Direzione Investigativa Antimafia (2005: 51-52), Forgione (2008: 223-228).

30. Direzione Investigativa Centaro (2006: 42 y 72), Gayraud (2007: 95-96).

31. Gayraud (2007: 104-106); Violante (1997).

32. Europol (2004: 22). A causa de la cooperación entre esta organización y las bandas albanesas, Europol la considera el 'primer ejemplo de integración delictiva interétnica'.

33. Direzione Investigativa Antimafia (2005: 57 y 61) y Gayraud (2007: 106).

Se extienden por Europa (Albania, Alemania, Bélgica, Kosovo, Montenegro...) y América (Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Estados Unidos, Uruguay, Venezuela...) ³⁴.

MAFIA ALBANESA

En Kosovo se han detectado 15 clanes mafiosos. Grupos jerárquicos y disciplinados, muy violentos. Entre sus actividades transnacionales destaca el tráfico de heroína (gestionando el paso por su territorio a través de la ruta de los Balcanes, en cooperación con grupos turcos), también trata de personas (para dedicarlas a la prostitución en Europa Occidental), tráfico de coches robados y de armas ³⁵. Operan principalmente en Italia y Grecia y también en Gran Bretaña, Alemania, Países Bajos, Bélgica y Bielorrusia. Protegidos por su diáspora y asentamientos en Europa.

MAFFIYA TURCA

También llamada Mundo subterráneo o Estado profundo. Surgen hacia 1945 colaborando con las mafias italianas en narcotráfico. En la actualidad sigue siendo su principal actividad, especialmente heroína, cooperando con grupos albaneses, y secundariamente en tráfico de armas, personas (creciente, área de tránsito desde China), órganos... y operan en Europa Occidental, con presencia destacada en Alemania, Grecia, Países Bajos, Gran Bretaña, España y Francia ³⁶.

TRÍADAS (CHINA)

Las Tríadas toman su nombre del triángulo sagrado *Tin-Tei-Wui* (Cielo-Tierra-Hombre). Las principales bandas, la mayoría con sede en Hong Kong, agrupan unos 200.000 miembros ³⁷, activas básicamente a nivel callejero y dedicadas especialmente a la extorsión.

Las tríadas se componen de un gran número de bandas muy flexibles y autónomas que se unen puntualmente para delinquir repartiendo sus beneficios y separándose. Su organización es de tipo horizontal, sin una comisión que las coordine. Cada banda tiene una estructura militarizada con un grupo de soldados y varios rangos de oficiales ³⁸. Cada Tríada forman una estructura piramidal en cuya cúspide está el *Cabeza de Dragón*, *Gran Dragón* o *Maestro de la Montaña* (489) ³⁹, generalmente

34. Gayraud (2007: 106).

35. Europol (2004: 9, 12 y 14) y Gayraud (2007: 109-110). El valor de la droga que pasa anualmente por Albania se estima que supera los 1.500 millones de euros.

36. Europol (2004: 10, 12 y 20) y Gayraud (2007: 111-115).

37. Gayraud (2007: 118-120). Así, las bandas Sun Yee On y 14 K se compondrían cada una de más de 50.000 integrantes.

38. Yam Tat-wing (2004: 28-29).

39. Yam Tat-wing (2004: 36-37). Los números tienen un sentido oculto e indican la denominación simbólica de cada cargo, intentando promover su hermetismo.

un hombre de clase alta, político o negociante “respetable”. Los delegados territoriales del Gran Dragón reciben el nombre de *Gran Tío o Hermano Mayor* (438), que reúne a una gran familia ramificada en diversas bandas, cada una de las cuales está dirigida por un *Tío*. El *Maestro del incienso* (438) se dedica al reclutamiento, el *Sandalia de Paja* (432) a la falsificación de documentos y la diplomacia, el *Bastón Rojo* (426) es responsable de la seguridad del grupo y el orden interno mientras que el *Abanico de papel blanco* (415) se ocupa de la economía. En la base de la pirámide se encuentran los soldados (49).

Actualmente, las triadas se dedican a la comisión de muy diversos delitos a nivel transnacional, algunos de ellos les reportan inmensos beneficios entre los que destacamos el tráfico de drogas (crecimiento de las sintéticas), la trata humana (en toda la Unión Europea y varios países de Asia, especialmente Taiwán y Japón⁴⁰), los fraudes con tarjetas de crédito y la extorsión de empresas y restaurantes chinos establecidos en el extranjero⁴¹. En cuanto al narcotráfico, controlan la región conocida como el Triángulo de Oro y gestionan la producción, el tráfico y la venta de heroína. Comenzaron a exportar esta droga a sus colonias de Amsterdam, Londres, San Francisco y Nueva York. Hacia 1985 extendieron su expansión por Asia, América y Europa. Las Triadas controlan los canales tradicionales de distribución desde Tailandia, a través de Alemania, Italia, Holanda, y Francia hasta llegar a España. En los últimos tiempos crece su actividad como fabricantes y distribuidores de drogas sintéticas⁴². También destacan por gestionar la inmigración ilegal a gran escala. Disponen de expertos en falsificar documentos y de ‘bandas de cabezas de serpiente’ especialistas en burlar controles fronterizos. Sus víctimas pagan como anticipo el 10% del pasaje, debiendo abonar el resto trabajando en condiciones de explotación⁴³. Algunos aceptan pagar más rápidamente su billete transportando heroína.

En los últimos años se ha detectado la presencia de las triadas en Norteamérica (Estados Unidos y Canadá), Sudamérica (Honduras y Bolivia), Australia y en Europa, principalmente en Alemania. Mantienen sólidas bases en Italia, Francia, Bélgica, Alemania y España.

YAKUZA (JAPÓN)

En la actualidad se estima que unos 86.000 Yakuza operan en Japón aglutinados en 25 federaciones⁴⁴. Durante buena parte del siglo XX la policía japonesa ha pactado⁴⁵ sigilosamente con ellos para controlar la delincuencia callejera, que crea

40. Yam Tat-wing (2004: 26).

41. Europol (2004: 9 y 13).

42. Europol (2004: 9).

43. Europol (2004: 9).

44. Gayraud (2007: 125) según datos oficiales de la policía japonesa, eran 85.800 en 2003.

45. Para A. Mizoguchi, autor del libro *Fifth Generation Boss* (sobre la banda Yamaguchi-gumi) los acuerdos tácitos entre los Yakuza y las autoridades son una tradición que se remonta al periodo Edo, en el siglo XVII, cuando actuaban como fuerzas de seguridad y afirmaban que sus negocios entraban dentro del límite de la legalidad. Desde siempre han tratado de evitar enfrentamientos con la policía.

mayor inseguridad ciudadana. Realizan sus negocios y extorsiones con discreción y no se consideran a sí mismos como grupos delictivos o desviados sino como gerentes de un territorio sobre el que ejercen un control informal minimizando su recurso a la violencia.

Desde sus orígenes, los clanes Yakuza –que funcionan de manera horizontal, sin entidades que las agrupen o coordinen– han adoptado una estructura jerárquica de origen feudal conocida como ‘*oyabun-kobun*’ (padre-hijo) o ‘*Senpai-k_hai*’ (mayores-menores) basada en pactos de obediencia y lealtad del hijo hacia el padre. Cada grupo es liderado por un *Oyabun* o *Kumich*_ (cabeza de familia) directamente apoyado por el *Saiko komon* (consejero) y el *So-honbucho* (jefe del cuartel general). Bajo ellos, el *Wakagashira* dirige los gangs de la región con la ayuda de un *Fuku-honbucho*. En los niveles inferiores de liderazgo, los *Shateigashira* dirigen las bandas a nivel local quienes controlan a los *Kumi*.

Actúan principalmente en Asia (las dos Coreas, Taiwán, Tailandia, Filipinas, Vietnam), Australia (Gold Coast y Queensand), Brasil y Paraguay, Canadá y Estados Unidos (California y Hawaii)⁴⁶, también en Europa. Compran mujeres en China y Filipinas para venderlas a los burdeles nipones. En los últimos tiempos, su sector puntero es el tráfico de droga: importando anfetaminas en Taiwán y cocaína a los colombianos para la importación de cocaína a menor escala.

COSA NOSTRA AMERICANA (ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ)

En Estados Unidos Cosa Nostra se compone unos 1.000 miembros distribuidos en 26 familias activas extendidas por las principales ciudades del país. Está dirigida por una Comisión, actualmente controlada por las familias de Nueva York⁴⁷. Cada familia se estructura piramidalmente⁴⁸ encontrándose en la base equipos (*Crews*) de soldados (u hombres botón u hombres hechos) dirigidos por un *Caporegime*. Los distintos equipos de una familia están coordinados por un *Underboss* que rinde cuentas al *Boss* o *Don*, auxiliado por un *Consigliere*. Podemos observar un gran parecido con las familias de Sicilia, de las que se consideran herederas.

De entre sus operaciones transnacionales, destacan por la importación de droga⁴⁹ en colaboración con otros grupos, italianos, chinos, japoneses, mexicanos, rusos... también implicados en trata humana y prostitución, fraudes por Internet...

46. Gayraud (2007: 127). En Hawaii disponen de bases intermedias entre Japón y el continente americano: exportan armas de fuego e importan anfetaminas. En California han establecido alianzas con triadas chinas y bandas vietnamitas y coreanas. Su presencia es mínima en Australia, donde se dedican al blanqueo de dinero en casinos y a extorsionar empresas japonesas.

47. Gayraud (2007: 130-133). A los miembros habría que añadir unos 10.000 asociados o agentes externos a las familias.

48. Frattini (2002: 331), Gayraud (2007: 149).

49. Frattini (2002: 312-316).

MAFIAS RUSAS

Según Interpol en la actualidad existen unos 10.000 grupos o *Bratva*, que aglutinan un total de 100.000 componentes. También son conocidos, en su conjunto, como la *Organizatsja*. Destacan por su brutalidad: en periodos de guerras internas se han computado más de 800 muertos al año.

Se trata de bandas autónomas estructuradas de forma horizontal, es decir, carecen de una organización jerarquizada que las aglutine a todas. Cada una está dirigida por un *Pakhan* o Zar que controla a sus '*boyeviky*' (soldados), estructurados en bandas al frente de cada una se encuentra un *Brigadir*. Entre sus soldados destacan veteranos de guerra y antiguos atletas así como antiguos miembros de la policía y funcionarios de Justicia. Pese a su autonomía, reconocen la autoridad de figuras de prestigio, los Ladrones de código o *Vory v'Zakhone* que pueden mediar en las disputas⁵⁰.

Entre sus principales actividades destacamos el tráfico de drogas (importan heroína y cocaína y en sus laboratorios producen sustancias sintéticas y las exportan a Europa Occidental y Estados Unidos. Se benefician de la venta y del cobro de impuestos a otros traficantes por cruzar sus territorios, provenientes del Triángulo de Oro, Turquía, Pakistán o Afganistán) el tráfico de armas y material nuclear (en colaboración con Cosa Nostra siciliana o la Sacra Corona Unita), el robo de coches a gran escala (responsables de la epidemia sufrida en Europa occidental con 300 bandas implicadas) y prostitución en Europa oriental (amenazas y palizas silencian a sus víctimas).

LA LEGIÓN INVENCIBLE

Los exorbitantes beneficios obtenidos con el tráfico de drogas, de armas, de personas, de productos falsificados de marcas elitistas o el tratamiento de residuos tóxicos así como el blanqueo de capitales en empresas lícitas que funcionan como tapaderas e incluso generan beneficios han convertido a los principales clanes criminales en imperios con patrimonios superiores al PIB de muchos países.

Estas organizaciones funcionan con un implacable y deshumanizado criterio empresarial tratando siempre de atajar los caminos trazados por la legislación. Para progresar en estos atajos disponen de varias herramientas de entre las cuales destacamos dos:

La corrupción

Como alumnos aventajados de un capitalismo anómico, los *bosses* de las organizaciones criminales entran en los mercados lícitos o ilícitos intentando comprar a cualquier persona que pueda facilitar sus transacciones⁵¹. Citaremos dos ejemplos inquietantes:

50. Riera (2008: 87-88).

51. Como pone de relieve la Direzione Investigativa, en Centaro (2006: 54) al referirse a la 'Ndrangheta italiana.

En Italia, se ha producido la penetración de la corrupción mafiosa en muchos municipios cuyos gobiernos han debido ser anulados por los jueces y sustituidos por comisiones gestoras⁵². Conocidas son las relaciones de Cosa Nostra con Democracia Cristiana durante décadas y el intercambio de votos por una discreta impunidad

En México se advierte con preocupación la venalidad de ciertos cargos públicos lo que es aprovechado por los carteles para facilitar sus operaciones de narcotráfico⁵³. El mismísimo general Rebollo, nombrado “Zar antidroga” y aclamado mediáticamente por diversas operaciones resultó ser un instrumento a sueldo del Cártel de Juárez, quien empujaba al general a actuar contra los otros cárteles para allanar la competencia⁵⁴. Por su parte, el cartel del Golfo, además, consiguió comprar –en una maniobra del todo innovadora en la región– a unos 30 oficiales y suboficiales que desertaron de un grupo de fuerzas de elite –el GAFES– para reconvertirse en los temidos Zetas⁵⁵, sus propias tropas paramilitares de choque, empleadas tanto contra las fuerzas del gobierno como contra otras bandas.

Y es que estamos hablando de organizaciones convertidas en imperios económicos. Se estima que una de las más punteras, la ‘Ndrangheta, obtuvo en 2004 beneficios cercanos a los 35.700 millones de euros, similar al 3’4% del PIB de Italia (el narcotráfico le rentó 22.300 millones, la infiltración en negocios públicos 4.700 millones, la usura 4.100 millones y el tráfico de armas y la prostitución 4.600 millones⁵⁶). Estas cifras nos permiten barruntar hasta dónde pueden ‘atajar’ mediante los sobornos a las personas adecuadas...

El empleo de la violencia

Allá donde el dinero no puede doblegar voluntades, entra en juego el recurso a la violencia. Tal y como señala Gayraud, las principales víctimas de esta violencia son miembros de bandas rivales, y en menor medida las personas que se niegan a pagar la extorsión y jueces y policías que no ceden ante la amenaza mafiosa. Sin embargo, algunas organizaciones han elevado su visibilidad –algo potencialmente muy peligroso para estos grupos– al enfrentarse directamente al Gobierno y sembrar un reguero de ‘cadáveres excelentes’.

No obstante lo dicho, el mayor número de víctimas se producen en sus guerras internas. Así, en Sicilia, durante la Segunda guerra mafiosa (la *mattanza*) acaecida entre 1980-1983 cuando los corleoneses aniquilaron a sus rivales, liderados por Bontate e Inzerillo, se produjeron en esos años más de 1.000 asesinatos. Se exter-

52. Direzione Investigativa Centaro (2006: 142 y ss., 316 y ss., 392 y ss., 522 y ss.).

53. Cook (2008: 12-13).

54. El arresto del general Rebollo en 1997 y las posteriores investigaciones llevaron a la detención de más de 20 militares, entre ellos cinco generales.

55. Cook (2008: 7 y 10-11), Garzón (2008: 14). Con el tiempo sus fuerzas ascendieron hasta los 200 integrantes y siguieron reforzándose contratando a un grupo de 30 Kaibiles, tropas de elite guatemaltecas. Otros grupos debieron crear a sus propios paramilitares como los Pelones y los Números del cartel de Sinaloa, los Narcojunior del cartel de Tijuana y los Chachos del de Juárez.

56. Centaro (2006: 18).

minaban familias enteras⁵⁷. En Nápoles y alrededores, en la guerra que enfrentó a la *Nuova Camorra Organizzata* de Cutolo y la *Nuova Famiglia* de Nuvoletta, Giuliano y Zaza, entre 1990 y 1991 murieron asesinadas más de 1.700 personas. En Calabria, entre 1985 y 1991 se produjo una guerra entre los De Stefano y los Gallico contra los Imerti-Condello causando 564 muertes, lo que suponía en esa región una tasa de homicidios del 15'1 por 100.000 habitantes, similar a la de Nueva York y muy superior a las del resto de Italia.

Y es que la inmensa mayoría de estos 'soldados' del crimen se han socializado en subculturas legitimadoras de la violencia y del 'todo vale' para salir de las áreas de exclusión social donde viven, sin otro futuro que ser explotados o salir a comerse el mundo, implacablemente y poder triunfar socialmente y disfrutar de la felicidad que produce el dinero, del lujo y el derroche. Aunque sospechen que vivirán una existencia efímera habrán llegado a una meta que por otros cauces sería imposible alcanzar. En el mundo del crimen organizado la vida vale muy poco, como se indica en el argot de Cosa Nostra norteamericana, los miembros de base son 'hombres botón', llamados a sí por obedecer ciegamente cuando el boss pulsa el botón apropiado.

Llegados a este punto, los gobiernos más afectados por estas bandas han tomado medidas para golpearlas donde más daño pueden causar, a sus economías y a su estructura. Para ello se han desarrollado leyes que faciliten la confiscación de sus bienes y se han promovido proyectos de protección de testigos que rompan la omertá con sus declaraciones. También se lucha ¿seriamente?, por reducir los paraísos fiscales... pero viendo los resultados, que las mafias son cada vez más poderosas, comprobamos que estas medidas son útiles pero insuficientes. El crimen organizado no reculará decisivamente mientras no cambien los desvalores que rigen nuestro planeta, el egoísmo y la codicia. La globalización del sistema capitalista ha creado un monstruo sin sentimientos como aquel Saturno devorando a sus hijos que plasmó Goya hace más de dos siglos.

Es el momento de la autocrítica, de reconocer que el error es estructural, que vivimos en un mundo progresivamente más injusto y deshumanizado, que el declive de los estudios en Humanidades son un síntoma así como el crecimiento de la miseria y de las diferencias entre los ricos y los pobres. A Antonio Beristain siempre le ha gustado citar las palabras del arzobispo de Milán Carlo María Martini "¡Volved a ser personas!" pero creo que este mensaje debiéramos proclamarlo a toda la sociedad, no sólo a los infractores. Todos tenemos nuestra cuota de responsabilidad. La recuperación de los valores morales y la regeneración de un sistema socio-político-económico más justo quizá sean una tarea imposible. La reciente crisis económica mundial, propiciada por una especulación salvaje a escala planetaria pudo servirnos como punto de inflexión y de reflexión pero parece que no habrá muchos cambios de base. Si es así, verdaderamente nuestro mundo se convertirá en Nuestra Cosa, repleta de *hombres botón* sin escrúpulos considerados a sí mismos (de forma auto-complaciente) como hombres de honor u hombres de respeto.

57. Dickie (2008: 397-399). En el barrio palermitano de Brancaccio fueron asesinados conjuntamente 35 familiares de Salvatore Contorno, un soldado de la familia Bontate.

FUENTES

- CENTARO, Roberto (et al.): *Relazione Conclusiva della Commissione Parlamentare d'inchiesta sul fenómeno della criminalità organizzata mafiosa o similare*. En <http://www.parlamento.it/parlam/bicam/14/Antimafia/documenti/rel.conclusiva.pdf>.
- COOK, Colleen W. (2008): *Mexico's Drug Cartels. CRS Reports for Congress*. Washington: Congress Research Service. En la página web del Congreso de Estados Unidos <http://fpc.state.gov/documents/organization/105184.pdf> (June 17, 2008).
- DIREZIONE INVESTIGATIVA ANTIMAFIA (2005): *Attività svolta e risultati conseguiti. 1° semestre 2005*. En su página web http://www.interno.it/dip_ps/dia/semestrali/sem/2005/1sem2005.pdf
- DICKIE, John (2008): *Cosa Nostra. Historia de la Mafia Siciliana*. Barcelona: Debolsillo.
- Europol (2004): *Informe 2004 de la Unión Europea sobre la delincuencia organizada*. En su página web http://www.europol.europa.eu/publications/Organised_Crime_Reports-in_2006_replaced_by_OCTA/EUOrganisedCrimeSitRep04-ES.pdf
- FINCKENAUER, James O. y Ko-lin Chin (2007): "Asian Transnational Organized Crime and Its Impact on the United States". En *Issues in International Crime*, Jan 2007 y en la página web del Instituto Nacional de Justicia de EEUU <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/214186.pdf>
- FORGIONE, Francesco (2008): *'Ndrangheta. Relazione annuale della Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare*. En http://www.narcomafie.it/Relazione_'ndrangheta.pdf
- FRATTINI, Eric (2002): *Mafia SA*. Madrid: Espasa Calpe.
- GARZÓN, Juan Carlos (2008): *Mafia & Co*. En la página web <http://www.seguridadydemocracia.org/docs/pdf/ensayos/mafiayco.pdf>
- GAYRAUD, Jean-François (2007): *El G 9 de las mafias en el mundo*. Barcelona: Urano
- JAMIESON, Alison (1998): *Cooperation Between Organized Crime Groups Around The World*. Jahrbuch für internationale Sicherheitspolitik, Bureau for Military Scientific Studies, Federal Ministry of Defence, Vienna, Austria, December 1998. Y en la página web www.bmlv.gv.at/pdf_pool/publikationen/03_jb99_04.pdf
- RAUFER, Xavier (2002): *Les mafias, les vraies, leur essence, leur réalité en 2002*. Juin 2002. En la página web del Departement de Recherche sur les Menaces Criminelles Contemporaines (Institut de Criminologie de Paris – Université Pantheon Assas Paris II) www.drmcc.org/IMG/pdf/4066d16901158.pdf
- RIERA, Alejandro (2008): *La Organizatsja. Mafia rusa, mafia roja*. Córdoba: Arcopress
- SAVIANO, Roberto (2007): *Gomorra*. Barcelona: Debate
- VIGNA, Pier Luigi (1999): 'The new mafia'. En *Organised Criminality: Security in Europe*. Fondazione Rosselli, European Commission, Forward Studies Unit, Working Paper.
- VIOLANTE, Luciano (1997): *No es "la piovra". 12 tesis sobre la mafia*. Madrid: Anaya & Mario Muchnik.
- YAM TAT-WING, Peter (2004): "Triads". En *116th International Training Course Visiting Experts' Papers*. Resource Material Series, 58, 27-38 En la página web de Naciones Unidas www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no58/58-04.pdf.

EFICACIA DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES ESTUDIO DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE) DESDE UNA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

Isidoro BLANCO CORDERO

*Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Alicante*

*Secretario General Adjunto de la
Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP)*

1. INTRODUCCIÓN

La estrategia de política criminal diseñada a finales de los años ochenta del siglo pasado para hacer frente al blanqueo de capitales ha experimentado cambios extraordinarios durante los últimos tiempos. Caracterizada por una *regulación muy estricta* para prevenir, detectar y sancionar el blanqueo, esta estrategia se ha desarrollado en la época de la globalización, cuya seña de identidad ha sido la desregulación de los mercados financieros internacionales y la disminución de los controles sobre el sistema financiero por parte de los Estados y de las instituciones internacionales. La crisis económica actual, sin embargo, está llevando a repensar esta orientación y parece ir en sentido contrario; hacia una regulación más intensa del sistema financiero internacional.

Lo que comenzó siendo un delito (blanqueo de capitales), cuya sanción era promovida esencialmente por los Estados Unidos de América, ha acabado convirtiéndose en un vasto mercado de bienes y servicios que mueve enormes cantidades de dinero. Paralelamente a la creación de la figura delictiva, se han aprobado normas administrativas con el objetivo de prevenir su comisión, impidiendo el acceso del dinero sucio al sistema financiero. Como consecuencia de la aprobación de estas normas se ha creado en el sector público un sistema administrativo encabezado por las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF), cuya función esencial es recibir, analizar y transmitir a las autoridades competentes información sobre las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales (FMI, 2004). Además de estos organismos públicos (en España el SEPBLAC, Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención

del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. Banco de España), la estrategia de prevención de este fenómeno criminal ha consistido en imponer deberes de colaboración a determinadas entidades del sector privado. Estas se han visto obligadas a realizar enormes inversiones para crear sistemas internos dirigidos a detectar y evitar el blanqueo. Se puede observar que el proceso de prevención, detección y represión del blanqueo implica tanto al sector público como al sector privado. El público persigue esencialmente la detección y sanción del blanqueo, mientras que el privado dedica todo su empeño en prevenir y detectar las operaciones sospechosas. A esta confluencia de energías entre lo público y lo privado le denomina Verhage “complejo contra el blanqueo de capitales” (“*AML complex*”, Verhage, 2008).

La evolución ha ido más allá; han aparecido *empresas que ofertan bienes y servicios* a las entidades privadas para cumplir de manera más eficaz con sus obligaciones. Las grandes consultoras aportan asesoramiento y otros servicios a los sujetos obligados: formación del personal, programas informáticos...

El presente trabajo analiza el sistema de prevención del blanqueo de capitales establecido en España, por influencia de la normativa internacional, así como su eficacia. Para ello se examinan las cargas impuestas a las entidades privadas y los gastos que estas soportan, y si ello tiene relación con el número de condenas por blanqueo de capitales. Hemos de adelantar la precariedad de los datos con los que contamos a nivel nacional, algo que contrasta con los numerosos estudios basados en datos más fiables que se han realizado en otros Estados. En cualquier caso, en todos ellos parece llegarse a la misma conclusión: este sistema no está siendo todo lo eficaz que se preveía, y está generando unos costes enormes a las entidades privadas, que evidentemente se repercuten sobre la clientela. Con todo, es cierto también que existen determinados efectos intangibles, de disuasión de potenciales delincuentes, cuya medición es prácticamente imposible.

2. PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

La filosofía que se ha adoptado en la lucha contra el blanqueo de capitales se basa en la idea expresada en inglés como “*follow the money*” (Naylor, 1999), que consiste en seguir el dinero de origen delictivo, y proceder a su decomiso, evitando así que el delito sea una actividad lucrativa (Nelen, 2004, p. 525). Se persigue disuadir a los delincuentes de cometer delitos que generan grandes beneficios económicos. Se parte precisamente de la idea del delincuente como ser racional que actúa movido por una ponderación de riesgos y resultados. Esto es lo que explica la teoría criminológica de la elección racional (*rational choice theory*), de corte marcadamente utilitarista. Fue formulada en el trabajo de 1985 titulado *Crime and Human Nature*, de Wilson y Herrnstein (1985), y en las obras de Clarke y Cornish de 1985 y 1986. En cierta medida esta teoría revitaliza las ideas de la Escuela Clásica, cuyos mayores representantes fueron Beccaria y Bentham. Sus antecedentes más inmediatos pueden situarse en dos importantes tendencias criminológicas. La primera es la que surge de la aplicación de la teoría económica al delito, en concreto, de los análisis económico-matemáticos del delito realizados por Becker (1968), que ponen el acento en la explicación de la percepción por parte del delincuente de los riesgos que corre, de los esfuerzos que ha de realizar y de las recompensas que va a obtener con el delito. La segunda se sitúa en los trabajos sobre la prevención situacional del delito elaborados en la década

de los años 1980, especialmente por Clarke (1980 y su trabajo posterior de 1995), cuyo objetivo es bloquear las oportunidades de comisión del delito mediante cambios ambientales (véase la obra Newman/Clarke/Shoham, 1997).

Con base en ambas tendencias se formula una teoría centrada en la toma de decisiones por parte del delincuente. Su principal idea es que *el delito es el resultado de una elección racional*; es un comportamiento intencional (*purposive behavior*), dirigido a beneficiar al delincuente de alguna manera. El delincuente persigue fines cuando comete un delito, pero también corre algunos riesgos, como el de ser detenido. El delincuente, por lo tanto, se encuentra ante una elección, y ha de optar. Pues bien, según esta teoría las personas actúan en función de las expectativas de beneficio que puedan obtener. En esa relación entre recompensas y riesgos, el sujeto optará por cometer un delito cuando los beneficios calculados sean mayores que los riesgos generados (Clarke/Cornish, 2001). En esta línea, las normas sobre prevención del blanqueo de capitales persiguen incrementar los riesgos de resultar descubierto, intimidando y disuadiendo a los delincuentes de cometer delitos. Y en este contexto, y para evitar que el delito pueda verse como una fuente de ganancias, cobra especial relevancia también toda la legislación relativa al comiso (algunos aluden al comiso como una nueva industria de control del delito, así, Findlay, 1999, 50; ver también Blanco Cordero, 2007).

El criminólogo, dice nuestro homenajeado, no puede analizar de manera incolora e insípida la realidad, en este caso la política criminal basada en la imposición de obligaciones a los privados para evitar la comisión de un delito. Cuando observa la realidad, quiera o no quiera, también procede a valorarla (y en esta valoración la teología juega algún papel, Beristain, 2007, 308). Pues bien, algunas investigaciones recientes muestran que en el origen de esta estrategia político criminal han influido las creencias religiosas. Existe un reciente trabajo que apunta a la ideología propia de la moral cristiana como la inspiradora del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Bosworth-Davies advierte que el enfoque dirigido a hacer frente a las finanzas de origen delictivo (*follow the money*) tiene su origen en la moral judeo-cristiana que ha influido en los dirigentes de los Estados Unidos de América y el Reino Unido, hasta conseguir extenderse a todo el mundo (Bosworth-Davies, 2008). De acuerdo con dicha moral, los productos del delito están corruptos y son por ello intocables, hasta que pierdan su mancha retornando a su legítimo propietario. Esta afirmación, válida para los delitos patrimoniales de desapoderamiento, se ha extendido a todos los delitos que generan ganancias (en semejanza a la fruta del árbol prohibido que comió Eva). Hasta que no vuelven a la economía legítima de manera lícita, algo que sólo puede hacer el Estado mediante la institución del comiso, no se pueden realizar operaciones con tales bienes. Esta forma de entender las cosas se ha impuesto en todo el mundo a través de las normas internacionales. Bosworth-Davies señala que en algunos países asiáticos no se comprende esta filosofía al no acomodarse a su experiencia social y cultural.

Pues bien, todo sistema de prevención del delito debe ser evaluado por los criminólogos, para determinar su grado de eficacia. En España esta línea de investigación del blanqueo de capitales se encuentra en pañales, por no decir que prácticamente no existe. Este trabajo pretende servir de catalizador para estimular a los criminólogos, y detectar aquellas áreas que precisan de un mayor análisis a la hora de medir la eficacia del sistema preventivo. Para ello vamos a poner en relación los costes del sistema con los resultados del mismo.

3. EL SISTEMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA DE BLANQUEO DE CAPITALES (*COMPLIANCE*) EN ESPAÑA. LOS COSTES DE LA PREVENCIÓN

3.1. Sobre el origen internacional del cumplimiento normativo (*compliance*)

En el ámbito anglosajón se describe al cumplimiento de las normas sobre prevención del blanqueo de capitales por los sujetos obligados con el término *compliance*, que ha sido traducido al español como *cumplimiento normativo*. Con esta expresión se alude a la función mediante la que las entidades privadas detectan y gestionan el riesgo de incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas a través del establecimiento de políticas y procedimientos adecuados. En relación con nuestro estudio, se refiere a las obligaciones impuestas por la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Se adopta, por lo tanto, la perspectiva de los propios sujetos obligados, que persiguen reducir al mínimo el riesgo de incumplimiento y la probabilidad de que sean objeto de sanciones.

Las normas de prevención del blanqueo de capitales tienen su origen, como se ha dicho, en los Estados Unidos de América. De allí pasaron al *ámbito internacional*, siendo su expresión más elaborada la expresada en las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) del año 1990, que han sido modificadas con posterioridad. Estas recomendaciones constituyen el modelo a seguir en materia de blanqueo de capitales (Blanco Cordero, 1997 y 2002, 1999). Tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, el GAFI publicó otras nueve recomendaciones centradas en la lucha contra la financiación del terrorismo (De la Cuesta Arzamendi, 2009; Blanco Cordero, 2009). Las Recomendaciones del GAFI fueron tomadas como referencia en Europa, donde se elaboró la denominada Primera Directiva comunitaria (Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991) (Blanco Cordero, 2001). Hoy día nos encontramos ya ante la tercera Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, que intensifica las obligaciones.

Se puede decir que todo *organismo internacional* que tenga entre sus cometidos temas financieros y/o penales se ha involucrado en la lucha contra el blanqueo de capitales, normalmente porque política y burocráticamente no puede permitirse el lujo de prescindir de esta fuente de fondos, influencia y prestigio (Levi, 2005). Esto ha motivado la proliferación de regulaciones contra el blanqueo de capitales, leyes y reglamentos modelo, que proceden del Fondo Monetario Internacional, las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, etc.

El eje fundamental de estas normas es la *imposición de obligaciones* a entidades del sector privado (los denominados sujetos obligados), especialmente bancos e instituciones financieras, aunque también otros. En este sistema de prevención del blanqueo de capitales se asigna a los sujetos obligados la tarea de informantes internos (*whistle-blowers*; Verhage, 2009a, 115), que deben detectar e informar de cualquier operación que pueda estar vinculada al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, corriendo el riesgo de ser castigados en caso de no hacerlo.

Se sitúa a los sujetos obligados en una posición ciertamente comprometida en la “cadena antiblanqueo” (*AML chain* en inglés, expresión utilizada en español por

Martín Barbero, 2004, 29), que plantea en ocasiones un claro *conflicto de intereses*. Estamos hablando de empresas con fines comerciales que persiguen maximizar beneficios, y se presentan ante la sociedad y sus clientes como instituciones fiables y de confianza. Ahora bien, esa confianza de la clientela se pone en entredicho cuando se les obliga a vigilar las operaciones de sus clientes, actuando así como una institución inspectora (y delatora). El cumplimiento de estos deberes, evidentemente, colisionará con los intereses de algunos de sus clientes, que quieren realizar sus operaciones financieras con el máximo de sigilo. Pero también los sujetos obligados se encuentran en una situación en la que son objeto de máxima vigilancia, dado que a su vez son controlados por las autoridades (porque pueden ser potenciales delincuentes) (Verhage, 2009a, 119).

Es cierto que el cumplimiento de tales obligaciones puede dificultar la maximización de beneficios, que es lo que persigue toda empresa. Pero también se puede utilizar como forma de publicidad positiva, pues permite eludir la mala imagen que se puede derivar de posibles incumplimientos, y compensar de alguna manera los costes de sus inversiones. En esta línea, la consultora Capgemini (2005) ha elaborado diversos estudios en los que promueve que la política de cumplimiento normativo sea utilizada como una *herramienta de marketing*, no sólo para vender su integridad como empresa, sino también para ofrecer sus servicios a aquellos clientes de los que tiene información muy detallada por razón de su obligación de conocer al cliente. Esto también promoverá la confianza de la clientela en la empresa.

3.2 El sistema de prevención del blanqueo de capitales en España

La legislación española sobre prevención del blanqueo de capitales se basa en la estrategia diseñada por las tres Directivas de la Unión Europea de 1991, 2001 y 2005, cuya elaboración ha estado influida por las Recomendaciones del GAFI. En la misma se adopta el método dinámico (*proactive method*) (Verhage, 2009a, 115), basado en la presentación de comunicaciones de operaciones sospechosas (u otras en el caso del *reporting* sistemático) por parte de las entidades privadas. La Ley 19/1993, de 28 de diciembre, *sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales* –cuyo desarrollo reglamentario tuvo lugar en el año 1995 mediante Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales– impone a determinados sujetos la obligación de comunicar tales operaciones. Las sucesivas reformas de la Ley y del Reglamento han incrementado notablemente el número de sujetos obligados. Si bien inicialmente eran sobre todo las entidades financieras, hoy día se incluyen muchas otras entidades del sector privado, tanto financieras como del sector no financiero (casinos, promoción inmobiliaria, auditores, contables, asesores fiscales, abogados, notarios, las que realizan actividades de comercio de joyas y piedras preciosas, filatelia, etc.). Todas estas entidades están obligadas según la legislación expuesta a comunicar las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales al SEPBLAC, que como se ha dicho es la Unidad de Inteligencia Financiera española. La normativa detalla el procedimiento a seguir por los sujetos obligados para cumplir con esta obligación.

Tanto la Ley como el Reglamento imponen una serie de *obligaciones* a las personas y entidades que integran el sistema financiero, así como a las personas físicas o jurídicas que ejerzan actividades profesionales o empresariales particularmente sus-

ceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Estas obligaciones de carácter administrativo son básicamente de información y de colaboración con las autoridades. Podríamos agruparlas en cuatro clases:

- a) Obligación de identificación. Se ha de identificar a los clientes en el momento de entablar relaciones de negocio, y conservar los documentos de identificación y otros.
- b) Obligación de colaboración. Cabe incluir aquí la obligación de examen de las operaciones que puedan estar vinculadas al blanqueo de capitales; la obligación de comunicar las operaciones sospechosas; la obligación de facilitar al SEPBLAC la información que éste requiera; la abstención de la ejecución de las operaciones sospechosas sin haber efectuado previamente la comunicación; la obligación de no revelar al cliente ni a terceros que se han transmitido informaciones al SEPBLAC.
- c) Establecimiento de medidas de control interno y de medidas de formación del personal al servicio de las entidades.
- d) Obligación de declarar el origen, destino y tenencia de los fondos cuando realicen determinados movimientos de medios de pago, tal y como se especifica en el Reglamento.

Quizás lo más costoso para las entidades privadas es el *establecimiento de procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación*. La misión de tales órganos es analizar, controlar y comunicar al SEPBLAC toda la información relativa a las operaciones o hechos susceptibles de estar relacionados con el blanqueo de capitales. A tal efecto, los sujetos obligados deben adoptar las medidas necesarias para que tales órganos estén dotados de los medios humanos, materiales, técnicos y organizativos adecuados para el cumplimiento de sus funciones. Estos procedimientos y órganos de control interno y de comunicación deben ser objeto de examen anual por un experto externo. Los resultados del examen han de ser consignados en un informe escrito de carácter reservado que describirá detalladamente las medidas de control interno existentes, valorará su eficacia operativa y propondrá, en su caso, eventuales rectificaciones o mejoras.

En este contexto sobresale la función de una persona: el *representante ante el SEPBLAC*, que en Latinoamérica se le conoce como oficial de cumplimiento, traducción literal del inglés “*compliance officer*”. Estas personas reciben el nombre en la doctrina especializada de “detectives bancarios”, “perros guardianes de la integridad” del banco, o ayudantes del sheriff financiero (“*financial deputy sheriffs*”, *cfr.* Verhage, 2009a, 115). La legislación española (art. 12.2 del Reglamento) dispone que al frente de cada uno de los órganos de control interno y comunicación debe estar un representante del sujeto obligado ante el SEPBLAC. A él le corresponde transmitir al SEPBLAC la información sobre operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo y otras, así como recibir las solicitudes y requerimientos de aquel. Existen algunos estudios criminológicos que han prestado atención a las instituciones privadas que intervienen en la lucha contra el blanqueo de dinero, y en concreto al oficial de cumplimiento. En Holanda, por ejemplo, se ha llevado a cabo un estudio cuantitativo de las funciones de cumplimiento normativo (NIVRA-Nyenrode y Capgemini, 2007). En Francia, Favarel-Garrigues y otros autores (2006, 248; Favarel-Garrigues/Godefroy/

Lascoumes, 2009) han realizado un estudio utilizando esencialmente métodos cualitativos mediante entrevistas a oficiales de cumplimiento sobre sus actividades y opiniones. También en Bélgica destaca el reciente trabajo de Verhage (2009a).

En Europa continental no existen apenas *estudios criminológicos* sobre el sistema de prevención del blanqueo de capitales, y el cumplimiento normativo. Aunque algunas consultoras como PriceWaterhouseCoopers (2002) o Capgemini (2005) han prestado atención a esta cuestión en sus encuestas, los criminólogos no han demostrado demasiado interés. El sistema de prevención y el grado de cumplimiento normativo tiene una vertiente criminológica evidente, dado que su objetivo es la prevención y detección del delito, en este caso del blanqueo de capitales. Y este es un aspecto de interés para los criminólogos (Verhage, 2009a, 118). Como ha destacado alguna autora, las obligaciones de comunicación y los representantes ante el SEPBLAC desempeñan una función que tiene grandes similitudes con las de la policía (Verhage, 2009a, 118). Supone la existencia de una vigilancia dentro de una institución privada, que tiene ciertos paralelismos con los servicios de investigación privada que utilizan las empresas para prevenir e investigar el fraude y los delitos cometidos por sus empleados.

Junto a ello, se puede decir que los representantes ante el SEPBLAC constituyen un eslabón esencial en la denominada cadena antiblanqueo, cuyo objetivo esencial es prevenirlo y facilitar su investigación. Ellos son el origen de la presentación de las comunicaciones de operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales, y les corresponde una tarea de vigilantes de dicha cadena (*gatekeepers*) (Verhage, 2009 a, 119). Son ellos quienes deciden, desde su especial posición en la institución, si se deben comunicar determinadas operaciones al SEPBLAC, lo que puede suponer el inicio de una investigación policial o judicial por la comisión de un delito.

4. COSTES DEL SISTEMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALS. LA INDUSTRIA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE INDUSTRY)

Una condición previa para determinar la eficacia del sistema de lucha contra el blanqueo es conocer (a ser posible empíricamente) sus *costes* (Magnusson, 2009, 101). La consultora KPMG (2007, 14 ss) en su informe de 2007, señala que el endurecimiento de la legislación contra el blanqueo va a incrementar de manera sustancial los costes del cumplimiento normativo para los bancos. Los estudios que existen en otros países aportan una visión parcial de los costes de la regulación contra el blanqueo, al poner el acento exclusivamente en los de las instituciones financieras. Sin embargo, no sólo las instituciones financieras corren con los gastos, también existen otras entidades privadas sometidas a dicha regulación. Asimismo el sector público soporta grandes costes, debido a la necesidad de crear infraestructuras dirigidas a hacer frente al blanqueo. E incluso existen costes sociales consecuencia de las ineficiencias que genera esta regulación en la economía en su conjunto (Harvey, 2005, 341).

En el año 2004 se realizó un estudio empírico en el Reino Unido dirigido a conocer la opinión de los oficiales de cumplimiento mediante el envío de cuestionarios (Gill/Taylor, 2004). Entre los resultados destaca que si bien la mayoría de los bancos considera que el sistema de prevención del blanqueo (en concreto la obligación de identificar al cliente) es proporcionado a los fines que persigue, el resto de sujetos obligados lo considera demasiado gravoso por los costes que genera y por su falta de flexibilidad.

Centrándonos en los costes del cumplimiento normativo para los sujetos obligados, se puede afirmar que estos son *muy difíciles de determinar*. Harvey (2004, 336-337) señala que comprenden generalmente los de carácter operativo, integrados por las inversiones que las instituciones han de realizar en forma de capital físico y humano para llevar a cabo su función de prevención del blanqueo. Entre tales costes hay uno que destaca, como se ha dicho ya: el consistente en el establecimiento de procedimientos y órganos adecuados de control interno y de comunicación para conocer, prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Dotar a estos órganos de personal especializado y de medios requiere una inversión importante. Y estos sujetos están colaborando de forma activa (Pieth/Aiolfi, 2003), sin poner excesivos reparos a las obligaciones impuestas ni al incremento de gastos que suponen.

Los sujetos obligados recurren en ocasiones a *servicios externos* para reducir al mínimo el riesgo de incumplimiento. Estos servicios proporcionan instrumentos tales como software específico, asesoramiento sobre los procedimientos de cumplimiento o formación de los empleados para reconocer las operaciones sospechosas. Estos instrumentos son ofrecidos por empresas privadas que persiguen facilitar el cumplimiento de sus deberes por parte de los sujetos obligados. Ha surgido así un nuevo mercado al que se denomina en inglés *compliance industry* (Verhage, 2009b, 372), que traducimos por industria del cumplimiento normativo. Esta industria ha sufrido un crecimiento sin precedentes, impulsada por la demanda de sus servicios. Con eslóganes que hacen referencia al enorme riesgo, crítico se dice en algunos casos, que corren determinados profesionales de ser utilizados para el blanqueo de capitales, la industria del cumplimiento normativo está incrementando enormemente sus beneficios. En definitiva, está intentando vender sus servicios dramatizando los riesgos (Verhage, 2009b, 387), y creando una especie de “miedo al incumplimiento”, por los efectos en la reputación de la empresa que ello puede tener.

Las *empresas* suelen ofrecer asesoramiento, soportes basados en las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), desarrollo de *software*, así como formación específica de empleados y directivos de los sujetos obligados. Los grandes eventos internacionales sobre blanqueo de capitales, habitualmente esponsorizados por estas empresas, suelen servir de salones de muestra de sus servicios.

La industria ofrece *programas de ordenador* destinados a investigar a clientes, suministradores y socios comerciales. Ello se hace normalmente comparando el nombre del posible cliente con las listas contenidas en las diversas bases de datos que suministran las empresas. En tales listas se encuentran –dicen las empresas– personas con las que hay que tener especial cuidado a la hora de entablar relaciones de negocio, como conocidos delincuentes, personas poco fiables, etc. Algunas de estas listas tienen carácter oficial, como las listas de las Naciones Unidas sobre presuntos terroristas, o las de la Unión Europea (Blanco Cordero, 2008). Sin embargo, las empresas de software suministran otras listas que elaboran ellas mismas recurriendo a sus propias fuentes de información. Todas estas listas van a ser de enorme relevancia para los sujetos obligados en España dado que, según el Proyecto de Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que se está tramitando actualmente en las Cortes Generales (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, de 4 de diciembre de 2009), aquellos han de prestar especial cuidado con las

“personas con responsabilidad pública”, locución con la que se alude a lo que la tercera Directiva denomina “personas del medio político” (PEPs). El sujeto obligado que quiera cumplir de manera adecuada con dicha normativa proyectada tendrá que elaborar sus propias listas, o adquirir las listas que le suministran tales empresas. Un problema jurídico importante en este ámbito es que no existe control alguno sobre los nombres que se incluyen en estas listas, ni tampoco se garantiza un procedimiento para poder solicitar la exclusión de ellas (Verhage, 2009b, 379, pone el ejemplo de dos ciudadanos belgas que siguen apareciendo en las listas pese a haber sido declarados inocentes de pertenecer a una organización terrorista). Normalmente recaban información en todo el mundo a través de fuentes de dominio público, creando perfiles de individuos y entidades que pueden representar un riesgo directo o potencial: “personas con responsabilidad pública” (denominadas a nivel internacional Personas Políticamente Expuestas – PEP’s), terroristas, miembros del crimen organizado, blanqueadores etc... Dado el carácter invasivo de derechos de estas listas, quizás deberían ser proporcionadas por las autoridades, lo que también daría una mayor seguridad jurídica (Verhage, 2009b, 388). Asimismo las empresas ofertan otros programas informáticos que controlan las operaciones que realiza el sujeto obligado para detectar aquellas que deben ser comunicadas, como las realizadas con o de personas físicas o jurídicas residentes en paraísos fiscales, etc. En cualquier caso, los costes de estos programas van a aumentar claramente en los próximos años de acuerdo con el estudio de KPMG (2007, 16).

En cuanto al *asesoramiento*, las empresas ofrecen servicios de consultoría para que los sujetos obligados tengan definidos e implantados procedimientos específicos de prevención del blanqueo, así como aprobada una estructura interna adecuada. Estas empresas realizan también el informe del experto externo sobre los procedimientos y órganos de control interno y comunicación establecidos para prevenir el blanqueo de capitales, que impone la Ley 19/1993 desde el año 2005 (detallado en la Orden Ministerial EHA/2444/2007, de 31 de julio).

Por último, la industria del cumplimiento normativo ofrece *formación* sobre prevención del blanqueo de capitales para empleados y directivos de los sujetos obligados. Ya hemos mencionado que la formación es una obligación legal y, por ello, es un gasto que deben realizar dichos sujetos. Los grandes bancos y cajas de ahorros suelen organizar ellos mismos sus propios cursos para empleados y directivos (también las asociaciones de bancos y cajas, como el curso de prevención de blanqueo de capitales que organiza la Confederación Española de Cajas de Ahorro - CECA). Pero no todos los sujetos obligados pueden formar a sus propios empleados individualmente, y recurren a empresas externas. Y en este contexto podemos situar los congresos casi diarios que se realizan en todo el globo en los mejores hoteles, con un ejército de intervinientes, normalmente antiguos oficiales de cumplimiento normativo de grandes bancos, que forman a los oficiales en activo. Este es un gran mercado en el que ha entrado también la universidad, que ofrece cursos específicos, presenciales y *online*. Por ejemplo, la Universidad Rey Juan Carlos, en el marco de la Cátedra de investigación financiera y forense KPMG, ofrece el Curso Superior Universitario en Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo. Asimismo la Universidad de Alcalá, junto con el Instituto de Estudios Fiscales y otras instituciones, ofrece el Curso Superior de Prevención de Blanqueo de Capitales, que va ya por su sexta edición. De carácter virtual es el curso que se imparte en la Universidad de Granada, con el título Técnicas de Prevención y Detección del Blanqueo de Capitales.

5. EFICACIA

¿Realmente funciona este sistema? ¿Cumple con las misiones que tiene asignadas? La respuesta a estas preguntas pasa por determinar si es un sistema eficaz. La medición de la eficacia en este ámbito es una tarea harto difícil, si no imposible. Esto es ciertamente frustrante si tenemos en cuenta que después de dos décadas de lucha contra el blanqueo y una inversión de millones de euros, somos incapaces de determinar si el sistema funciona o no (Verhage, 2009a, 125).

Para ello sería necesario en primer lugar conocer los *objetivos* que se persiguen. La lucha global contra el blanqueo de capitales se lleva a cabo por entidades, de naturaleza pública y privada, que persiguen fines diferentes y actúan con motivaciones diversas.

- Las autoridades públicas persiguen prevenir y, en su caso, sancionar el blanqueo de capitales. Ahora bien, es muy difícil determinar qué criterios utilizar para saber si realmente ello se consigue. Es complicado conocer si realmente el sistema tiene efecto disuasorio, y evita que se lleven a cabo operaciones de blanqueo, así como cuantificar qué se ha evitado. Asimismo es extremadamente arduo fijar los indicadores a utilizar, que pueden ir desde el número de condenas por el delito de blanqueo, hasta la cuantía de bienes decomisados o incluso el número de comunicaciones de operaciones sospechosas. A falta de estos datos, difícilmente podemos determinar la eficacia del sistema.
- Las entidades privadas tienen como objetivo cumplir eficazmente con las normas contra el blanqueo, evitando los riesgos derivados del posible incumplimiento. La medición de este objetivo es ciertamente complicada. Algunos criterios que podrían utilizarse serían los peligros para la reputación de la entidad, las sanciones que podrían haber sido impuestas y que se han evitado, los clientes que no han podido ser captados.

A día de hoy, por tanto, no existe un método preciso para determinar si el sistema de lucha contra el blanqueo de capitales es eficaz para lograr sus objetivos. Y esto lo reconocen funcionarios de instituciones internacionales líderes en la lucha contra el blanqueo, como son el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial (Carrington/Shams, 2006).

Reuter y Levi (2006) han intentado medir la eficacia del sistema contra el blanqueo de capitales. El resultado de su investigación es que no se conocen los efectos de este sistema ni sobre los métodos de blanqueo de capitales, ni tampoco sobre si influye en la decisión de los delincuentes de cometer (o no) hechos delictivos. La información disponible sugiere que el sistema contra el blanqueo no ha tenido efectos importantes en la evitación de delitos. Se puede especular mucho sobre tales efectos (Levi/Reuter, 2006, 60): por un lado, se dice que dificulta a los delincuentes la comisión de delitos (por ejemplo, el pago a sus suministradores) o la obtención de beneficios de los mismos; por otro, la comunicación de operaciones sospechosas, pilar fundamental del sistema, genera un rastro que puede ser utilizado como prueba. Estos efectos, con todo, no han podido ser comprobados.

- Las cifras no expresan los efectos preventivos del sistema, esto es, no se conoce si realmente disuade a los delincuentes de cometer sus hechos delictivos, o a los blanqueadores de realizar sus actividades de lavado.

- El régimen facilita la investigación y el enjuiciamiento penal de algunos intervinientes que de otro modo evadirían la acción de la justicia, pero menos de lo esperado por los partidarios del enfoque “*follow the money*”. Asimismo facilita la recuperación de activos del delito. Sin embargo, el volumen de dicha recuperación es muy bajo en comparación con los ingresos y ganancias del delito.

Tampoco ayuda a determinar la eficacia del sistema la *falta de instrumentos válidos* para calcular la cantidad de dinero que se blanquea. En caso de disponer de tales cifras, se podría medir el efecto disuasorio del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Existen multitud de estudios procedentes del área económica que hacen estimaciones (uno reciente es el de Schneider, 2008). Algunas instituciones internacionales se han atrevido incluso a dar cifras relacionando el dinero blanqueado con el producto mundial bruto. Sin embargo, estas estimaciones no tienen mucho valor. El blanqueo de capitales es una actividad oculta, clandestina, por lo que es muy difícil diseñar criterios que permitan fijar la cantidad –siquiera aproximada– de dinero que se lava (van Duyne / Groenhuijsen / Schudelaro, 2005, 122). Siendo esto así, de nuevo nos encontramos ante un gran escollo para medir la eficacia del sistema.

A ello se debe añadir que los estudios realizados por las entidades privadas dan una visión parcial del sistema, centrada en sus propios intereses: valoran cuestiones como el coste del sistema antiblanqueo, el nivel de cumplimiento de las normas, los resultados de las auditorías internas y externas (esencialmente inspecciones realizadas por la institución competente). No se tienen en cuenta otras variables importantes, como por ejemplo si tales medidas han servido para descubrir operaciones de blanqueo y si se ha logrado la detención de blanqueadores (Verhage, 2009a, 126).

5.1. Vías indirectas de medición de la eficacia

A falta de datos directos sobre la eficacia, tenemos que acudir a *criterios indirectos* para intentar obtener una visión de la misma, aunque sea aproximada. Para ello vamos a recurrir a aquellos datos que son accesibles, en concreto las comunicaciones de operaciones sospechosas, el número de procedimientos iniciados por delitos de blanqueo y los decomisos. Esta metodología ya ha sido empleada en otras investigaciones, como las realizadas por Levi/Maguire (2004) y Fleming (2005) en el Reino Unido, van Duyne/de Miranda (1999) en los Países Bajos y Verhage (2009a) en Bélgica. Estos estudios evidencian que el impacto del sistema de prevención del blanqueo de capitales es mínimo.

Para realizar nuestra medición de la eficacia recurrimos a aquellos datos conocidos. No podemos dejar de mencionar aquellos que desconocemos y que serían de enorme utilidad.

- Desconocemos, como hemos dicho, el volumen de dinero invertido por las entidades privadas para hacer frente a los gastos de prevención del blanqueo. Sí que sabemos que en el futuro van a aumentar tales costes, porque está en proyecto una nueva ley de prevención del blanqueo de capitales, que introduce obligaciones más severas que requerirán mayor inversión por parte de los sujetos obligados. También carecemos de información sobre el efecto disuasorio que tienen las medidas legislativas sobre los potenciales blanqueadores y sobre los delincuentes.

- Los únicos datos que tenemos son el volumen de comunicaciones de operaciones sospechosas que recibe el SEPBLAC, publicados en sus correspondientes memorias anuales. Asimismo disponemos de información, aunque limitada, de las diligencias por delitos de blanqueo de capitales iniciadas por la fiscalía, datos que extraemos de sus memorias anuales. Desconocemos, sin embargo, el volumen de sentencias anuales por blanqueo de capitales y el número de personas condenadas. Y también desconocemos la cifra de bienes decomisados por estos delitos.

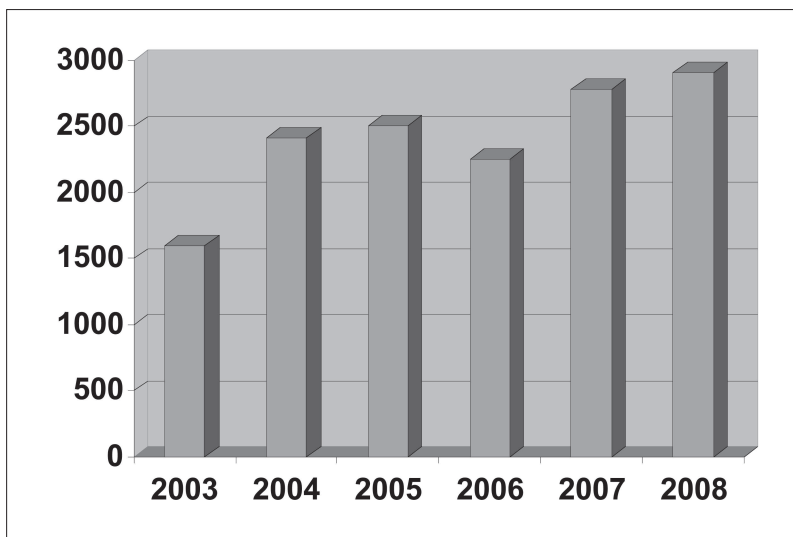
Por ello, debemos hacer una serie de *advertencias previas*.

- En primer lugar, los datos que se obtienen de las estadísticas oficiales de la fiscalía no son suficientemente detallados, por lo que hay que ser cautelosos en su interpretación.
- En segundo lugar, si bien disponemos de algunas cifras sobre condenas por blanqueo de capitales, no sabemos cuántas de ellas son consecuencia de la comunicación de operaciones sospechosas realizadas por los sujetos obligados. En muchas ocasiones son las investigaciones por delitos previos las que conducen a destapar el esquema de blanqueo utilizado.

5.2. La prevención del blanqueo de capitales: datos del SEPBLAC

El primer nivel de la cadena contra el blanqueo de capitales consiste en el análisis y posterior presentación por parte de los sujetos obligados de comunicaciones de operaciones sospechosas. Los informes anuales que elabora el SEPBLAC nos permiten conocer el número de tales comunicaciones. Se puede observar en el cuadro inferior que estas se han incrementando de forma notable, o mejor, se han prácticamente duplicado en los últimos cinco años. En el año 2003, se realizaron 1.598 comunicaciones de operaciones sospechosas y 2.904 en el año 2008.

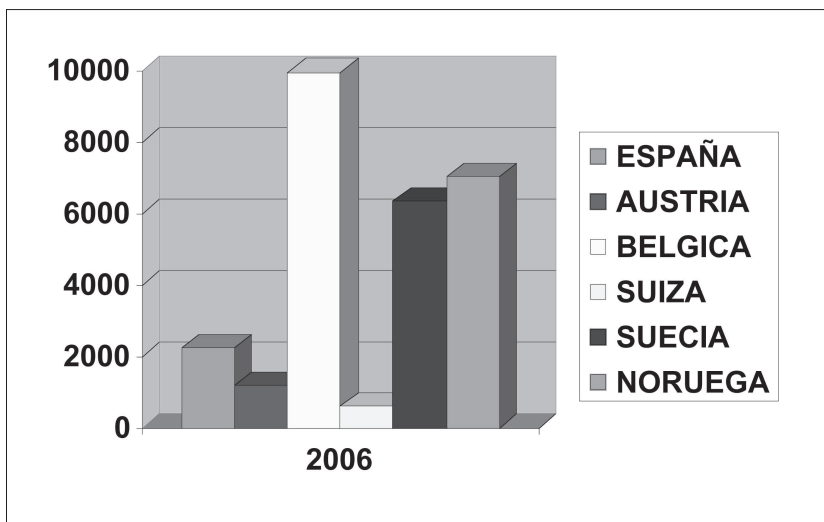
Comunicaciones de operaciones sospechosas					
AÑO	2004	2005	2006	2007	2008
Sujetos obligados del régimen general	2.287	2.293	1.965	2.220	2.380
Sujetos obligados del régimen especial	20	105	145	302	328
Servicio Ejecutivo (alertas)	25	17	24	45	47
Organismos públicos	75	37	42	28	21
Otros orígenes	7	50	75	188	128
Total	2.414	2.502	2.251	2.783	2.904



Sin embargo, no se puede obtener una conclusión clara acerca del significado del aumento de comunicaciones de operaciones sospechosas. Este incremento probablemente puede atribuirse al mayor control e implicación de los sujetos en la lucha contra el blanqueo de dinero (o al aumento de sujetos obligados). Pero aún así, no sabemos si el mayor número de informes sobre transacciones sospechosas también implica una mayor cantidad de procesamientos o condenas.

Para contrastar estos resultados, podemos seleccionar un año y ver qué ocurre en otros países de nuestro entorno. Así, si tomamos el año 2006, podemos ver los siguientes resultados:

	Año 2006
España	2.251
Austria	1.174
Belgica	9.938
Suiza	619
Suecia	6.353
Noruega	7.042



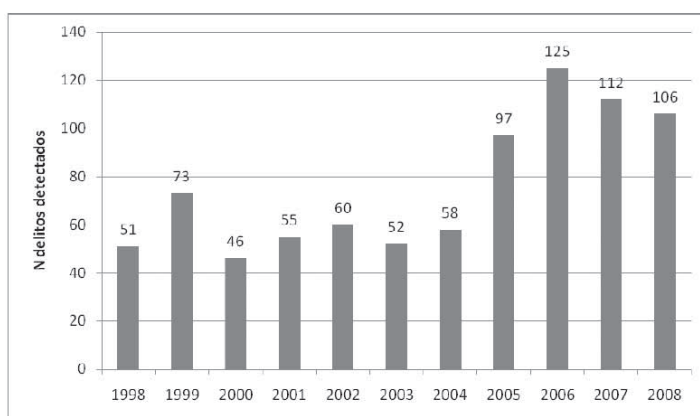
Vemos que España se encuentra entre los países en los que menos comunicaciones de operaciones sospechosas se realizan. Ahora bien, estas cifras de los países de nuestro entorno contrastan con las procedentes de los países anglosajones ese mismo año: en los Estados Unidos se comunicaron 1.078.894 operaciones sospechosas, en el Reino Unido la *Serious Organised Crime Agency* (SOCA) recibió 213.561 y en Australia el *Australian Transaction Reports and Analysis Centre* (AUSTRAC) 24.801 (datos aportados por Chaikin, 2009, 247).

Una vez que el SEPBLAC recibe las comunicaciones de los sujetos obligados, procede a analizarlas. Después de evaluar su gravedad y legitimidad, da traslado de las mismas a la policía, a los tribunales y a otras autoridades. Se puede observar en el cuadro siguiente que el Cuerpo Nacional de Policía es el que más informes de operaciones sospechosas recibe, al que sigue la Guardia Civil. Ello puede obedecer a que las informaciones no están lo suficientemente maduras para proceder a su traslado a la fiscalía o a los tribunales competentes.

Destino de los informes por comunicaciones de operaciones sospechosas						
	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Cooperación internacional	322	519	8	7	25	5
Audiencia Nacional	32	57	35	22	16	14
Juzgados de instrucción	61	46	36	15	14	8
Fiscalía Antidroga	34	52	70	67	11	45
Fiscalía Anticorrupción	135	204	329	369	185	53
Cuerpo Nacional de Policía	735	866	705	1.207	1.300	1.586
Guardia Civil	103	320	445	646	652	566
Agencia Estatal de Administración Tributaria	115	227	523	675	762	690
Departamento de Aduanas - A.E.A.T.	40	54	101	264	177	203
Dirección General del Tesoro y Política Financiera	53	106	22	8	23	5
Banco de España	12	10	7	4	4	2
Otros organismos	33	40	17	30	17	25
Servicio Ejecutivo de la CPBCIM (Archivo provisional)	545	516	462	466	569	686

Fuente: Memorias anuales del SEPBLAC

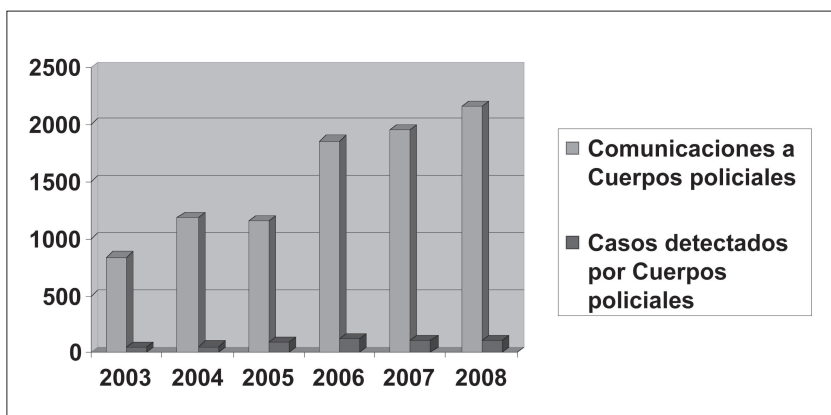
Gráfico 7. Delitos detectados de blanqueo de capitales entre 1998 y 2008 por el CNP y la GC*



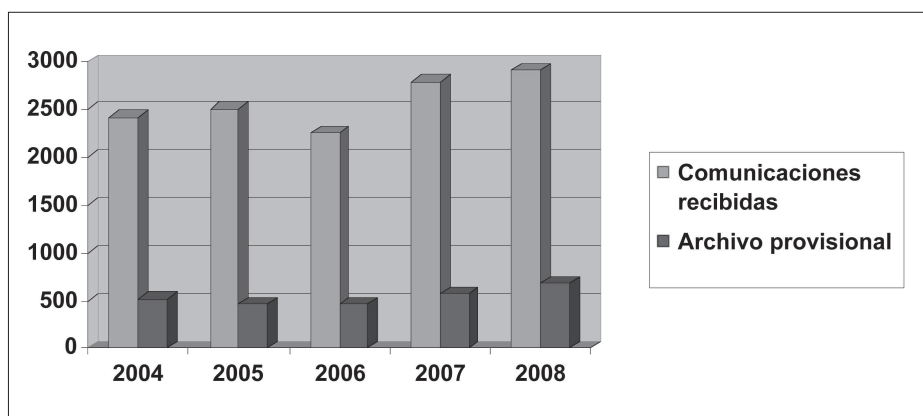
*Fuente: Elaborado a partir de los datos del Ministerio del Interior

Fuente: Giménez-Salinas Framis/ de la Corte Ibáñez/ Requena Espada/ de Juan Espinosa (2009), 21.

En los cuadros anteriores puede verse que no todas las comunicaciones constituyen delitos de blanqueo detectados por ambos cuerpos de seguridad del Estado. Por ejemplo, en 2008 se remitieron a ambos cuerpos 2152 informes de operaciones sospechosas, pero sólo se detectaron 106 casos de blanqueo. No sabemos siquiera cuántos de estos 106 casos tuvieron su origen en aquellos informes.



Algunas comunicaciones, tras su análisis por el SEPBLAC, son archivadas. La evolución del archivo de casos va disminuyendo con el tiempo. Si bien en el año 2003 se archivaban casi un tercio de los casos, en 2008 la cifra desciende hasta un sexto aproximadamente. Esto significa que cada vez se investigan más informes y, por lo tanto, que la calidad de los mismos es mayor.



5.3. Fiscalía y tribunales

La Fiscalía es uno de los destinatarios de los informes de operaciones sospechosas que analiza el SEPBLAC. Partiendo de las memorias de la Fiscalía obtenemos los

siguientes resultados, que como se puede ver están incompletos debido a la falta de datos en algunos años, muchas veces debido a que los datos son parciales. Carecemos de datos del año 2007, y el dato del año 2008 nos hace pensar que la estadística no es del todo completa. La Memoria de 2009 explica que la Fiscalía contra la Corrupción y la Delincuencia Organizada inició en 2008 tres diligencias preprocesales por blanqueo de capitales y la Fiscalía Especial Antidroga inició 19 diligencias de investigación. Los procedimientos incoados por Blanqueo de Capitales en los Juzgados de la Audiencia Nacional en el año 2008 ascendieron a un total de ocho, habiéndose reducido la cifra de incoaciones por estos delitos, que en el año 2006 fueron 16, y 11 en 2007. En cuanto a los datos por provincias, en el año 2008 se tramitaron 86 casos de blanqueo.

Fiscalía - diligencias previas blanqueo		
2003	2004	2005
401	226	99

Fuente: Memorias de la Fiscalía General del Estado

Los datos no sólo son incompletos, sino que no coinciden. Las Memorias de la Fiscalía apuntan a que durante el año 2006 se recibieron por la Fiscalía Antidroga 53 informaciones del SEPBLAC. Esto no coincide con lo que dicen las Memorias del SEPBLAC, que afirma haber enviado 67. De aquellas 53, 13 han dado lugar a la incoación de diligencias de investigación en la propia Fiscalía, 2 han sido enviadas a los órganos judiciales por referirse a procedimientos penales en tramitación, 3 corresponden a actuaciones complementarias o de ampliación a otras anteriormente remitidas, 2 han sido remitidas a la Policía, 6 han sido devueltas por no ser competencia de la Fiscalía y 27 han sido remitidas a las Fiscalías territorialmente competentes para su investigación. Ante estas informaciones podemos concluir que no conocemos a ciencia cierta cuántas diligencias previas por blanqueo han tenido su origen en las investigaciones del SEPBLAC de las comunicaciones de operaciones sospechosas presentadas por entidades privadas. Pero tampoco tenemos una idea de cuántas de esas diligencias han desembocado en condenas por blanqueo de capitales, ni la cuantía de bienes finalmente decomisados.

Los únicos datos de que disponemos sobre sentencias y condenas por blanqueo de capitales los encontramos en el informe de evaluación que realizó el GAFI a España en el año 2006 (FATF, 2006), y se refieren a los años 2002 a 2004.

Año	Enjuiciamientos por blanqueo	Condenas por blanqueo
2002	7	7 (28 personas condenadas)
2003	9	9 (30 personas condenadas)
2004	12	11 (50 personas condenadas)

Fuente.: FATF (2006): *Spain* (pº 99).

Esta tabla refleja los datos que el Ministerio de Justicia entregó a los evaluadores del GAFI. En ella se recoge el número de casos enjuiciados y de condenas por blanqueo a nivel nacional. Ahora bien, no se reflejan los casos de blanqueo que se han enjuiciado en las Audiencias Provinciales. La conclusión es que no son muchos los casos enjuiciados teniendo en cuenta la inversión que realizan los sujetos obligados. Es más, ni siquiera sabemos si estos casos que finalmente han llegado a condena tienen su origen en el sistema de prevención del blanqueo de capitales.

6. CONCLUSIONES

1. Después de más de 20 años de prevención del blanqueo de capitales, los *resultados son decepcionantes* a nivel nacional y europeo. Los sujetos obligados, especialmente las entidades financieras, están soportando unos costes importantes por su colaboración activa en la prevención del blanqueo. Los sistemas preventivos han influido en sus clientes, que tienen que pagar por las medidas de prevención. Los estudios realizados por algunas consultoras han puesto en evidencia los costos por cliente que tiene tales medidas (Pricewaterhouse Coopers LLP, 2003). Por supuesto, es de imaginar que algún efecto han podido tener. Pero comparando los costes directos e indirectos con el volumen estimado de la delincuencia organizada (ver el estudio de Giménez-Salinas Framis/ de la Corte Ibáñez/ Requena Espada/ de Juan Espinosa, 2009), las victorias son pocas y los costes son elevados.

Y los gastos de los sujetos obligados se van a incrementar en el futuro, pues se encuentra en trámite parlamentario la nueva ley sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Con el enfoque basado en el riesgo impuesto por el GAFI y la Unión Europea que se acoge en dicho proyecto se van a incrementar notablemente los gastos de los sujetos obligados.

2. Con base en las estadísticas disponibles, el GAFI entiende que existen *motivos para dudar de la eficacia* en general de la aplicación práctica del delito de blanqueo en España. Ahora bien, también se muestra cauteloso cuando advierte que es difícil evaluar la eficacia con mayor precisión debido a la falta de exhaustividad de las estadísticas. En este sentido, advierte de que:

- no se dispone de información estadística sobre la aplicación del delito de blanqueo de capitales a nivel regional,
- no existen estadísticas sobre las sanciones impuestas en esta materia, y
- no hay estadísticas que muestren cuántas investigaciones desembocaron en enjuiciamiento y, a su vez, cuáles fueron los resultados específicos de estos procesos.

Las pocas cifras disponibles, continúa el GAFI, sólo reflejan los casos graves de blanqueo tramitados a través de las fiscalías especializadas. En lo que respecta al blanqueo relacionado con los delitos de tráfico de drogas, el número de casos parece muy pequeño en un país de conocida exposición al tráfico de drogas (FATF, 2006, pº 100).

En definitiva, es palmaria la ausencia de estadísticas que permitan evaluar la eficacia del sistema. Es urgente, a mi juicio, que se *elaboren estadísticas pormenorizadas* por parte de las instituciones públicas. Parece que esta deficiencia se intenta corregir en el proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terro-

rismo, que está tramitándose en las Cortes Generales. De acuerdo con el proyecto de ley, corresponde a la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias “elaborar las estadísticas sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, a cuyo efecto deberán prestarle su colaboración todos los órganos con competencias en la materia. En particular, la Comisión Nacional de Estadística Judicial facilitará los datos estadísticos sobre procesos judiciales que tengan por objeto delitos de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo” (art. 44.2.n).

Asimismo es conveniente que los *sujetos obligados hagan sus propias estadísticas* acerca de los gastos que deber realizar para cumplir con la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Ello ayudaría enormemente a valorar la eficacia del sistema.

3. De todo lo expuesto se deriva en última instancia que *no se sabe qué camino han seguido las comunicaciones de operaciones sospechosas*, y si realmente han desempeñado algún papel en las condenas por blanqueo. Y es que una condena por delito de blanqueo de capitales puede ser consecuencia de investigaciones por diversos delitos, como tráfico de drogas u otros, en los que no se cuenta con ninguna comunicación de operación sospechosa. Todo esto puede llevar a una conclusión provisional: se está sobreestimando el efecto que tienen las comunicaciones de operaciones sospechosas. Las cifras sugieren un impacto muy limitado del sistema de comunicación en las condenas por blanqueo de capitales (Verhage, 2009a).

4. No podemos dejar de mencionar que posiblemente el sistema haya desplegado efectos preventivos, *disuadiendo a los (potenciales) delincuentes* de cometer hechos delictivos que generan beneficios económicos. Sin embargo, estos efectos no pueden ser objeto de prueba, por ser de muy difícil medición, por no decir imposible. A no ser que se recurra a medios indirectos, que tengan en cuenta, por ejemplo, el incremento de los delitos relacionados con el crimen organizado y la corrupción, o el volumen estimado de dinero sucio en el sistema.

5. Por último, no existen en España *investigaciones criminológicas* sobre el blanqueo de capitales, en especial, sobre el aspecto relacionado con el cumplimiento normativo. Sirva este trabajo como contribución a la misma, con la esperanza de que en el futuro se intensifiquen los estudios.

BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, G.S. (1968): “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76, pp. 169-217.
- BERISTAIN, A. (2007): *Derecho penal, Criminología y Victimología*, Curitiba: Juruá.
- BLANCO CORDERO, I. (1997, 2ª ed. 2002): *El delito de blanqueo de capitales*, editorial Aranzadi.
- BLANCO CORDERO, I. (1999): *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*, editorial Comares, Granada.
- BLANCO CORDERO, I. (2001): “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la U.E.”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 15, pp. 7-38.

- BLANCO CORDERO, I. (2007): "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos", en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal / electronic Review of the International Association of Penal Law / Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal (ReAIDP / e-RIAPL)*, A-01.
- BLANCO CORDERO, I. (2008): "Derechos Humanos y terrorismo: las "listas negras" de sospechosos de actividades terroristas", También traducido al inglés como "Human rights and terrorism: the 'blacklists' of persons suspected of terrorist activity" (pp. 299-326), en *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales = Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards* / coord. por Montserrat de Hoyos Sancho, pp. 306-335.
- BLANCO CORDERO, I. (2009): ¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?, en *Athena Intelligence Journal*, Vol. 4, Nº. 1, pp. 35-68.
- BOSWORTH-DAVIES, R. (2008): "The influence of Christian moral ideology in the development of anti-money laundering compliance in the west and its impact, post 9-11, upon the South Asian Market: An independent evaluation of a modern phenomenon", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 11; Issue: 2, pp. 179-192.
- CAPGEMINI (2005): *Regulatory Compliance: Threat or Opportunity?*, www.capgemini.com.
- CAPGEMINI (2005): *Turning Compliance into Competitive Advantage: The Business Benefit Service*. www.capgemini.com.
- CARRINGTON, I. / SHAMS, H. (2006): *Elements of an Effective AML/CFT Framework: Legal, Regulatory, and Best Institutional Practices to Prevent Threats to Financial Stability and Integrity*, paper presented at a seminar on Current Developments in Monetary and Financial Law, Washington DC, October 23-27.
- CHAIKIN, D. (2009): "How effective are suspicious transaction reporting systems?", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 12, Nº. 3, pp. 238-253.
- CLARKE, R.V. (1980): "'Situational' crime prevention: Theory and practice", *British Journal of Criminology*, Vol. 20, pp. 136-147.
- CLARKE, R.V. (1995): "Situational Crime Prevention", en *Building a Safer Society. Strategic Approaches to Crime Prevention*. Edited by Michael Tonry and David P. Farrington. *Crime and Justice. A Review of Research*, Vol. 19, pp. 91-150.
- CLARKE, R.V. / CORNISH, D.B. (1985): "Modelling Offenders' Decisions: A Framework for Research and Policy", *Crime and Justice. An Annual Review of Research*, vol. 6, M. Tonry y N. Morris (eds.): Chicago, pp. 147-185.
- CLARKE, R.V. / CORNISH, D.B. (2001): "Rational Choice", en *Explaining Criminals and Crime. Essays in Contemporary Criminological Theory*, Raymond Paternoster / Ronet Bachman, Roxbury Publishing Company, Los Angeles, California, pp. 23-42.
- CORNISH, D.B. / CLARKE, R.V. (1986): "Introduction", en *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, D. B. Cornish y R. V. Clarke (eds.), New York, pp. 1-16.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., (2009): "Financiación del terrorismo y responsabilidad penal en Derecho español", (en prensa).
- FAVAREL-GARRIGUES, G., GODEFROY, T. y LASCOUMES, P. (2008): "Sentinels in the banking industry. Private actors and the fight against money laundering in France", *British Journal of Criminology*, Vol. 48, pp. 1-19.

- FAVAREL-GARRIGUES, G., GODEFROY, T. y LASCOUMES, P. (2009): *Les sentinelles de l'argent sale. Les banques aux prises avec l'antiblanchiment*, La Découverte, Paris.
- Financial Action Task Force (FATF) (2006): *Third Mutual Evaluation Report on Anti-Money Laundering and Combating The Financing of Terrorism. Spain*. 23 June 2006.
- FINDLAY, M. (1999): *The Globalisation of Crime Understanding Transitional Relationships in Context*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FLEMING, M.H. (2005): *UK Law Enforcement Agency Use and Management of Suspicious Activity Reports: Towards Determining the Value of the Regime*, University College, London.
- Fondo Monetario Internacional - FMI (2004): *Unidades de inteligencia financiera: Panorama general* -Washington, D.C.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros.
- GILL, M. / TAYLOR, G. (2004): "Preventing Money Laundering or Obstructing Business? Financial Companies' Perspectives on 'Know Your Customer' Procedures", *The British Journal of Criminology*, 44, pp. 582-594.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A. / DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. / REQUENA ESPADA, L. / DE JUAN ESPINOSA, M. (2009): "La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión Imposible?", *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 9, Número 7.
- HARVEY, J. (2004): "Compliance and reporting issues arising for financial institutions from money laundering regulations: a preliminary cost benefit study", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 7 N°. 4, pp. 333-346.
- HARVEY, J. (2005): "An evaluation of money laundering policies", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 8, N°. 4, pp. 339-345.
- KPMG (2007): *Global Anti-money Laundering Survey 2007. How Banks are Facing up to the Challenge*, KPMG, Amsterdam.
- LEVI, M. (2005): *Controlling the International Money Trail. What Lessons Have Been Learned?*, paper presented at the seminar Global Enforcement Regimes: Transnational Organized Crime, International Terrorism and Money Laundering, the Transnational Institute (TNI), 28-29 April 2005.
- LEVI, M. / MAGUIRE, V. (2004): "Reducing and preventing organised crime: an evidence-based critique", *Crime, Law and Social Change*, Vol. 41 N°. 5, pp. 397-469.
- LEVI, M. / REUTER, P. (2006): "Money Laundering", *Crime and Justice*, Vol. 34, pp. 289-375.
- MAGNUSSON, D. (2009): "The costs of implementing the anti-money laundering regulations in Sweden", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 12, Issue: 2, pp. 101-112.
- MARTÍN BARBERO, I. (2004): "Delincuencia económica, blanqueo de capitales e inteligencia financiera", en *Boletín Económico de ICE*, n° 2808, del 31 de mayo al 13 de junio de 2004, pp. 25-34.
- NAYLOR, R.T. (1999): "Wash-out: A critique of follow-the-money methods in crime control policy", *Crime, Law & Social Change* 32, pp. 1-57.
- NAYLOR, R.T. (2004): *Wages of Crime: Black Markets, Illegal Finance and the Underworld Economy* (Ithaca NY).

- NEWMAN, G. / CLARKE, R.V. / SHOHAM, S.G. (eds.) (1997), *Rational Choice and Situational Crime Prevention: Theoretical Foundations*, Ashgate, Dartmouth, U.K.
- NIVRA-NYENRODE, Capgemini (2007): *Compliance Survey 2007*, Nivra-Nyenrode Press, Capgemini, Breukelen / Paris.
- PIETH, M. / AIOLFI, G. (2003): "The private sector become active: the Wolfsberg process", *Journal of Financial Crime*, Vol. 10, Nº 4, pp. 359-65.
- PRICEWATERHOUSE COOPERS LLP (2003): *Anti-money laundering current customer review cost benefit analysis*.
- SCHNEIDER, F. (2008): Money Laundering and Financial Means of Organized Crime: Some Preliminary Empirical Findings, "Paolo Baffi" Centre on Central Banking and Financial Regulation, "Paolo Baffi" Centre Research Paper Series Nº. 2008-16, <http://ssrn.com/abstract=1136149>.
- VAN DUYNE, P., DE MIRANDA, H. (1999): "The emperor's clothes of disclosure: hot money and suspect disclosures", *Crime, Law and Social Change*, Vol. 31, Nº. 3, pp. 245-71.
- VAN DUYNE, P.C., GROENHUIJSEN, M.S., SCHUDELARO, A.A.P. (2005): "Balancing financial threats and legal interests in money-laundering policy", *Crime, Law and Social Change*, Vol. 43, pp. 117-47.
- VERHAGE, A. (2008): "Between the hammer and the anvil? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry", *Crime, Law and Social Change*, Vol. 52, Nº. 1, pp. 9-32.
- VERHAGE, A. (2009a): "Compliance and AML in Belgium: a booming sector with growing pains", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 12, Issue: 2, pp. 113-133.
- VERHAGE, A. (2009b): "Supply and demand: anti-money laundering by the compliance industry", *Journal of Money Laundering Control*, Volume 12, Nº. 4, pp. 371-391.
- WILSON, J.Q. / HERRNSTEIN, R.J. (1985): *Crime and Human Nature. The definite study on the causes of crime*, New York.

EL HOMICIDIO EN LA RELACIÓN DE PAREJA: UN ANÁLISIS PSICOLÓGICO

Enrique ECHEBURÚA

*Catedrático de Psicología Clínica
Facultad de Psicología
Universidad del País Vasco*

Paz DE CORRAL

*Profesora Titular de Psicología Clínica
Facultad de Psicología
Universidad del País Vasco*

1. INTRODUCCIÓN

Los casos de violencia grave contra la pareja se suceden a un ritmo preocupante, sin que la mayor sensibilización social y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas se muestren capaces de frenarlos. Todavía hay muchos hombres que consideran que la libertad conquistada por las mujeres atenta contra la esencia de su identidad.

El punto de máximo riesgo físico para la mujer suele ser el momento de la separación, cuando la mujer se rebela y cuando el varón se da cuenta de que la separación es algo inevitable. El riesgo aumenta si ha habido con anterioridad violencia física y un aumento creciente de los episodios violentos, si ha habido agresiones o amenazas con armas u objetos contundentes, si el hombre no acepta radicalmente la separación, si ejerce conductas de acoso, si consume alcohol y drogas o si muestra alteraciones psicopatológicas (celos infundados, impulsividad extrema, dependencia emocional, depresión, etcétera). Además, muchos de estos agresores tienen una historia de conductas violentas, bien con parejas anteriores, bien con otras personas (por ejemplo, compañeros de trabajo) o bien consigo mismos (intentos de suicidio), y muestran una situación social complicada (por ejemplo, estar en paro) (Echeburúa y Corral, 1998).

En el caso de los homicidios contra la pareja, los malos tratos habituales, el abandono y los celos (o las conductas controladoras extremas) constituyen una *trilogía letal*. Por ello, en estos casos la mujer puede requerir, con frecuencia, la ayuda de otras personas o de mecanismos sociales protectores para cortar esos *lazos traumáticos* (Garrido, 2001).

La ruptura no deseada de la pareja desencadena en el hombre graves consecuencias de íntimo dolor y frustración. En ese momento puede abrirse la puerta de las reivindicaciones y de la expresión de los agravios, al hilo de la desintegración del proyecto de vida, de la pérdida de la persona amada, de la infidelidad, de la mentira o del desprecio.

A ello se añade a veces el alejamiento de los hijos, la privación del hogar, el abono de pensiones exageradas, etcétera. Todo ello, valorado como una agresión injusta, puede incitar a la venganza, sobre todo cuando el agresor se siente humillado, carece de una red de apoyo social y tiene problemas económicos.

Se impone la necesidad de valoración del riesgo en cada caso porque los recursos no son infinitos, porque no todos los casos son iguales y porque no todas las mujeres maltratadas necesitan el mismo nivel de protección. La valoración del riesgo tiene que centrarse en la peligrosidad de los agresores (gravedad del trastorno psicológico, consumo de drogas, violencia como forma habitual de relación, etcétera) y en la vulnerabilidad de las víctimas (edad muy joven o muy mayor, nivel de estudios y de trabajo bajo, apoyo social escaso, etcétera), así como en el tipo de interacción entre unos y otras (Echeburúa, Fernández-Montalvo y Corral, 2009).

2. ¿DENUNCIAR O NO DENUNCIAR?

Las denuncias por violencia contra la pareja han experimentado un desarrollo creciente (alrededor de 120.000 en España en 2008), pero, aun así, constituyen la punta de un *iceberg* que no representa más allá del 20%-30% de los casos. De hecho, por ejemplo, y por citar sólo el caso más dramático de violencia contra la pareja (el asesinato de la mujer), sólo el 23% de las mujeres fallecidas en 2008 en España habían presentado denuncia con anterioridad, lo que quiere decir que hay una enorme bolsa de maltrato oculto y que la mayoría de las víctimas o no se atreven a denunciar por temor o subestiman el riesgo que corren.

Lo que frena a la víctima para presentar la denuncia es, entre otras razones, el miedo a la venganza del agresor, la desconfianza en el sistema policial y judicial, el deseo de no perjudicar al agresor (por la dependencia emocional hacia éste) y de no causar problemas a los hijos, el temor a la desintegración de la familia o el sentirse parcialmente culpable del fracaso de la relación (Garrido, Stangeland y Redondo, 2006).

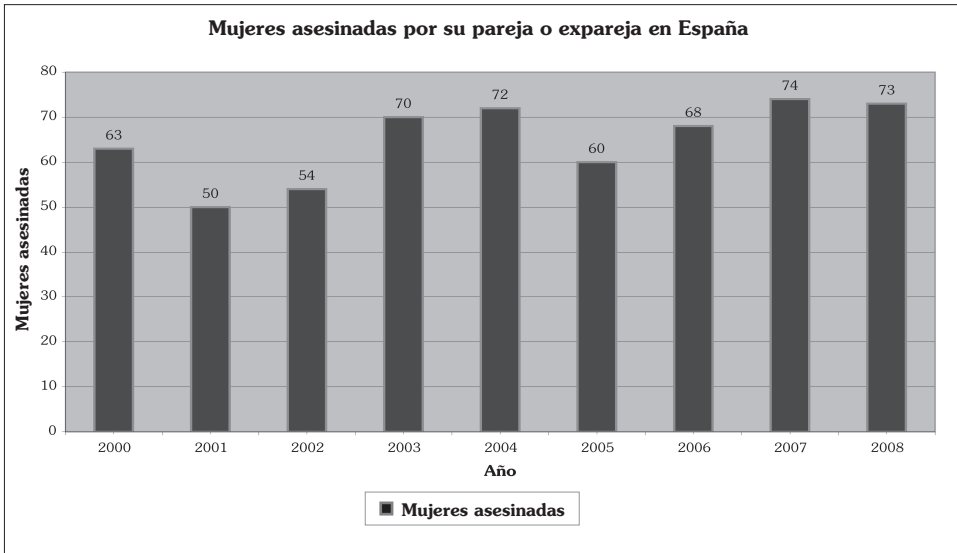
Sin embargo, hay mujeres que dan el paso de acudir al sistema judicial. La denuncia puede venir por una conducta que las *despierta*: la extensión de la violencia a los hijos, la intervención de una amiga, el apoyo de la familia, etcétera. En este momento hay una transición desde el miedo al desprecio, combinado al mismo tiempo con la percepción de peligro.

Las ventajas de la denuncia son múltiples: poner fin al abuso y a la humillación; adquirir confianza y respeto; recuperar el control de la propia vida; rescatar a los hijos de un entorno de violencia; relacionarse con otras personas; evitar la impunidad del agresor; tener una protección policial y judicial, etcétera.

Ahora bien, una denuncia, si no hay una protección efectiva de la mujer y no se cuenta con un cierto apoyo social y familiar, puede ser una mala decisión. La denuncia supone hacer trascender el problema del ámbito privado al público. La denuncia es así una amenaza a la identidad del agresor, que puede desatar en él una reacción visceral e incluso precipitar un desenlace dramático para la víctima. Una denuncia por malos tratos o el mero abandono del hogar suponen para el maltratador, acostumbrado a actuar en la impunidad y en el silencio, una exhibición pública de su condición en un momento histórico en que sus conductas ya no gozan de permisividad social (Cobo, 1999).

3. MUJERES MUERTAS A MANOS DE SUS PAREJAS O EX PAREJAS

En España han fallecido como consecuencia de la violencia de pareja unas 50-75 mujeres anualmente en el periodo 2000-2008, lo que supone una víctima cada 5-6 días y una cantidad total de 584 mujeres víctimas de esta espiral de la violencia (figura 1).



La Ley de Violencia de Género no ha conseguido frenar la sangría de asesinatos y evitar la muerte de las mujeres a manos de sus parejas o ex parejas despechadas, ofuscadas o resentidas. La mayoría de las víctimas mortales no se atrevió a denunciar y se mantiene el muro de silencio de vecinos y familiares. Asimismo las órdenes de alejamiento no bastan para frenar a todos los agresores empeñados en matar, y muchas veces dispuestos a morir.

Según el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, en 2007 hubo en España una tasa de 3,1 mujeres muertas por millón de habitantes. Esta cifra, con ser sumamente preocupante, está muy debajo de la media de otros países de nuestro entorno. Así, el norte de Europa, en contra del tópico de un sur *de sangre caliente*, está claramente por encima: 5,8 mujeres muertas por millón en Dinamarca; 10,3 en Finlandia; y 5,3 en la superfeminista Noruega. La mayor parte de los casos se concentran en los países escandinavos, con la salvedad de Hungría (12). En el Reino Unido el índice es del 3,7 y en Suiza del 6,5.

Las víctimas son, en general, personas jóvenes, entre 30 y 45 años (pero con una tendencia a la disminución de edad), de un nivel socioeconómico medio-bajo o bajo. Las víctimas de violencia grave tienden a ser más vulnerables por razón de la edad, la enfermedad, la soledad o la dependencia. Vivir en entornos marginales o consumir abusivamente alcohol o drogas aumenta el riesgo de la víctima (Echeburúa y Corral, 2009).

Muchas de las víctimas, al menos un tercio de ellas, se encuentran separadas recientemente o en trámites de separación. La evolución actual muestra una disminución de los homicidios cometidos en el seno de una relación de pareja, bien con convivencia (cónyuges o compañeros) o sin ella (noviazgo), así como un aumento del número de homicidios llevados a cabo por los agresores sobre sus ex parejas. En concreto, la violencia más grave tiene lugar cuando la pareja está separada o en trámites de separación, cuando el agresor no acepta la separación impuesta por la víctima y cuando hay conductas de acoso durante las últimas semanas (Cerezo, 2000).

Respecto al método de agresión, el apuñalamiento o los objetos contundentes son la forma más habitual de muerte, seguida de los golpes (que pueden generar un traumatismo craneoencefálico), los estrangulamientos con manos o cuerdas y las armas de fuego. Es decir, se asesina de cerca, a golpes y puñaladas. En general, hay una extraordinaria brutalidad, un factor sorpresa y una situación de indefensión por parte de la víctima. Se produce a veces también un *furor homicida*, reflejado en la reiteración de un número de puñaladas innecesario para provocar la muerte.

En más del 60% de los casos las víctimas mortales tenían hijos, lo que evidencia el efecto multiplicador del número de víctimas en los casos de violencia de género. El impacto emocional sobre los hijos es, en muchos casos, irreversible y, en cualquier caso, supone una interferencia emocional grave en su desarrollo psicológico (Echeburúa y Corral, 2002).

4. VÍCTIMAS DE HOMICIDIO Y MUJERES INMIGRANTES

El número de víctimas mortales se mantiene de forma constante en los últimos años, pero ha aumentado de modo considerable el número de las víctimas inmigrantes. En 2008 la población inmigrante en España constituye el 47% de las víctimas mortales (es decir, casi la mitad de todas) y el 38% de los agresores. Se trata claramente de una sobrerrepresentación de este sector, cuando la población inmigrante se sitúa en torno al 10%-12% de la población española. Hay, pues, una enorme bolsa de maltrato invisible que afecta a un grupo doblemente vulnerable: las mujeres inmigrantes, que tienen de 3,5 a 6 veces más probabilidades de morir a manos de sus parejas que las nacidas en España.

Las mujeres inmigrantes pueden ser presa fácil para el agresor porque se encuentran en una inferioridad de condiciones, con una gran fragilidad económica, jurídica, afectiva y, en algunos casos, lingüística. En concreto, cuentan habitualmente con una red de apoyo familiar y social muy limitada, proceden de una cultura patriarcal, con muchos componentes machistas, y suelen vivir en un entorno cerrado, endogámico, con un fuerte control sobre sus componentes, como si viviesen en un pueblo. El peligro es mayor en las inmigrantes que se hallan en situación irregular o que han llegado al país tras un proceso de reagrupamiento familiar. A su vez, los hombres abandonados se pueden sentir especialmente humillados frente a su círculo social y los agresores no se sienten tan inadaptados ni censurados porque en su entorno no es tan repudiable pegar. Es decir, el machismo en el hombre y la indefensión en la mujer, fruto de la soledad de la inmigrante, constituyen un cóctel explosivo.

En algunos casos puede haber una adaptación asimétrica en las parejas de inmigrantes. Así, la mujer puede trabajar desde el principio (en el servicio doméstico o

en la atención a niños, enfermos o ancianos), mantener amigas de su nacionalidad y hacer amigas españolas nuevas. Por el contrario, al hombre le puede costar más encontrar trabajo y adaptarse al entorno familiar y social, lo que puede generar un cierto desarraigo y un consumo abusivo de alcohol. Esta situación de estrés, junto con los estereotipos machistas, propicia la aparición de conductas violentas graves (Cobo, 2009).

5. VÍCTIMAS DE FEMINICIDIO EN LA JUVENTUD Y EN LA TERCERA EDAD

Los asesinatos de la pareja tienen lugar en todas las edades, pero presentan algunas características específicas cuando se presentan en la juventud y en la tercera edad.

a) Víctimas jóvenes

La violencia en las parejas jóvenes es un precursor de la violencia en las parejas adultas. En las parejas jóvenes la violencia suele ser psicológica, plantearse de forma sutil y ser menos grave que en las parejas en la vida adulta. Por lo que se refiere a los agresores, la violencia es más frecuente cuando hay ciertas variables de personalidad anómalas (impulsividad alta, irascibilidad, ausencia de empatía, baja autoestima), ciertas alteraciones psicopatológicas (abuso de alcohol y drogas, celos patológicos), actitudes positivas hacia la violencia y experiencias previas de violencia en relaciones de pareja anteriores. Respecto a las víctimas jóvenes, éstas tienen más probabilidad de serlo si hay un emparejamiento temprano, si tienen ciertos déficits psicológicos (una baja autoestima, carencias afectivas o problemas de asertividad), si carecen de una red familiar y social de apoyo, si adoptan conductas de riesgo y se mueven en un entorno de toxicómanos (González-Ortega, Echeburúa y Corral, 2008).

Como se señala en la tabla 1, hay ciertas señales de alarma que denotan un riesgo alto de estar implicado en una relación de pareja violenta.

Tabla 1. Señales de alarma de una relación de pareja violenta

Señales de alarma en el agresor	Señales de alarma en la víctima
<ul style="list-style-type: none"> • Intenta reiteradamente controlar la conducta de la pareja. • Se muestra posesivo con la pareja. • Es extremadamente celoso. • Aísla a la pareja de familiares y amigos. • Muestra conductas humillantes o actos de crueldad hacia la víctima. • Recurre a las amenazas o a la intimidación como medio de control. • Presiona a su pareja para mantener relaciones sexuales. • Culpa a la víctima de los problemas de la pareja. • Minimiza la gravedad de las conductas de abuso. • Tiene cambios de humor imprevisibles o accesos de ira intensos, sobre todo cuando se le ponen límites. • Su autoestima es muy baja. • Tiene un estilo de comportamiento violento en general. • Justifica la violencia como una forma de resolver los conflictos. • Se muestra agresivo verbalmente. • Responsabiliza a otras personas por sus problemas o dificultades. • Manifiesta creencias y actitudes sobre la subordinación de la mujer al hombre. • Cuenta con una historia de violencia con parejas anteriores. • Tiene un consumo abusivo de alcohol y drogas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Tiene cambios en el estado de ánimo que antes no tenía. • Muestra actualmente una baja autoestima. • Se siente rara, con problemas de sueño, nerviosismo, dolores de cabeza, etc. • Se muestra confusa e indecisa respecto a la relación de pareja. • Experimenta sentimientos de soledad. • Se aísla de amigos y familiares o carece de apoyo social. • Miente u oculta a sus padres o amigos conductas abusivas de su pareja. • Muestra señales físicas de lesiones: marcas, cicatrices, moratones o rasguños. • Le cuesta concentrarse en el estudio o en el trabajo. • Tiene conciencia de peligrosidad (temor sobre nuevos episodios de violencia). • Ha sufrido violencia en relaciones de pareja anteriores. • Tiene un consumo abusivo de alcohol y drogas.

Respecto a la violencia contra la pareja más grave (el asesinato de la víctima), las mujeres con una edad comprendida entre 25 y 34 años son las que han sufrido más asesinatos a manos de sus parejas o ex parejas (30,88%) en España durante 2007. Por otro lado, el 18,3% de los agresores (varones) también eran menores de 30 años (Informe del Centro Reina Sofía, 2007; Instituto de la Mujer, 2007) (tablas 2 y 3).

Tabla 2. Víctimas de violencia mortal en parejas jóvenes (2007)*

	Nº de casos	Porcentaje	Prev. por millón
Entre 15 y 24 años	4	5,88	1,58
Entre 25 y 34 años	21	30,88	5,61
Entre 35 y 44 años	15	22,06	4,15
Entre 45 y 54 años	10	14,71	3,32
Entre 55 y 64 años	7	10,29	2,85
Más de 64 años	11	16,68	2,53
Edad desconocida	4	-	-
Total	72	100	3,66

* Fuente: Centro Reina Sofía

Tabla 3. Víctimas y agresores de violencia mortal en parejas jóvenes (1999-2007)*

Mujeres muertas por violencia de género a manos de su pareja o ex pareja									
	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Menor de 16	1	0	0	0	0	3	0	0	0
16 - 17	1	1	0	2	1	1	1	0	0
18 - 20	2	2	0	2	0	5	4	2	2
21 - 30	9	15	18	16	16	13	14	15	18
31 - 40	17	26	18	11	27	17	15	27	16
41 - 50	6	8	5	6	15	9	10	9	15
51 - 64	3	7	5	7	4	11	3	5	10
Mayor de 64	6	4	4	9	7	11	10	10	10
Desconocida	9	0	0	1	1	2	1	0	0
%< 30	24%	28.57%	36%	37%	23.94%	30.5%	32.7%	25%	28.16%
TOTAL	54	63	50	54	71	72	58	68	71

Autores (varones) de delitos de homicidio/asesinato sobre su pareja o ex pareja									
	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Menor de 16	0	0	0	0	0	0	0	0	0
16 - 17	0	1	0	0	0	1	0	0	0
18 - 20	0	1	0	0	0	2	0	3	0
21- 30	7	7	9	10	7	14	14	9	13
31- 40	19	19	17	14	24	17	14	24	20
41 - 50	9	14	9	11	16	13	12	14	16
51 - 64	8	6	5	5	11	6	4	6	9
Mayor de 64	4	7	6	11	7	15	9	12	12
Desconocida	7	8	4	3	5	4	5	0	1
%< 30	12.96%	14.28%	18%	18.5%	10%	47.2%	24.13%	17.64%	18.3%
TOTAL	54	63	50	54	70	72	58	68	71

* Fuente: Instituto de la Mujer

b) Víctimas de la tercera edad

Se trata de muertes homicidas de mujeres a manos de sus parejas que no tienen un aviso previo y que corresponden a mujeres de más de 60 años. Tras la muerte aparece por parte del agresor una conducta pasiva de *no-huir*.

Los agresores suelen ser hombres aquejados de una demencia y que atacan a sus mujeres, que son sus cuidadoras únicas. Puede haber habido pequeñas agresiones previas, atribuidas por la mujer a la patología senil del agresor y a las que no conceden la importancia debida. Estas mujeres consideran a sus maridos incapaces de hacerles daño, bien porque son hombres educados y amables, o bien porque cuentan con grandes limitaciones físicas

El deterioro cognitivo está asociado a la incontinencia emocional, la rigidez de criterio, las quejas somáticas, la depresión, la agitación, etcétera. Son personas que aparentemente no tienen fuerza para comportarse violentamente, pero que, sin embargo, pueden acumular la suficiente energía como para agredir y matar en un momento explosivo con un martillo o con un cuchillo de cocina.

En otros casos se trata de hombres seniles que cuidan en solitario a mujeres demenciadas, con gran discapacidad o con pérdida de expectativas de vida (cánceres deteriorantes o patologías degenerativas). En estas circunstancias los hombres, sobre todo cuando carecen de habilidades como cuidadores, pueden sentirse desbordados y cometer un *homicidio por compasión*. Sin embargo, cuando es la mujer la cuidadora, no se suele dar esta situación (Cobo, 2009).

6. PERFIL DE LOS HOMICIDAS

Los hombres homicidas pueden mostrar una gran dependencia emocional hacia su pareja (*“yo tengo solamente una vida y mi vida sólo tiene sentido con ella”*), estar obsesionados por ella (*“la necesito junto a mí, no hago más que pensar en ella y debe estar siempre conmigo”*) o no asumir la ruptura (*“en estos cinco años lo he dado todo por ella; no puede ahora abandonarme”*) (Lorente, 2004).

En la mente de los futuros homicidas se empiezan a desarrollar, a partir de una creencia fija, ideas obsesivas prolongadas y perseverantes que suponen una visión catastrofista de la situación actual (*“mi vida no tiene ningún sentido”*; *“todo va de mal en peor”*; *“hay que acabar con esto”*) y una atribución de culpa a la mujer (*“mi mujer es culpable de todo lo malo que me ocurre”*; *“me mira con malos ojos y me desprecia”*; *“quiere abandonarme”*; *“me engaña con otro”*), sin ninguna esperanza en el futuro (*“haga lo que haga, todo va a ir de mal en peor”*) (Corral, 2004).

Este proceso cognitivo puede expresarse en forma de explosiones violentas parciales, pero repetidas, que constituyen las señales de alarma para la víctima, o incubarse de forma silenciosa, a modo de una olla de presión, que está en ebullición pero que no se manifiesta en forma de indicadores externos (conductas violentas). En este segundo caso de incubación silenciosa las ideas fijas están presentes, la respuesta emocional es muy intensa y las conductas de la víctima se perciben como un desafío para el agresor. Lo único que se observa al exterior son conductas de ensimismamiento, de desgana generalizada, de aislamiento social o de autodestrucción (consumo abusivo de alcohol o de fármacos).

El resultado final de este proceso puede ser un homicidio, a modo de conducta explosiva, coincidente con el momento en el que el agresor se siente ya desbordado por la situación de malestar y se muestra incapaz de articular algún tipo de solución. De este modo, se genera un desequilibrio profundo y surge la convicción de la muerte homicida como algo inevitable (*“ya no hay nada que perder”*).

La probabilidad de un feminicidio es mayor cuando el agresor presenta un estilo de conducta violento o alteraciones psicopatológicas (trastornos de personalidad graves, deterioro cognitivo en personas mayores, consumo de alcohol y drogas, etcétera), cuando la víctima es vulnerable y cuando la interacción entre ambos está sujeta a un nivel alto de estrés (situación económica precaria, problemas de vivienda, hijos difíciles, etcétera).

7. SUICIDIO DE LOS AGRESORES

Los asesinos de pareja se suicidan en torno a un 20% y lo intentan, sin conseguirlo, en un 10% de los casos. Es decir, los suicidios e intentos de suicidio en los homicidios de pareja suponen casi un tercio del total. Se suicidan frecuentemente con el mismo instrumento usado para matar (no con el menos doloroso) y no suele haber habitualmente notas explicativas.

El suicidio se da más en los agresores más integrados familiar y socialmente, por temor a las repercusiones negativas de la conducta realizada. Se trata en estos casos de un *suicidio evitativo*, cuyo objetivo es evitar las consecuencias posteriores del homicidio (rechazo social y castigo penal).

A veces puede darse el caso de un suicidio ampliado o de un homicidio por compasión. En estos casos un marido compasivo anciano, con una motivación *piadosa*, quiere acabar con el sufrimiento de su mujer enferma y la mata, suicidándose él a continuación (sin embargo, no suele ocurrir al revés). En cualquier caso, no hay que confundir este tipo de suicidio (en donde hay una preocupación por el *bienestar* de la víctima) con el feminicidio acompañado de suicidio (en donde existe un odio por la víctima).

En otros casos los asesinos se entregan a la policía (más de un tercio). La estrategia utilizada es *no huir o entregarse*. Se trata en estas circunstancias de personas que se hallan en una *situación de shock* (es decir, que tienen una percepción confusa o inadecuada de lo ocurrido, como sucede en algunos casos de arrebato o de deterioro cognitivo) o que perciben el asesinato como una *respuesta justificada* (como ocurre, por ejemplo, en muertes homicidas que responden a una justificación de tipo delirante de origen psicótico).

En general, y a diferencia de otros homicidios vinculados al narcotráfico, al terrorismo o al ajuste de cuentas, los hombres no intentan la huida, excepto que tengan antecedentes de peligrosidad delictiva.

8. ¿SE PUEDE PREDECIR LA MUERTE DE LA VÍCTIMA?

Al margen de que habitualmente la violencia grave es el último eslabón de una cadena de conductas violentas, hay veces (en un 25%-40% de los casos) en que el asesinato ha sido impredecible porque no ha habido un aumento de los incidentes violentos ni de la gravedad de las lesiones en las últimas semanas. Es decir, o hay una violencia grave cronicada y en aumento, que es el perfil más habitual, o una violencia explosiva y que resulta en buena parte impredecible (Corral, 2009).

Hay veces en que la sociedad ha tenido conocimiento del riesgo corrido por la víctima y no ha tomado las medidas adecuadas para su protección (en 2008 un 28,5% de los agresores tenían antecedentes relacionados con la violencia de género), pero, en muchos casos, el problema radica en las propias víctimas. ¿Qué ocurre para que sólo el 20%-30% de las víctimas mortales haya presentado una denuncia previa y haya podido, por tanto, beneficiarse de una protección judicial? Las razones son diversas:

- a) *Falta de conciencia*. No hay agresiones previas que sirvan como signos de alerta y las posibles señales de aviso no se han interpretado, por parte de la víctima, como situaciones de riesgo, por lo que en estos casos se trata de *homicidios silenciosos*.
- b) *Tolerancia a la agresión o subestimación del riesgo*. Ha habido agresiones previas, pero la víctima las ha minusvalorado, bien porque ha adquirido una cierta tolerancia a la agresión, bien porque ha subestimado el riesgo futuro al pensar que no iban a ir a más. Se trata de un mecanismo adaptativo para seguir soportando agresiones, pero evita las medidas de autoprotección o de protección externa.
- c) *Miedo al agresor*. La víctima es consciente del peligro, pero tiene miedo a denunciar.

En resumen, desde la perspectiva de la víctima, se plantean dos problemas: a) la falta de conciencia y la tolerancia a la agresión, que se acompañan de una disminución

de la autoprotección o de la búsqueda de protección externa; y b) la ambivalencia de la víctima (resultado de la *doble identidad* de la mujer como persona y como madre), cuando ya se ha detectado el problema y ha tomado conciencia del riesgo, que le puede llevar a variar su posición de autoprotección o de búsqueda de protección, llegando incluso a bloquear las medidas de protección.

Las actitudes ambivalentes de las víctimas, con las que hay que contar en el ámbito de la violencia de pareja, constituyen una rémora para su protección efectiva. Hay víctimas que se niegan a declarar contra su pareja, otras que mienten (*"me di el golpe en la bañera"*; *"no recuerdo exactamente lo que ocurrió porque estaba muy nerviosa"*) y otras que, tras presentar una denuncia, se retractan posteriormente de su testimonio.

9. REFLEXIONES FINALES

El asesinato de una víctima de violencia de pareja depende de muchas circunstancias, entre otras de la propia vulnerabilidad de la víctima, de las características del agresor (historial de violencia en relaciones anteriores, alteraciones psicopatológicas, deterioro cognitivo, abuso de alcohol y drogas, etcétera), así como del tipo de relación existente entre ambos (existencia de agresiones anteriores, situación económica, denuncias previas, trámites de separación, conductas de acoso, etcétera).

Hay algunos elementos de contención que tienden a inhibir esta secuencia de destrucción, como son unos valores morales sólidos, el apoyo familiar y social, la protección de la sociedad a la víctima y la ayuda terapéutica a los agresores con dificultades psicológicas (Echeburúa, 2004; Echeburúa, Amor y Fernández-Montalvo, 2002; Quinteros y Carbajosa, 2008).

A veces las decisiones judiciales de protección a la víctima pueden facilitar las respuestas explosivas de los agresores ya que pueden provocarles una ruptura biográfica brusca (detención inmediata, permanencia en el calabozo, privación sensorial, salida brusca del domicilio conyugal, pérdida de contacto con los hijos y problemas económicos o laborales, etcétera), así como un elevado nivel de falta de expectativas (*no tener nada que perder*).

La prevención es el principal reto en el ámbito del homicidio de pareja. Hay que alertar a las víctimas sobre el peligro de subestimar el riesgo (no presentando denuncias) o de bajar la guardia (pensando que el peligro ya ha pasado y retirando las medidas de protección y de autoprotección). En todos estos casos hay que convencer a la víctima de que las agresiones son peligrosas y de que ellas necesitan una protección (externa e interna). Cuando la incubación del homicidio es *silenciosa*, se debe prestar atención a los cambios de conducta del agresor (depresión, aislamiento social, abuso de alcohol o fármacos, etcétera) y darle la ayuda terapéutica necesaria, al mismo tiempo que buscar medidas de autoprotección para la víctima (Cobo, 2009).

Por último, los medios de comunicación desempeñan un papel positivo en desatascar un fenómeno oculto, alertar de una realidad inadmisibles y contribuir a crear una conciencia social contraria a la aceptación del maltrato. El papel negativo, sin embargo, es el sensacionalismo y la reiteración. Y, por ello, los medios de comunicación deben autorregularse para abordar las noticias de violencia sexista y no ser una mezcla de crónica negra de sucesos y de prensa del corazón. Aunque no hay un estudio científico

que demuestre un mimetismo a la hora de matar, se trata de evitar un posible *efecto imitación* en los potenciales agresores. Por ejemplo, conviene no informar sobre el *modus operandi* en los casos de violencia sexista, ya que eso da ideas y crea escuela. Es decir, no son un factor causante (nadie decide asesinar sólo por verlo en la televisión), pero pueden tener un cierto efecto desencadenante.

BIBLIOGRAFÍA

- CEREZO, A.I. (2000): *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- COBO, J.A. (1999): *Manual de actuación sanitaria, policial, legal y social frente a la violencia doméstica*. Barcelona: Masson.
- COBO, J.A. (2009): Manual de autoprotección de las mujeres víctimas de violencia en la relación de pareja. En E. Echeburúa *et al.* (Eds.), *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja* (pp. 137-148). Valencia: Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.
- CORRAL, P. (2004): Perfil del agresor doméstico. En J. Sanmartín (Ed.), *El laberinto de la violencia. Causas, tipos y efectos* (pp. 239-250). Barcelona: Ariel.
- CORRAL, P. (2009): Proceso de victimización en las mujeres víctimas de violencia de pareja. En A. García-Pablos(Ed.), *Delicuenta, víctima y respuesta social* (pp.111-124). Valencia: Comares.
- ECHEBURÚA, E. (2004): Tratamiento del agresor doméstico. En J. Sanmartín (Ed.), *El laberinto de la violencia. Causas, tipos y efectos* (pp. 293-307). Barcelona: Ariel.
- ECHEBURÚA, E. y CORRAL, P. (1998): *Manual de violencia familiar*. Madrid: Siglo XXI.
- ECHEBURÚA, E., AMOR, P.J. y FERNÁNDEZ-MONTALVO, J. (2002): *Vivir sin violencia. Aprender un nuevo estilo de vida*. Madrid: Pirámide.
- ECHEBURÚA, E. y CORRAL, P. (2002): Violencia en la pareja. En J. Urra (Ed.), *Tratado de psicología forense* (pp. 377-397). Madrid: Siglo XXI.
- ECHEBURÚA, E. y CORRAL, P. (2009): ¿Por qué las víctimas no reaccionan de la misma manera ante un mismo suceso traumático? Factores de protección y factores de vulnerabilidad. En A. Medina, M.J. Moreno, R. Lillo y J.A. Guija (Eds.), *El sufrimiento de la víctima (Psiquiatría y Ley)* (pp. 161-184). Madrid: Triacastela.
- ECHEBURÚA, E., FERNÁNDEZ-MONTALVO, J. y CORRAL, P. (Eds.) (2009): *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*. Valencia: Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia.
- GARRIDO, V. (2001): *Amores que matan*. Valencia: Algar.
- GARRIDO, V., STANGELAND, P. y REDONDO, S. (2006): Violencia en la familia: la mujer maltratada. En *Principios de criminología* (3ª edic.) (pp. 573-602). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ-ORTEGA, I., ECHEBURÚA, E. y CORRAL, P. (2008): Variables significativas en las relaciones violentas en parejas jóvenes: una revisión. *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, 16, 205-223.
- LORENTE, M. (2004): *El rompecabezas, anatomía del maltratador*. Madrid: Crítica.
- QUINTEROS, A. y CARBAJOSA, P. (2008): *Hombres maltratadores. Tratamiento psicológico de agresores*. Madrid: Editorial Grupo 5.

NUEVAS CUESTIONES DE ÉTICA MÉDICA

José Luis MUNOA ROIZ

Profesor de Historia de la Medicina

Homenaje al profesor Antonio Beristain Ipiña, Con mi consideración a su excepcional calidad humana e intelectual y mi gratitud por su rigurosa docencia.

*¿Por qué al médico y al preceptor les soy deudor de algo más?
¿Por qué no cumplo con ellos con el simple salario?*

Porque el médico y el preceptor se convierten en amigos nuestros, y no nos obligan por el oficio que venden, sino por su benigna y familiar buena voluntad...

Séneca, De beneficiis, VI, 16.

En tiempos en los que tener opiniones propias y defender la libertad y la individualidad equivalía a correr riesgos un paciente mío, sacerdote y prolijo escritor en el diario *Unidad*, manifestó un avieso interés por las que denominó mis «inquietantes inquietudes». Esas inquietudes tan mal vistas por algunos no me abandonaron con los años y a ellas les debo uno de los sucesos más afortunados de mi vida, ya que me condujeron hasta Antonio Beristain, en quien hallé a uno de los más sólidos baluartes de la libertad de acción y pensamiento. Al lado de este otro sacerdote, tan distinto del primero, tuve la oportunidad de enriquecerme intelectual y moralmente y se me concedió el privilegio de una amistad cordialísima por la que siento la máxima estima. Precisamente me digo a mí mismo que quizá fueran los efectos tóxicos que a veces tiene la amistad los que llevaron a Antonio a proponerme que me incorporara al cuerpo docente del Instituto Vasco de Criminología para impartir clases de bioética en su máster. En cualquier caso, yo acepté y durante varios años tuve el placer de dedicarme a una labor que me abrió nuevos horizontes intelectuales y me ayudó a descubrir perspectivas inéditas de mi propia actividad como médico.

Recordemos que en los albores de los años ochenta la bioética era una disciplina relativamente nueva en España pero se percibían ya algunos signos premonitorios de

la hoy patente y ubicua judicialización de la medicina. El hecho de que mis alumnos del máster de Criminología fueran en su mayoría abogados me ayudó mucho a considerar los problemas no sólo desde mi perspectiva de médico sino también desde la del jurista y en cierto modo me permitió afrontar en mejores condiciones los profundos cambios que por entonces sacudieron el ejercicio de la medicina.

La certera observación de Séneca en *De beneficiis* deja patente que la relación del médico con el paciente no se limita a interpretar los signos y síntomas, establecer el diagnóstico y prescribir y administrar el tratamiento adecuado. Es preciso que entre esas dos personas nazca una empatía que las vincule y que propicie un cauce de comunicación óptimo para el drama humano que implica la enfermedad o el accidente.

Al margen de esta relación, se le exige al médico que tanto en el diagnóstico como en la terapéutica adopte decisiones racionales en unas condiciones de mayor o menor incertidumbre. Esa toma de decisiones muchas veces es en sí misma un problema «probabilístico» que el médico ha de afrontar consciente de los riesgos y de su responsabilidad. Por su parte, el criterio para evaluar las medidas terapéuticas se basa fundamentalmente en la aplicación precisa y adecuada de los medios pero no en los resultados, ya que estos pueden estar condicionados por la diversidad fisiológica individual y el nivel de desarrollo y maduración del caso.

Mis primeros años de docencia en el máster de Criminología coincidieron con el desarrollo en España de un elemento fundamental en la articulación de la relación entre el médico y el paciente: el documento de consentimiento informado. Actualmente, la experiencia y la doctrina al respecto son nutridísimas en nuestro país, pero no era así en aquellos años en los que empezaban a tejerse los estrechos lazos que ahora unen a la medicina con el derecho.

El consentimiento informado, que nos llegó de los Estados Unidos, se imbricaba en el marco de un conjunto de medidas adoptadas por los médicos para defenderse frente a las crecientes demandas por impericia profesional: era la denominada «medicina defensiva», basada en el uso de pruebas diagnósticas y medios terapéuticos con el propósito fundamental de evitar las citadas demandas. En ese mismo marco cabe incluir los protocolos o guías de buena práctica clínica, sancionados por las sociedades médicas. Conviene recordar que, en los Estados Unidos, la presión de las demandas por impericia llegó a tal punto que los médicos se negaron a intervenir en situaciones de emergencia, lo que obligó a promulgar en 1959 la primera de las llamadas «leyes del buen samaritano», en virtud de las cuales se concede un grado mayor o menor de inmunidad civil a quienes prestan ayuda en tales circunstancias.

Todas estas cuestiones relacionadas con la incipiente judicialización de la medicina ocuparon nuestros debates en aquellos años en los que trabajé en el máster de Criminología, junto a otros temas candentes como el aborto, la tortura, la creciente importancia del principio de autonomía, la tecnificación y deshumanización de la medicina, la funcionarización de los médicos o la entonces incipiente, y hoy abrumadora, metamorfosis del paciente en consumidor (a su pesar, claro está). He de decir que para el análisis de aquellas cuestiones nos resultaron valiosísimos los textos de los pioneros de la Bioética en España, y muy especialmente la obra excepcional de Diego Gracia Guillén, mi insigne maestro en esta materia.

Hoy día, la evolución de la medicina moderna plantea multitud de problemas bioéticos inéditos que me gustaría mencionar aquí con el único y modesto propósito

de destacar su variedad y sobre todo su complejidad. Ya no soy yo quien deberá abordarlos con sus alumnos, sino mis sucesores en la tarima profesoral y, créanme, no lo tienen nada fácil.

NANOMEDICINA

Nuestra sociedad occidental ha sido testigo en los últimos diez años de avances que a los profanos nos cuesta imaginar fuera de las narraciones de ciencia ficción. Uno de los campos en los que se están produciendo innovaciones más prometedoras es el de la nanotecnología y de ello dieron cumplido testimonio los participantes en un reciente congreso que tuvo a San Sebastián como anfitriona. No en vano nuestra ciudad cuenta con el CIC BiomaGUNE, en el que el brillante equipo del profesor Martín-Lomas se especializa en biomateriales orientados a la bionanotecnología y lo que ya se conoce como *nanomedicina*.

Según la Agencia Europea del Medicamento (EMA)¹, la *nanotecnología* se define como la producción y aplicación de estructuras, dispositivos y sistemas mediante el control de la forma y el tamaño de los materiales a escala nanométrica. Dicha escala está comprendida entre el nivel atómico, en torno a los 0,2 nm (2 Å), y los 100 nm aproximadamente. A su vez, la *nanomedicina* se define como la aplicación de la nanotecnología con objeto de establecer un diagnóstico o tratar o prevenir enfermedades. Explora las propiedades físicas, químicas y biológicas mejoradas, y a menudo novedosas, de los materiales a escala nanométrica.

¿Cuáles son, a muy grandes rasgos, las aplicaciones médicas de la nanotecnología? Se extienden fundamentalmente a tres ámbitos: el diagnóstico, la administración de fármacos y la ingeniería tisular. Se están desarrollando técnicas de diagnóstico por imagen biomolecular, biochips, sistemas *lab-on-a-chip* y bionanosensores. En el campo de la terapéutica farmacológica, la nanotecnología abre la puerta a una especificidad mucho mayor de los tratamientos, acompañada de una drástica reducción de los efectos secundarios. El diagnóstico y el tratamiento del cáncer se orientan ya hacia el uso de nanopartículas magnéticas y con actividad citostática que se acumulan en el tumor de forma autónoma o por manipulación externa. Y en el campo de los implantes biocompatibles se está trabajando con estructuras nanocristalinas de características muy superiores a las utilizadas hasta ahora.

En el ámbito médico, las aplicaciones nanotecnológicas revisten un enorme interés desde el punto de vista de la bioética por un motivo fundamental y es que, en palabras del Comité de Medicamentos de Uso Humano de la Agencia Europea del Medicamento¹, «[l]os conocimientos y los datos relativos a la caracterización de las nanopartículas, su detección y medición, su destino (y en especial la persistencia) en el ser humano y el medio ambiente, y todos los aspectos de la toxicología y la ecotoxicología relacionados con las nanopartículas, son insuficientes para llevar a cabo evaluaciones del riesgo satisfactorias respecto al ser humano y los ecosistemas».

1. EUROPEAN MEDICINES AGENCY. COMMITTEE FOR MEDICINAL PRODUCTS FOR HUMAN USE (2006): Reflection paper on nanotechnology-based medicinal products for human use. Londres. Disponible en <http://www.emea.europa.eu/pdfs/human/genetherapy/7976906en.pdf>. Consulta: 01/10/2009.

Además de esta cuestión básica de la toxicidad, un informe del proyecto *FramingNano*² dedicado al análisis de las nanotecnologías destaca diversas fuentes de problemas éticos. Por ejemplo, menciona la potenciación no terapéutica del ser humano sano, por sus posibles aplicaciones en el ámbito militar o deportivo, así como el acceso a nuevos medios de diagnóstico que ofrecerán información predictiva sobre enfermedades porque modificarán la responsabilidad y la autonomía de los individuos, suscitarán cuestiones relativas a la información y la obtención del consentimiento informado y plantearán problemas relacionados con la protección de los datos personales, la privacidad, la confidencialidad o los límites de la libertad personal.

Es razonable suponer que a todo ello se sumarán problemas de justicia distributiva derivados de la brecha nanotecnológica entre poblaciones ricas y pobres³ y que las estructuras de atención sanitaria, tanto públicas como privadas, presionarán para dar prioridad a las intervenciones preventivas sobre las terapéuticas.

EPIGENÉTICA

Otro campo de la biología que es menos espectacular y mediático que el que acabamos de tratar, pero de enorme calado científico, ético y jurídico, es el de la epigenética, en el que brilla con luz propia el equipo del catalán Manel Esteller. Hoy día, se entiende por cambios epigenéticos las modificaciones químicas del ADN que no suponen alteraciones de la secuencia de este, pero dejan en ella «marcas» que a su vez influyen en la expresión de determinados segmentos. Un aspecto clave de estos cambios es que son duraderos, tienden a propagarse e incluso pueden transmitirse de una generación a la siguiente. Otra característica importante es que son sensibles a la fase del desarrollo, por lo que la edad a la que el organismo queda expuesto a las sustancias o conductas que causan alteraciones epigenéticas es crucial. Éstas se han relacionado con cánceres, con determinadas enfermedades de aparición en la edad adulta (modelo teórico del «origen temprano»), con los efectos transgeneracionales de los perturbadores endocrinos, con las radiaciones ionizantes, con la exposición al humo del tabaco y la contaminación atmosférica y con la dieta, la fecundación in vitro, el envejecimiento o el comportamiento de la embarazada. En el terreno de las aplicaciones terapéuticas cabe señalar que ya existen en el mercado medicamentos cuya acción se basa en un mecanismo epigenético.

Las cuestiones jurídicas y éticas relacionadas con las singulares características científicas de la epigenética son sumamente variadas y de enorme trascendencia. Intentaré siquiera enumerar aquí las que Rothstein, Cay y Marchant describen detenidamente en su excelente artículo «The ghost in our genes: Legal and ethical implications of epigenetics»⁴.

2. Elvio MANTOVANI, Andrea PORCARI, Christoph MEILI y Markus WIDMER (2009): *Mapping study on regulation and governance of nanotechnologies*. Disponible en http://www.innovationsgesellschaft.ch/media/archive2/publikationen/FramingNano_MappingStudy.pdf. Consulta: 01/10/2009.

3. GOBIERNO DE AUSTRIA. BIOETHICS COMMISSION AT THE FEDERAL CHANCELLERY (2007). *Ruling of the Bioethics Commission at the Federal Chancellery, 13 June 2007. Nanotechnology. A Catalogue of Ethical Problems and Recommendations*. Disponible en <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=24586>. Consulta: 01/10/2009.

4. Mark A. ROTHSTEIN, Yu CAI y Gary E. MARCHANT (2009): «The ghost in our genes: Legal and ethical implications of epigenetics.» *Health Matrix: Journal of Law-Medicine*, vol. 19, núm. 1.

En el terreno jurídico, los descubrimientos en el campo de la epigenética están induciendo modificaciones en el terreno de la evaluación de riesgos y la legislación medioambiental, la legislación en materia de alimentos, cosméticos y productos sanitarios (con especial incidencia en los medicamentos de venta con receta) y la legislación sobre salud y seguridad en el trabajo. Los efectos epigenéticos debidos a productos químicos y otros agentes medioambientales pueden ser fuente de nuevos litigios, de reclamaciones y de diversas formas de discriminación.

En el ámbito de la bioética, la epigenética planteará cuestiones de justicia medioambiental, privacidad y confidencialidad, acceso equitativo a la atención de salud, equidad intergeneracional y eugenesia. Cabe pensar que la dosis de indeterminismo que aporta suscite nuevos debates en torno al aborto, y, aunque la cuestión no sea merecedora de la menor consideración por parte de los neodarwinistas, es un hecho que los descubrimientos en el campo de la epigenética están abonando un neolamarckismo naciente y sus correspondientes interrogantes bioéticos.

FUTILIDAD TERAPÉUTICA

En nuestros días, la multiplicidad de opciones terapéuticas, ligada a la creciente preeminencia del principio de autonomía, ha exacerbado la cuestión de la futilidad de los tratamientos. Es obligación del médico saber en qué medida un tratamiento es fútil, ya sea cualitativa o cuantitativamente, y actuar en consecuencia. El paciente, a su vez, debe tener conciencia de que su autonomía le autoriza a elegir, pero no a elegir *cualquier* cosa.

POTENCIACIÓN COGNITIVA FARMACOLÓGICA

En esta misma esfera del tratamiento farmacológico se está suscitando cada vez con mayor frecuencia el problema del uso de potenciadores cognitivos como el metilfenidato al margen de la prescripción médica. No nos referimos a su uso en indicaciones no autorizadas (*off-label*), sino en personas sanas que consiguen estos medicamentos de venta con receta por multitud de cauces. Uno de ellos es la gran farmacia ilegal de Internet. Otro, la simulación en la consulta médica; en efecto, no pocas recetas de metilfenidato se consiguen fingiendo los signos y síntomas del síndrome de déficit de atención con hiperactividad, de ahí que el médico deba extremar las cautelas al diagnosticar estos cuadros y prescribir tratamiento. Pero el consumo de estos potenciadores también se da entre los propios médicos con el propósito de mejorar el rendimiento, lo que plantea a su vez nuevos problemas bioéticos⁵.

DIVERSIDAD CULTURAL Y RELIGIOSA

En el terreno sociocultural, los médicos españoles se enfrentan desde hace unos años a un fenómeno que yo tuve la oportunidad de conocer hace más de medio siglo,

5. Cynthia FORLINI y Eric RACINE (2009): «Disagreements with implications: diverging discourses on the ethics of non-medical use of methylphenidate for performance enhancement.» *BMC Medical Ethics*, 10:9. Disponible en: <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/10/9>. Consulta: 01/10/2009.

cuando completé mi especialidad en los Estados Unidos: la diversidad religiosa y cultural. Nada queda del homogéneo panorama que presidía el ejercicio de la medicina hace apenas una década y el cambio ha sido tan rápido que los médicos han debido hacer un enorme esfuerzo por adaptarse. Piénsese, además, que no sólo nos llegan constantemente pacientes de otras religiones y culturas sino también médicos que deben adaptar su código ético al imperante en nuestro país. En esta situación de creciente pluralismo resulta más difícil alcanzar el consenso en cuestiones moralmente polémicas, como son la mayor parte de las abordadas por la bioética. Es preciso enfrentarse racionalmente con el problema y evitar que el debate bioético se transforme en una nueva guerra de religión.

INTERNET, LOS PACIENTES Y LAS TERAPIAS COMPLEMENTARIAS

Otra diferencia fundamental entre el ejercicio de la medicina hace tan solo diez o quince años y el actual viene dada por el acceso de los pacientes a Internet. Son muchos los que emplean esta como fuente de información pero no poseen los conocimientos necesarios para discernir entre las fuentes fiables y las que no lo son; el médico debe, pues, redoblar sus esfuerzos por fundar la relación con el paciente en las más sólidas bases científicas y poner en evidencia los engaños y las falsas esperanzas sobre los que medran muchos tratamientos no convencionales.

En esta línea cabe mencionar los problemas éticos asociados a las denominadas terapias complementarias o alternativas. El médico conoce mal su composición, su eficacia y sus efectos secundarios, por lo que no está en situación de tomar decisiones fundadas al respecto. Sin embargo, cada vez son más numerosos los pacientes que las solicitan, por lo que están multiplicándose los estudios metodológicamente aceptables destinados a recopilar datos empíricos que permitan constituir un acervo de pruebas científicas sobre las cuales sustentar la correcta toma de decisiones.

GRIPE PANDÉMICA Y BIOÉTICA

Antes de terminar quisiera referirme brevemente a la preparación y respuesta a la pandemia de gripe. El hecho de que se trate de una cuestión relativamente coyuntural y de que la pandemia no haya resultado, de momento, «tan fiera como la pintaban», no resta un ápice de importancia a sus aspectos éticos que, siguiendo el análisis del Grupo de Trabajo del Centro Conjunto de Bioética de la Universidad de Toronto⁶, cabría resumir como sigue:

- Buen gobierno: las personas encargadas de tomar las decisiones relativas a la asignación de unos recursos materiales y humanos escasos deberán aspirar a reducir en lo posible los daños colaterales de dichas decisiones, maximizar los beneficios, proteger y desarrollar los recursos y tener en cuenta los beneficios para el bien público y la equidad.

6. Alison K. THOMPSON, Karen FAITH, Jennifer L. GIBSON y Ross E. G. UPSHUR (2006): «Pandemic influenza preparedness: an ethical framework to guide decision-making.» *BMC Medical Ethics*, 7:12. Disponible en <http://www.biomedcentral.com/1472-6939/7/12>. Consulta: 01/10/2009.

- Confianza: en una situación de crisis, los interesados pueden percibir las medidas de salud pública como una traición (por ejemplo, si se les deniega la atención sanitaria) o como abandono en momentos de gran necesidad. Las instancias decisorias tendrán que afrontar el reto de mantener y fortalecer su confianza al tiempo que adoptan medidas para regular la pandemia.
- Deber de asistencia: los trabajadores sanitarios que corren mayores riesgos por cuidar a pacientes con gripe deben sopesar sus obligaciones hacia su familia y hacia sí mismos frente a su deber profesional de asistencia.
- Equidad: la priorización en la asignación de recursos sanitarios escasos (vacunas, antivíricos, camas en unidades de cuidados intensivos, respiradores, etc.) debe basarse en criterios bien fundados, que contemplen medidas compensatorias para quienes, teniendo derecho a recibir asistencia, no formen parte de la población considerada prioritaria.
- Libertad individual: su restricción es forzosa en la aplicación de las estrategias de distanciamiento social o las medidas de cuarentena; por su parte, los trabajadores sanitarios pueden considerar que la obligación de vacunarse frente a la gripe atenta contra su libertad individual.
- Privacidad: la necesidad de localizar a los contactos de las personas contagiadas puede obligar a identificar públicamente a determinados grupos o individuos, con el consiguiente riesgo de estigmatización.
- Protección de la población frente al daño: entra a menudo en conflicto con el valor de la libertad individual, como en el caso de la cuarentena.
- Reciprocidad: cuando, por proteger el bien público, los trabajadores sanitarios, los pacientes hospitalizados o aislados y sus familias hayan de soportar cargas desproporcionadamente grandes de tipo laboral, social, económico, físico o emocional, deberán recibir el apoyo de la sociedad en forma de medidas tales como ayudas para aliviar dichas cargas y acceso a vacunas y antivíricos.
- Solidaridad: frente a la pandemia se impone superar las barreras sistémicas e institucionales y adoptar una visión solidaria global dentro de las instituciones sanitarias y entre ellas, basada en una buena comunicación, una colaboración abierta, el intercambio de información sobre salud pública y la coordinación en todos los aspectos de la provisión de atención sanitaria.

He abusado ciertamente de la paciencia de mis lectores, por lo que no iré más allá en este somero recorrido por los problemas éticos a los que se enfrentan los médicos de hoy, si bien nadie duda de que quedaron en el tintero muchos otros, quién sabe si de mayor interés que los que acabamos de ver. Tengo la certeza de que en el marco del Instituto Vasco de Criminología, nacido de la inteligente voluntad de Antonio Beristain, todos ellos serán semilla de fructíferos debates.

Mi más profundo agradecimiento al Instituto Vasco de Criminología por haberme permitido participar en este homenaje a Antonio, querido amigo y maestro, con un recuerdo especial a Inmaculada Iraola, responsable de que el Instituto sea un oasis de paz, serenidad y exquisita cortesía.

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
159 - 173

POLÍTICAS DE SEGURIDAD, CONTROL PREVENTIVO Y PELIGROSIDAD. LA CONSTRUCCIÓN DEL ORDEN SOCIAL SEGURITARIO

Ignacio MUÑAGORRI LAGUIA

IVAC/KREI

Beatriz CASARES PASCUAL

UPV/EHU

I. Introducción.

Seguridad pública/seguridad ciudadana. Ciudadanía y construcción de órdenes sociales.

II. Referencias normativas sobre seguridad pública/seguridad ciudadana.

III. Breves comentarios finales.

IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Seguridad pública/seguridad privada. Ciudadanía y construcción de ordenes sociales

En relación con la “Políticas de seguridad” mencionadas en el Título de este trabajo, entiendo que para su comprensión son referentes centrales las expresiones “seguridad pública” y “seguridad ciudadana”. Se recogen así en esta Introducción porque ambas se han utilizado, a veces incluso por el TC, de manera sinónima o atribuyéndoles una mínima diferencia de matiz y una cierta indeterminación. Desde su presencia normativa, BARCELONA LLOP (1997) ha planteado alguna diferencia al señalar que “la seguridad ciudadana” no hace...referencia a cualquier actuación pública susceptible de encuadrarse en el conjunto de la seguridad pública, sino solo aquellas actividades que se insertan en el conjunto de los cometidos ordinarios y normales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad encontrándose además, en íntima conexión con la protección del libre ejercicio de derechos y libertades... En otro caso cuando los derechos y las libertades no precisan protección frente a conductas agresoras pero si requieran de actividades públicas tendentes a proteger su indemnidad,

será el concepto de seguridad pública, que es más amplio, el que entre en escena, con intervención policial o no”.

Como se irá viendo en el segundo apartado del texto, desde el año 1978, a partir de la norma constitucional, la “seguridad ciudadana” se enuncia como una misión policial, a continuación pero entiendo que inseparable y dependiente, de la protección del libre ejercicio de los derechos y las libertades, art. 104.1. CE. Hasta nuestros días, el desarrollo legislativo securitario, con mayor o menor precisión en la definición. Ha tenido una intensidad extraordinaria, asumiendo la “seguridad” un referente nuclear en las opciones político criminales del legislador.

En esta Introducción, acudiendo a las adjetivaciones de las dos expresiones de seguridad, “pública” y “ciudadana”, considero de interés precisar una premisa que permite delimitarlas, no tanto “more iuridico” cuanto en términos de realidades históricas, también jurídicas, también como discursos. Si ambas calificaciones se refieren a “lo público”, “la ciudadanía”, esto es, “la sociedad” y con ello a los “intereses de la generalidad”, me parece importante resaltar otra mirada y otra analítica que alternativamente a la “sociedad” propone “un orden social construido y en construcción” (PEGORARO, 2008), del mismo modo que en relación a “lo público” propone una “determinada construcción material de derechos y libertades” y respecto a la “ciudadanía”, la construcción social e histórica de dicha titularidad, su materialidad en determinados órdenes sociales. Por tanto, construcción de un determinado orden social complejo pero no necesariamente coincidente con el “interés general” ni coincidente tampoco con la abstracción “sociedad” y dentro de él construcciones escindidas tanto de lo público como de la ciudadanía, en cuanto contenidos y manifestaciones de dicho orden social. Me parece que estas consideraciones, si por un lado son obvias, por otro permiten aproximarse a una narración de la realidad social no necesariamente coincidente con la jurídico formal y con la de los operadores sancionadores que, sin embargo, en palabras de BOURDIEU es una “realidad imaginable y postulada que se convierte paso a paso en imagen de la realidad” (en GARCÍA INDA, 1997).

Las otras referencias que se anuncian en el Título, control preventivo y peligrosidad, entiendo que están íntimamente vinculadas a las políticas de seguridad. La seguridad remite a expectativas, predicciones, posibilidades o juicios de probabilidad que se realizan acerca de, como señala PAREDES (2006), la conservación, alteraciones, incrementos de valor o disminuciones de un estado de cosas entendido como valioso. Si es así, la perspectiva securitaria será proactiva y no reactiva, irá alimentando intervenciones previas ante riesgos o peligros previstos o previsibles, cercanos o remotos, no a responder a resultados, y si los peligros proceden de actitudes, o conductas, cuando no de “estatus sociales” o “etiquetas negativas” atribuidos incluso a “grupos sociales”, los órdenes sociales en los que se construyen los miedos, los riesgos y los peligros, la peligrosidad atribuida, será un atributo fácilmente utilizable y eminentemente político. En este sentido PITCH destaca la connotación política, cultural e institucional en la elección de riesgos que nada tiene de “objetivo” ni de técnico, siendo similares los riesgos elegidos en las diversas culturas que participan de los mismos principios organizativos y ello quiere decir, continúa, que si los “riesgos, los miedos, son intrínsecamente políticos, también son utilizados con fines políticos, esencialmente para consolidar la organización social existente, o prevalente o dominante. Desde este punto de vista, el efecto del disciplinamiento de las prácticas de prevención y los efectos de legitimación de las retóricas de prevención son leídos como modalidades políticas para reafirmar

o apuntalar el orden social” (2006). Calificación así de los conflictos sociales agudos como políticos porque, como señala MELOSSI, citado por RECASENS (2007), la ocultación de tal significado es una clara manifestación hegemónica de las posiciones sociales dominantes. “La habilidad de las clases dominantes de definir los conflictos sociales fundamentales como “criminales” más que como “políticos”, es el signo seguro de la hegemonía, una hegemonía sin embargo que no solo es construcción ideológica sino que hunde sus propias raíces en la realidad de las relaciones sociales”

PORTILLA (2007) ha recogido los rasgos del derecho de la “seguridad” en relación con un orden político como derivación del “Estado social mínimo” atendiendo a numerosas referencias doctrinales. Así la implantación de áreas sin control en todas las zonas vulnerables, de todos los sujetos de riesgo, de todos los espacios peligrosos, con el adelantamiento de la fase policial de prevención preventiva al momento en que se genera la situación de riesgo (FOUCAULT, 1990); la presencia de las teorías tecnocráticas y el contorno liberal en que se dan (HARNECKER, 1999); un sistema a veces conservador y otras neoliberal, en todo caso en la aplicación del consenso neoliberal (CHOMSKY, 1999; 2004); la conversión del Estado en un mero agente de policía al servicio de las necesidades de las fuerzas del mercado (ZIZEK, 2001); la necesidad del liberalismo, mediante la restricción de una libertad cuya defensa proclama, de controlar los espacios que no atiende socialmente, esto es, la inspección de los lugares abandonados por el sistema como corolario de la desaparición del Estado intervencionista (MATE, 2003); el reconocimiento por quienes defienden el Estado mínimo de la necesidad de un “Guardián nocturno” capaz de descubrir la microcriminalidad y garantizar así el sossegado desarrollo de la sociedad civil preocupada casi exclusivamente en la seguridad de la propiedad privada (MUÑOZ CONDE, 2004; ZUGALDIA, 2004); la consagración de “democracias autoritarias” (BECK, 2002) o democracias posrepresentativas autoritarias (MARAZZI, 2004) que ha provocado una “Doxa” paradójica: es conservadora y se hace pasar por progresista. Representa un retroceso histórico y, sin embargo, lo presenta como reformista (BOURDIEU, 2001); la limitación de las garantías con la multiplicación de los controles, inicialmente destinados a los sospechosos y posteriormente extendidos a la observación de todos los ciudadanos en una política criminal en “estado de necesidad putativo” (KIRSCH, 2000), y, en todo caso, un concepto de “seguridad” manipulado, degradado, entendido como valor autónomo contrapuesto a la función de garantía de los derechos fundamentales, alejado de la “seguridad de los derechos” (MUÑAGORRI, 2002; ACALE, 2004).

II. REFERENCIAS NORMATIVAS SOBRE LA SEGURIDAD PÚBLICA/ SEGURIDAD CIUDADANA

Se ha hecho referencia anteriormente al artículo 104.1 de la Constitución de 1978 que recoge: “Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y las libertades y garantizar la seguridad ciudadana”. En relación con la “seguridad pública”, el artículo 149.1.29º CE dentro del Capítulo III, De Las Comunidades Autónomas, del Título VIII, De la Organización Territorial del Estado, establece: “1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...29º. Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezcan en los respectivos Estatutos en el marco que disponga una ley orgánica”.

A partir de estas referencias constitucionales se irá recogiendo, por orden cronológico, una relación de normas de manera básicamente expositiva sobre la seguridad, tanto pública como ciudadana.

Si la CE es de diciembre de 1978, en enero de 1979 se publica el Real Decreto Ley 3/79 de 26 de enero sobre “Protección de la Seguridad Ciudadana”. Como comenté hace tiempo (MUÑAGORRI, 1995), tal Decreto Ley se amparó en la potestad legislativa del Gobierno de dictar Decretos Leyes de carácter provisional y en supuestos de “urgente y extraordinaria necesidad”, que no podrán afectar “...a los derechos, deberes y libertades constitucionales de los ciudadanos regulados en el Título I...” En este texto legal convivían contenidos tan diversos como la apología y el delito de colaboración con bandas armadas, normas relativas a la prisión provisional que incluso favorecían su automatismo, la ampliación de competencias del Ministerio Fiscal, contenidos que limitaban el pago en efectivo en las entidades de crédito, supuestos de incumplimiento de normas de seguridad en las empresas, posibilidades para el acceso al interior de las prisiones de las Fuerzas de Seguridad que tuviesen atribuida la vigilancia externa y normas procesales en clave de especialidad no solo para los delitos de colaboración y apología del terrorismo, sino también para robos, hurtos de uso de vehículos de motor y piquetes de información y extensión de huelga, llegándose a establecer retroactivamente el procedimiento de urgencia atribuido a la Audiencia Nacional. Durante el trámite parlamentario por la urgencia de convalidación ante la Diputación Permanente del Congreso se calificó por el Diputado SOLÉ TURA de “técnicamente deficiente, políticamente peligroso y jurídicamente creador de una enorme indeterminación e inseguridad jurídica”. G. PECES BARBA le reprochó infringir “todos los principios habidos y por haber” y el también diputado M. VIZCAYA denunció su cercanía al Estado de Excepción. Desde la doctrina penal, E. GIMBERNAT comentó que “apenas hacía un mes que había entrado en vigor la Constitución y ya se la estaba convirtiendo en papel mojado” (1982).

Si bajo el eslogan “protección de la seguridad ciudadana” se incluyeron conductas relativas al terrorismo como la apología y la colaboración que estrictamente constituirían actos previos a los supuestos de resultado, cabe recordar que el día 6 de diciembre se celebró el referéndum constitucional, dos días antes, del 4 de diciembre es la Ley 56/1978 de “medidas especiales en relación con los delitos cometidos por grupos armados”, con posible prórroga de la detención de hasta diez días, con comunicación al Juez en las primeras 72 horas, la posibilidad de que en ese periodo la detención fuese “incomunicada”, con la consiguiente restricción de los derechos del detenido; la expresa decisión “a priori” de esta ley de definir “flagrante” los delitos a que se aplique permitiendo con ello la directa intervención policial sobre derechos fundamentales sin resolución judicial previa; la posibilidad de intervención postal, telefónica y telegráfica por un periodo de tres meses prorrogables ordenada por el Ministerio del Interior con comunicación al Juez que la revocará o confirmará en un plazo de 72 horas; la atribución de la instrucción, conocimiento y fallo a los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional con tramitación preferente y la obligación de informar al Parlamento cada tres meses o antes si al menos lo solicitan dos grupos parlamentarios sobre el uso y los resultados, estableciendo en un año la vigencia de la Ley. Algunos contenidos de esta norma procedían del régimen anterior, por ej., la decisión gubernamental, “en caso de urgencia”, apreciada por la policía, para registro de domicilio, y la prolongación de la detención hasta diez días, se encontraba ya en el Decreto Ley

10/1975 de 26 de agosto de “prevención del terrorismo”. En diciembre de 1979 se prorrogó por un año la vigencia temporal de la ley de diciembre de 1978 y se ampliaron las competencias de la Audiencia Nacional. Esta vigencia temporal no va a desaparecer hasta la definitiva incorporación de los contenidos especiales en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en diciembre de 1988, incorporación que se encontraba propuesta en el llamado Plan ZEN (Zona Especial Norte) de 1983. Unos meses antes, en marzo de 1988, ante la Audiencia Provincial de Madrid que instruía el llamado “Caso El Nani”, el entonces Ministro del Interior admitió por escrito que autorizó en 1983 la aplicación de la legislación antiterrorista a Santiago Corella, “El Nani”. En el mismo procedimiento judicial, en un informe firmado por el Comisario Jefe de la Brigada Regional de Policía Judicial se reconocía, en la fase de Instrucción, que sólo en Madrid fue aplicada la legislación antiterrorista a “detenidos comunes”. En 1981 a 180 detenidos, en 1982 a 109 y en 1983 a 128. (*El País*, 27, mayo, 1987).

En el ámbito policial, por Orden de 12 de junio de 1985 del Ministerio del Interior se desarrolló la Estructura orgánica y las funciones de los Servicios Centrales y Periféricos de la Dirección General de Seguridad. Dentro de la Organización Central, se contempla la Unidad o Servicios de Seguridad Ciudadana con funciones de estudio y elaboración de planes de Seguridad Preventiva y Orden Público e integrada por las Secciones de: Seguridad Preventiva, Orden Público, Protección, Planificación, Jefatura de Unidad de Desactivación de Explosivos. Dentro de la Organización Periférica, las Jefaturas Superiores, las Comisarías provinciales y locales integrarán, respectivamente, la Brigada regional de Seguridad ciudadana con funciones de vigilancia, protección, prevención, auxilio y colaboración para el “mantenimiento de la seguridad ciudadana”, y la Brigada local de seguridad ciudadana o Grupo local de seguridad ciudadana. De 13 de marzo de 1986 es la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. En la Exposición de Motivos, en el apartado II, se recoge: “Con apoyo directo en el art. 149.1.29 en relación con el art. 104 de la Constitución la Ley recoge el mantenimiento de la seguridad pública”. El art. 1.1 del Título I se refiere así mismo a la “seguridad pública” respecto a la competencia del Estado, a la participación en ella de las Comunidades Autónomas (art. 1.2) y de las Corporaciones locales (art. 1.3). Dicho mantenimiento se realizará a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 1.4). En relación a las misiones de éstas, en concordancia con el art. 104 CE, se recoge, “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana” (art. 11.1). En relación con los Cuerpos policiales, el Cuerpo Nacional de policía se describe como “Instituto Armado de Naturaleza Civil” y la Guardia Civil como “Instituto Armado de Naturaleza Militar”. Como en su momento se comentó, (RECASENS, 1986; MUÑAGORRI, 1987) se desaprovechó la ocasión de crear una verdadera policía judicial pues la así denominada es una mera función realizada por unidades dependientes orgánicamente del Ministerio del Interior y sólo funcionalmente de Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal.

En relación con la “seguridad privada”, la Ley 23/1992 de 30 de julio de Seguridad Privada, seguridad que ha llegado “a adquirir en las últimas décadas un auge hasta ahora desconocido”, según se recoge en la Exposición de Motivos. En su artículo 1.4 señala: “Las empresas y el personal de seguridad privada tendrán la obligación especial de auxiliar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, de prestarle su colaboración y de seguir sus instrucciones en relación con las personas, los bienes, los establecimientos y vehículos de cuya protección, vigilancia o

custodia estuvieran encargados”. Esta obligación especial se reitera en el Real Decreto 2.364/1994 de 9 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad privada que articula “el especial auxilio y colaboración” a través de la obligación de comunicar a dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cualesquiera circunstancias e informaciones relevantes para la prevención, el mantenimiento o el establecimiento de la seguridad ciudadana así como los hechos delictivos de que tuvieran conocimiento en el desarrollo de dichas (sus) actividades”. Puede recordarse lo que expone ROBERT sobre la seguridad privada: “Apenas contribuye a la seguridad de los ciudadanos, aunque llegue a pesar mucho sobre su vigilancia y, a veces, sobre la libertad. Pero sobre todo es por el repliegue de los poderes públicos: triunfa la coexistencia de burbujas privadas y de prioridades de orden público, sin que nadie se responsabilice de verdad de la seguridad de los ciudadanos ni de sus libertades” (2003).

De 1992 es la LO 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Sobre los significados de la “seguridad” del Preámbulo constitucional, la “seguridad personal” del art. 17.1 CE (STC 15/1986 de 21 de enero), “seguridad pública” y “seguridad ciudadana”, pueden verse los comentarios en MUÑAGORRI (1995) y el libro colectivo que los incluye en el que se encuentran diversos comentarios sobre el contenido de esta norma. Puede destacarse ahora que contra la presente norma se admitieron, como han destacado CARBONELL y LLABRES (1995), dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por noventa y un diputados del Grupo Popular y por el Parlamento de las Islas Baleares, así como las cuestiones de inconstitucionalidad de las Audiencias Provinciales de Madrid y de Sevilla. Se rechazó por extemporáneo el recurso de la Junta General del principado de Asturias y se admitió, sin acumulación, la cuestión de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Dichos recursos fueron resueltos en la STC de 8 de noviembre de 1993 que declaraba contrarios a la Constitución los artículos 21.2 y 26.j. del mencionado texto legal. El artículo 21.2 recogía un concepto de flagrancia de una gran amplitud y para supuestos delictivos concretos, “con la pretensión...de convertir el concepto en un elemento normativo lo que había de suponer más una grave limitación que un auténtico desarrollo del texto constitucional” (CARBONELL, LLABRES, 1995). Dicho concepto conllevaba en la norma la violación del derecho a la inviolabilidad de domicilio en supuestos delictivos contra la salud pública. En relación con ello, la STC recoge “la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es ‘sorprendido’ –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito”. En relación con la expresión que utilizaba el texto legal, “conocimiento fundado que lleve a la constancia”, el TC afirma que “no integra necesariamente un conocimiento o percepción inmediata y va notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia” lo que le conduce a la declaración de inconstitucionalidad. En relación con el artículo 26.j. que calificaba de infracciones leves contra la seguridad ciudadana las establecidas en las leyes o en los reglamentos específicos o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas. El TC consideró que “tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 de la CE”, esto es, contra el principio de legalidad y, consiguientemente, contra la “seguridad jurídica”.

Aún reconociendo la parcial mejora que supuso la STC citada, sin embargo, por una parte, determinados contenidos de dicha STC no resultan satisfactorios y, por

otra, desde una perspectiva de política sancionatoria, no ajena a la argumentación constitucional, cabe entender que la LO comentada supone una grave restricción de las libertades, y otorga amplios poderes al ejecutivo que conllevan una negativa ampliación del ámbito sancionatorio, ahora administrativo y complementario del penal aunque con menos garantías, perjudicando los derechos y libertades de los “ciudadanos”. Afecta negativamente a derechos fundamentales como el de reunión y manifestación, que no exigen autorización previa, ante el mero incumplimiento del requisito de la comunicación y la puesta en peligro de la llamada “seguridad ciudadana”. También la libertad personal y la libertad ambulatoria se ven negativamente afectadas. La primera ante la prohibición de la mera tenencia de sustancias prohibidas, en base a una ley preconstitucional a la que recurre el TC, aunque sea para propio consumo. La libertad ambulatoria, porque a pesar de la interpretación del TC la diligencia de identificación, intervención de indagación o prevención genérica con las consiguientes incidencias sobre la actividad jurisdiccional (ANDRÉS IBÁÑEZ, 1995), se sustenta en la mera sospecha y, en cualquier caso, puede suponer una manifiesta privación de libertad. La cuestión-problema nuclear de esta norma procede, precisamente, del desarrollo de la llamada “seguridad ciudadana” que a pesar de la previsión del art. 104.1 CE se desvincula de su carácter instrumental respecto a los derechos y libertades y pretende convertirse, prácticamente, en un valor autónomo y equiparable, cuando no superior, a ellos.

Continuando con la crónica legislativa, junto a la LO 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, se hará referencia a la LO 10/2007 de 8 de octubre reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y la Ley 25/2007 de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. La primera será de “aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que les haga susceptible de tratamiento y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores públicos y privados” (art. 2). Esta norma de “Protección de Datos de Carácter Personal” no será de aplicación “a los ficheros para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada...en estos supuestos, el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de datos” (art. 2.2.C). Si registrará esta norma a los datos procedentes de imágenes y sonidos obtenidas mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Se recogen así mismo, art. 22, los Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En el art. 22.2 se contempla “la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas estarán limitados a aquellos supuestos y categorías que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales...” También la seguridad pública se recoge en el art. 23.1 para justificar la excepción del contenido del art. 22.2, 22.3 y 22.4 y posibilitar la denegación del acceso, la rectificación o la cancelación de los datos.

Por la LO 10/2007, segunda de las citadas, se crea la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN que integrarán los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas (art. 1). Entre los tipos de identificadores obtenidos del ADN incluidos en la base de datos policiales

se encuentran (art. 3.1.a) “Los datos identificadores extraídos del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir de análisis de muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y en todo caso los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fueran realizados con fuerzas en las cosas o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de violencia organizada...” lo que “no precisará el consentimiento del afectado que será informado dando constancia de ello en el procedimiento”. La conservación de los datos identificadores no deberá superar “el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito. El tiempo señalado en la Ley para la cancelación de los antecedentes penales si se hubiera dictado sentencia condenatoria firme o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por “falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario”. En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado causa de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirán transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito” (art. 9). Con esta norma, “tampoco se ha aprovechado la ocasión para establecer el régimen jurídico necesario y general sobre la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales en el proceso penal, atendiendo a nuestra jurisprudencia constitucional y a la aplicación de principios y garantías como son las derivadas del juego del principio de proporcionalidad, básicamente: fin legítimo de la medida, necesidad de la misma, proporcionalidad en sentido estricto, previsión legal y jurisdiccional en la adopción, control y ejecución de la misma” (REVERON, 2008).

Por último, la tercera Ley citada, Ley 25/2007 de 18 de octubre que carece de carácter de Orgánica aunque pueda entenderse que afecta directamente a la intimidad personal, “tiene por objeto la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicación electrónicos o de redes públicas de comunicación, así como el deber de cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes especiales” (art. 1.1) La obligación de la conservación de datos a los operadores, de telefonía fija y telefonía móvil, de correo electrónico por Internet y telefonía por Internet, “cesa a los doce meses computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación. Reglamentariamente, previa consulta a los operadores, se podrá ampliar o reducir el plazo de conservación para determinados datos, hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses...” (art. 5.1).

En relación a la legislación penal se hará referencia a la LO 7/2003 de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y las LOs. 13/2003 y 15/2003 en lo que se refiere a las reformas sobre la prisión preventiva. Se hará también una referencia final al Anteproyecto de LO por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 14 de noviembre de 2008, respecto a la nueva pena propuesta de “Libertad vigilada”.

La LO 7/2003, con una rúbrica más que eufemista, falsaria, pues las penas siempre se han cumplido íntegra y efectivamente pero que oculta la dirección material buscada consistente en que la pena de prisión se cumpla, a ser posible, íntegramente en la prisión, eleva la pena de prisión a cuarenta años en dos supuestos de concursos reales, establece restricciones para alcanzar el tercer grado penitenciario por medios de los denominados “períodos de seguridad” y con la reforma del art. 78 CP acudiendo para el cómputo total de la pena en vez de al máximo de cumplimiento a la totalidad de las penas impuestas, alcanzando también a los permisos de salida, permitiendo acudir al régimen general de cumplimiento, salvo en los delitos de terrorismo y en los cometidos en el seno de organizaciones criminales. En estos casos, sólo será aplicable el régimen general cumplidos treinta y dos años para acceder al tercer grado penitenciario, una quinta parte del límite máximo, o cumplidos treinta y cinco años para acceder a la libertad condicional, que quede por cumplir una octava parte del límite máximo (art. 78 CP). Estas previsiones, con contenido de excepción y exasperación punitiva se introdujeron a través de una enmienda al Proyecto suscrita por las dos mayorías parlamentarias, la del gobierno y la de la oposición. La Disposición Transitoria Única de esta LO estableció que tanto las modificaciones respecto a las exigencias para acceder a la libertad condicional, arts. 90 y 93.2 CP con el concordantemente modificado art. 72.5 y 6 de la LOGP, respecto al tercer grado penitenciario serán de aplicación desde la entrada en vigor de la nueva ley “con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se está cumpliendo la pena”, previsión, en mi opinión, manifiestamente retroactiva, inconstitucional por tanto, que calificada en su momento de “retroactividad impropia”, ha merecido resoluciones judiciales claramente contrarias y diversas cuestiones de inconstitucionalidad. Por todas puede citarse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid ante el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal a un Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de 1 de enero de 2004 que acordó la progresión de un interno a tercer grado sin haber cumplido el “periodo de seguridad” en el que se concluía “que las penas que se están cumpliendo cuando entró en vigor la LO 7/2003 y que son consecuencia de la comisión de delitos cometidos bajo unas premisas legales de descripción de conductas delictivas, una consecuencia jurídica, así como condiciones y formas de ejecución concretas y determinadas en cuanto estas afectan directamente a la libertad como derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico, hace inaplicable retroactivamente el periodo de seguridad” (JVP nº 3, 14, enero, 2004). También se recogía, entre otras razones, que el art. 36.2 CP en el que se regula el periodo de seguridad no es un precepto de los recogidos en la Disposición Transitoria aunque el cumplimiento de tal periodo se incorpora al CP como una condición para acceder al tercer grado y a la libertad condicional. A su vez, en el Auto citado de la Audiencia Provincial de Madrid confirmando el del JVP, se recoge: “distinguir entre, la pena, por un lado, y la vida de la pena, por otro, como si la pena existiera materialmente al margen de su cumplimiento, es contrario a toda experiencia y a la razón vital...el contenido aflictivo de la pena no puede medirse solo por el *quantum* de su duración sino también por el *quantum* de su intensidad” (Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 5, Auto de 6 de mayo de 2004).

La LO 11/2003 de 29 de septiembre, pocos meses después de la anterior, recurre en su rúbrica a “la seguridad ciudadana, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros”. Bajo la denominación “seguridad ciudadana” se atribuye la posibilidad

de la cualificación de la reincidencia y en el supuesto de la concurrencia de más de dos circunstancias agravantes genéricas sin la presencia de atenuantes, lo que sobrepasa el grado de la responsabilidad por el hecho y se desbordan los límites sancionatorios de los tipos penales, acogiendo, sin citarlo, el criterio de peligrosidad para el incremento punitivo. Respecto a los delitos en particular, se transforman supuestos de faltas en delito, en base a su realización cuatro veces en un año, en las faltas de lesiones, de hurto y de utilización de un vehículo de motor o ciclomotor ajeno, estableciéndose en algunos casos la pena de prisión desde tres meses sin la concordante modificación del Libro primero del CP. En relación con la “violencia doméstica”, también las faltas se transforman en delitos en la medida que se realicen entre personas que participen en ese ámbito. Las referencias a la “integración de los extranjeros” consisten, y no parece ser una paradoja, en fortalecer no tanto su integración sino su expulsión, privándoles de derechos procesales, como el de audiencia del afectado. Los diversos contenidos de esta norma que se han expuesto, cualificación de las agravantes, especialmente de la reincidencia, transformación de las faltas en delitos y la potenciación, desgarantizada, de la expulsión de los extranjeros, entiendo que permiten su comprensión alrededor de una interpretación común como es la criminalización de la pobreza. Solo hay que ver quiénes son definidos como autores de las repetidas faltas contra el patrimonio, repeticiones de ilícitos de mínima gravedad, pequeños desórdenes de los que parece no interesar tanto los hechos como sus autores, conforme a un “derecho penal de autor” regido por el criterio de peligrosidad. Si esta norma entró en vigor el 1 de octubre de 2003, en STS de 8 de julio de 2004 se contempla el procedimiento de expulsión como “automática, inmotivada e inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación” recogiendo jurisprudencia del TC por la que “siempre se exige un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación”. A finales de julio de 2006 la Audiencia de Madrid planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 89.1, párrafo segundo CP relativo a la expulsión de los extranjeros como sustitución de penas superiores a 6 años en el momento de poder acceder al tercer grado penitenciario o al cumplir las tres cuartas partes de la condena. Entiende la Sala que las atribuciones que el precepto otorga al Ministerio fiscal para proceder a la expulsión impide a los jueces su función constitucional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado...en consideración a las garantías del justiciable y al estatus del juez, independiente, inamovible y sometido exclusivamente al imperio de la ley”. La Audiencia señala también la incongruencia de que se pida a los jueces que motiven cuando, al final, la última palabra la tiene el Ministerio Fiscal, destacando que en este caso, “el juez puede razonar libremente pero no puede decidir libremente”.

Respecto a la dos últimas normas citadas, LO 13/2003 y 15/2003 se recogerán algunos comentarios doctrinales que han recibido las modificaciones de la prisión provisional que acoge tanto presupuestos cautelares como punitivos, adelantados, para su imposición (MUNAGORRI, 2008). La exigencia de “excepcionalidad y proporcionalidad” de esta privación de libertad, prisión “cautelar”, se ha criticado por encontrar “escaso refrendo en la normativa reguladora” (ASENCIO MELLADO, 2005), porque, comenta JORGE BARREIRO (2004), “tanto la reducción de plazos para acordar la medida y sus generosas excepciones como la amplitud, indeterminación y falta de idoneidad de algunos fines que prevé para justificarla, ennegrecen notablemente el principio de proporcionalidad” lo que “generaliza sus límites constitucionales de

‘excepcionalidad’ y ‘proporcionalidad’”. Como ha señalado FARALDO (2003), el hecho de que “casi la cuarta parte de los internos en establecimientos penitenciarios se encuentren en espera de una sentencia definitiva es ciertamente demostrativo de que la prisión provisional es una medida cautelar excepcional en el plano teórico pero absolutamente ordinaria en la práctica cotidiana de la instrucción penal”. Puede comentarse que la prisión provisional y el procedimiento penal en el que se adopta (MUÑAGORRI, 2008) se presentan como momentos de reafirmación punitiva autoritaria, la prisión provisional como pena adelantada o prisión sin condena, sin hecho probado y por tanto sin responsabilidad demostrada, y el proceso como momento de activación punitiva en base a la sospecha. Ello se integra en la legislación punitiva que se está comentando, en estrategias político criminales con el recurso a los “antecedentes” o a la “habitualidad” que van reforzando un derecho penal de autor construido sobre la sospecha atribuida en muchos casos a hechos no especialmente graves, procedentes de la población excedente o excluida. La prisión provisional así instrumentalizada se pone también al servicio del clientelismo político que va mas allá de coyunturas electorales, en una estrategia de opinión de Estado versus “opinión pública” que ante dificultades de gobernabilidad o de proyectar soluciones garantizadas a los problemas sociales, recurre a políticas y discursos de seguridad, generadoras, a su vez, de inseguridad para incrementarlas sucesivamente (PEGORARO, 2004, MUÑAGORRI, 2005, I y II).

Por último se hará una breve referencia a la previsión de la nueva pena de “libertad vigilada” en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal. En la Exposición de Motivos del texto prelegislativo se recoge expresamente la “peligrosidad” como *ratio* de la nueva “pena”. Se recoge: “Si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delincuentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria denominada “libertad vigilada” cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad”. La incorporación de esta respuesta penal al CP se contempla, en primer lugar, como pena, no como medida de seguridad, accesoria de la principal, con un cumplimiento posterior a la principal y una duración de diez a veinte años para los delitos graves y entre 1 y diez años para los menos graves, estableciéndose en su mitad superior cuando concurran las circunstancias de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad de los mismos. Su imposición se establecerá por el Juez o Tribunal en la Sentencia en la que deberá constar su duración, siempre una vez, como se ha dicho, que haya finalizado el cumplimiento de la principal. El alcance y contenido será determinado por el Juez de Vigilancia quien decidirá las obligaciones a cumplir y podrá modificarlas en lo sucesivo así como controlar su cumplimiento, reducir su duración o dejarlas sin efecto en vista a la evolución del reo y al pronóstico de reinserción. Las obligaciones que conlleva dicha pena se recogen en el propuesto nuevo artículo 49 bis CP. La primera cuestión que llama negativamente la atención es la “presunción” que contiene el momento de su imposición, en el momento de determinación de la pena principal en la sentencia, “presunción de peligrosidad”, “a priori” que se establece como presupuesto de una notable restricción de libertad a título de

pena accesoria. Por otra parte, como ha señalado el Informe al Anteproyecto aprobado por el Consejo General del Poder Judicial, numerosos aspectos sustantivos de esta “pena” se remiten a posterior desarrollo reglamentario. Otros aspectos discutibles de la previsión sobre la “libertad vigilada” así como la mayor gravedad que contiene respecto a previsiones similares en derecho comparado, tanto respecto a los supuestos aplicables como respecto a su duración, ha sido mostrada suficientemente en el citado Informe lo que podrá permitir que sean atendidos en los sucesivos tramites legislativos.

III. BREVES COMENTARIOS FINALES

Si como señala FOUCAULT (2006) “se puede hacer la genealogía del Estado moderno y de sus diferentes aparatos a partir de una historia de la razón gubernamental. Sociedad, economía, población, seguridad, libertad: esos son los elementos de la nueva gubernamentalidad cuyas formas, creo, aún conocemos en sus modificaciones contemporáneas”, hay cuestiones problemáticas profundas en la evolución del Estado y del Derecho desde la Ilustración. Para RESTA (1990) el carácter problemático, en el tema que nos ocupa, consiste en “una especie de destino de separación entre garantías y defensa social que no ha conseguido, en la historia de los sistemas penales modernos, pensar la defensa social como garantía del ciudadano frente a cualquier forma de arbitrio *ex parte principis* y *ex parte populi*, y es indudable que el carácter moderno de la forma del derecho, consignado en la contingencia de las decisiones del político ha terminado por acentuar esta separación todavía más con el sacrificio de las garantías y no con la defensa social. Todo ello puede recabarse en el análisis de las formas de la legislación, en la reconstrucción de la estructura procesal y quizá, más definitivamente, en un estudio de los efectos de la justicia y es uniforme en todos los países que comparten la matriz cultural del sello ilustrado”. Puede entenderse que la construcción del orden social contemporáneo actualiza lo que NIETZSCHE afirmaba sobre el Estado: “Estado se llama el más frío de todos los monstruos fríos. Es frío incluso cuando miente; y esta es la mentira que se desliza en su boca: ‘Yo el Estado soy el pueblo’” (2006) que FOUCAULT comenta como el “lirismo del monstruo frío” (2006) y que remite al carácter problemático del estado democrático cada vez que recurre a la fuerza.

La calificación de la seguridad como pública o como ciudadana apenas puede desbordar su anclaje meramente formal o discursivo si las abordamos desde observaciones empíricas que muestran la ausencia de cohesión social. Recientemente TORRES LÓPEZ (2009) ha recogido información en la que consta que “a finales de 2006 diez familias y una veintena de empresarios (la mayoría de los cuales se enriquecieron o consolidaron su riqueza durante el franquismo) tenían en esa fecha bajo su control 19 de las 35 empresas cotizadas en España y eran propietarios del 20,14% de su capital. Según el profesor LAGOS SANTOS, una pequeña élite que representa el 0,0035% de la población española controla recursos que equivalen al 80,5% del PIB. Un control que no sólo permite tener las retribuciones más altas de Europa como miembros de los Consejos de Administración sino también, y sobre todo, influir muy directamente y decisivamente en las decisiones gubernamentales que les afectan”. Continúa el autor preguntando, en este caso al gobernador del Banco de España, “¿Por qué no dice que nuestra productividad lleva estancada quince años y que lo que se necesita es un capital humano más preparado, más capital social y mejores infraestructuras que requieren más gasto público? ¿No le resulta significativo que el país que más empleo destruye

sea justamente el único de la OCDE en donde bajaron los salarios reales de 1995 a 2005?(...) ¿Cómo es que no cae en la cuenta de que los países europeos más competitivos tiene una flexibilidad que no es precisamente la que aquí se propone y mucha más protección social?...nuestra tasa de abandono escolar sea acaso tres veces más alta que la de la U-27(...), nuestro porcentaje en gasto de protección social, cuya suficiencia sería fundamental para reformar sin pérdida de bienestar el mercado de trabajo, está a seis puntos de dicha media”.

Ante el panorama anterior, cabe preguntarse también, ¿a quién y para que sirven las políticas penales de seguridad, con el incremento del control punitivo, de la penalidad y la centralidad de la prisión? La tasa de encarcelamiento, 76.485 personas, es superior a los países del entorno, siendo la tasa de la criminalidad definida de las más bajas europeas. Si más del 70% de la población penitenciaria son “pobres, enfermos, drogadictos” (*El País*, 5, agosto, 2009) ¿Qué objetivos tiene la política penal de la seguridad? ¿Es una nueva política social basada en el castigo, la privación de libertad, y la exclusión, dentro y fuera de los muros? El continuado hermanamiento entre guerra y castigo, la comunicación práctica entre riesgo, peligro, miedo, escisión social, control sancionatorio e ideológico, visibilización burocrática, pública y privada, de la ciudad y de la intimidad personal, la ampliación de las antiguas transgresiones procedentes de las carencias, ¿puede ser respondido por un derecho securitario que sistemáticamente, violentamente, se reafirma y reproduce incrementando la inseguridad como engranaje que justifica su incremento violento en perjuicio de las garantías? Más arriba he comentado el significado instrumental de las políticas securitarias, pero no en razón de los derechos y las libertades sino en razón de la reproducción de este orden social y de la contención, negativa, de los posibles desórdenes que genera. Termino, de nuevo, con RESTA, “si los conflictos no son solamente transgresiones, el cometido del sistema jurídico puede volver a ser aquel originariamente garantista. Ello en un doble nivel: como reglas que tutelan al individuo frente a la reacción social estatal, más como ‘derecho’ que como ‘pena’, y también como conjunto de prácticas que aseguran los derechos antes que el desengaño se transforme en conflicto y transgresión” (1990). Y en relación con la violencia de conservación que las políticas de seguridad generan, el mismo autor, más recientemente, (2001) dice: “Sólo a partir de la propia violencia se puede comprender y reducir la de los otros; no existen recetas fáciles y debemos estar preparados para la desilusión, como Gandhi, pero el único camino es recomenzar desde la observación de uno mismo, individual y colectivamente, asumiendo, sin esconderse, la propia violencia. Al menos ésta es la condición necesaria, si bien no suficiente, para practicar aquella ‘*philia erotiké*’ que el mundo griego nos había indicado y que aún podemos encontrar en la apuesta de la ‘amistad por la humanidad’”.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE, M^a (2004): “Del Código Penal de la democracia al Código Penal de la seguridad”, en *Serta in memoriam Alexandro Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1995): El modelo procesal de la ‘Ley Corcuera’. La contra-reforma implícita, en I. Muñagorri (Ed.), *La Protección de la Seguridad Ciudadana*, Oñati Proceedings, n^o 18.
- BARCELONA, J. (1997): *Policía y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid.

- BECK, U. (2002): La sociedad del riesgo global, ed. Siglo XXI, Madrid.
- BOURDIEU, P. (2001): Contrafuegos 2. Por un movimiento social europeo, Ed. Anagrama, Barcelona.
- CARBONELL, J.C. (1995): La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en I. Muñagorri, La Protección de la Seguridad Ciudadana, Oñati Proceedings, nº 18.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2009): Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Madrid.
- CHOMSKY, N. (1999): El beneficio es lo que cuenta. Neoliberalismo y orden global, Ed. Crítica, Barcelona.
- CHOMSKY, N. (2004): Hegemonía o supervivencia. La estrategia imperialista, Ediciones B, Barcelona.
- FOUCAULT, M. (1990): Frente a los gobiernos, los derechos humanos, en La vida de los hombres infames, Ed. La Piqueta, Madrid.
- FOUCAULT, M. (2006): Seguridad, territorio, población, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- GARCÍA INDA, A. (1997): La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y el Derecho de Pierre Bourdieu, Cedecs Ed., Barcelona.
- GIMBERNAT, E. (1982): Constitución y Derecho Penal, en la Constitución de 1978. Un análisis comparado, *Revista de Política comparada*, suplemento nº 7.
- HARNECKER, M. (1999): La izquierda en el umbral del siglo XXI. Haciendo posible lo imposible, Siglo XXI de España Editores.
- JORGE BARREIRO, A. (2004): La reforma de la prisión provisional (Ley Orgánica 13 y 15, 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional I, en *Jueces para la Democracia*, nº 51.
- JORGE BARREIRO, A. (2005): La reforma de la prisión provisional (Ley Orgánica 13 y 15, 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional II, en *Jueces para la Democracia II*, nº 52.
- KIRSCH, S. (2000): ¿Derecho a no autoinculparse?, en La insostenible situación del Derecho Penal, Ed. Comares, Granada.
- LLABRES, A. (1995): La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en I. Muñagorri (Ed.), La Protección de la Seguridad Ciudadana, Oñati Proceedings, nº 18.
- MARAZZI, C. (2001): La fuerza improductiva, en El Viejo Topo, nº 199.
- MATE, R. (2003): Memoria de Auschwitz, Actualidad moral y política, Ed. Trotta, Madrid.
- MUÑAGORRI, I. (1995): Del Estado Protector a la autoprotección del Estado, en I. Muñagorri (Ed.), La Protección de la Seguridad Ciudadana, Oñati Proceedings, nº 18.
- MUÑAGORRI, I. (2002): Prólogo a A. Silva, Control social, Neoliberalismo Derecho penal, Fondo Editorial Universidad de San Marcos, Lima.
- MUÑAGORRI, I. (2003): La utilización del derecho penal: de las garantías del ciudadano a la represión de la no-persona, en *Panóptico*, nº 6.
- MUÑAGORRI, I. (2005): Las actuales políticas criminales como institucionalización de la inseguridad, en Políticas Sociales para la Seguridad Ciudadana, E. Ikusbide, Vitoria-Gasteiz.

- MUÑAGORRI, I. (2005): Derecho Penal intercultural y crisis del principio de soberanía, en G. Portilla (Coord.). *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Ed. Akal, Madrid.
- MUÑAGORRI, I. (2008): Privación de libertad y derechos fundamentales, en Observatorio del Sistema Penal y los derechos Humanos de la Universidad de Barcelona (Coord.), *Privación de Libertad y Derechos Humanos*, Ed. Icaria.
- MUÑOZ CONDE, F. (2004): El nuevo Derecho Penal autoritario, en *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- NIETZSCHE, F. (2006): *Así habló Zaratusta*, Alianza Editorial, Biblioteca de Autor, 9ª reimpresión, Madrid.
- PAREDES, J.M. (2006): "La seguridad como objeto político criminal del sistema penal", en *Eguzkilore*, nº 30.
- PEGORARO, J. (2008): Las paradojas del control social punitivo, en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, año 17, nº 25.
- PITCH, T. (2006): *La società de la prevenzione*, Ed. Carocci, Roma.
- PORTILLA, G. (2007): El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RECASENS, A. (2007): *La seguridad y sus políticas*, Ed. Atelier, Barcelona.
- RESTA, E. (1990): La ciudad y el miedo, en *Sistema*, nº 97.
- RESTA, E. (2001): La enemistad, la humanidad, las guerras, Introducción a A. Einstein, S. Freud, ¿Por qué de la guerra?, Ed. Minúscula, Barcelona.
- REVERON, B. (2008): La nueva Ley Orgánica 10/2007 de 8 de octubre reguladora de la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Aspectos procesales, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 29.
- ROBERT, P. (2003): *El ciudadano, el delito y el estado*, Ed. Atelier, Barcelona.
- TORRES LÓPEZ, J. (2009): TRICHET, MAFO y los demás: la élite del poder económico en España, en *Sin Permiso, Sistema Digital*, 26 de junio.
- ZIZEK, S. (2001): *El espinoso sujeto*, Ed. Paidós, Barcelona.
- ZUGALDIA, J.M. (2004): Seguridad ciudadana y Estado Social de Derecho (A propósito del 'Código Penal de la Seguridad' y el pensamiento funcionalista), en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Anton*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

MIEDO AL DELITO EN CONTEXTOS DIGITALES: UN ESTUDIO CON POBLACIÓN URBANA¹

César SAN JUAN, Laura VOZMEDIANO² y Anabel VERGARA

*Instituto Vasco de Criminología
Universidad del País Vasco*

“Pensando con sana utopía hablaríamos de criminalidad más que de delito. Criminalidad que no es la suma de los delitos, sino algo distinto: como el océano no es la suma de las gotas de agua [...]. El delito necesita una remodelación que lo patentice como obra no solo del delincuente sino también como obra de construcción social en la que interferimos el legislador, los controles formales e informales, las víctimas y no menos los denunciantes”. Antonio Beristain³

INTRODUCCIÓN

El miedo al delito y la percepción de inseguridad son, en la actualidad, temas de interés para la investigación científica, pero también para los medios de comunicación, los ciudadanos mismos y las instituciones implicadas en la toma de decisiones para la promoción de la calidad de vida urbana. Y es que un aspecto que todo investigador en ciencias sociales debe tomar en consideración es la relevancia social de la temática de su investigación. En este caso, la relevancia del estudio del miedo al delito viene dada, principalmente, por los efectos que tanto para los individuos, como para la comunidad, puede tener una situación generalizada de miedo a ser víctima de delitos. Efectos que, como veremos, pueden ser independientes de la situación objetiva de riesgo, es decir, de la tasa de delitos que una zona o ciudad concreta soporta.

1. Este trabajo ha sido parcialmente financiado con una beca para equipos de investigación de la Escuela Vasca de Estudios Territoriales y Urbanos (Instituto Vasco de Administración Pública, Gobierno Vasco).

2. El trabajo de esta autora se ha financiado con una ayuda del Programa de Formación de Investigadores del Dpto. de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.

3. *Criminología, Victimología y Cárceles. Tomo I.* (1996, p. 241).

El miedo al delito –como la percepción de inseguridad en general– hace referencia a percepciones y emociones subjetivas de los ciudadanos y, por tanto, no siempre se corresponde con índices objetivos de seguridad y delincuencia. Es más, frecuentemente se ha observado que la inseguridad ciudadana objetiva y la percibida son divergentes, y que en un contexto objetivo de delitos en decremento crece, por distintas razones, la percepción de inseguridad. Por ejemplo, Schweitzer, Kim y Mackin (1999) ejemplifican esta situación con el sostenimiento del miedo al delito en los EEUU en la década de los 90, mientras las tasas de delincuencia disminuían.

En la actualidad, y en nuestro contexto, puede observarse este mismo fenómeno. En la última encuesta europea de delito y seguridad (EU ICS 2005), se observa que en varios países el miedo al delito es alto, aunque el riesgo objetivo de victimación sea bajo en relación al resto de Estados considerados. Así, España, que ocupa el último lugar en cuanto a prevalencia de victimación, se sitúa en el sexto puesto en temor al delito, entre 19 Estados (Van Dijk et al., 2008). En nuestro contexto geográfico más inmediato, el País Vasco, se constata que las tasas de delincuencia son estables desde hace diez años; los debates y noticias sobre una “creciente inseguridad”, sin embargo, son continuos.

Estas consideraciones ponen de manifiesto que el miedo al delito constituye un problema –un objeto de estudio– por sí mismo, relativamente independiente del diagnóstico sobre la delincuencia objetiva, si bien esta última siempre será tenida en cuenta junto a otros elementos que definen el contexto en el que se estudia el fenómeno de interés. Así, en nuestros días una nueva dimensión espacial está surgiendo como escenario de una nueva criminalidad. Nos referimos a los contextos digitales y a la ciber-delincuencia. Según Subijana (2008), los ciber-crímenes tienen cuatro aspectos característicos:

- Se cometen fácilmente.
- Requieren escasos recursos en relación al perjuicio que causan.
- Pueden cometerse en una jurisdicción sin estar físicamente presente en el territorio sometido a la misma.
- Se benefician de las lagunas de punibilidad que pueden existir en determinados Estados, algunos de los cuales han sido denominados paraísos cibernéticos, debido a su nula voluntad política de tipificar y sancionar estas conductas.

Actualmente, el objetivo principal del ciber-delincuente parece ser fundamentalmente el lucro. Da la impresión de que se acabó la época del *hacker* en busca de prestigio, publicidad y ahora todo se reduce al beneficio económico cortoplacista por métodos ilícitos. El fraude *on-line* sigue en constante crecimiento, como así alertan los expertos. Uno de los factores que sin duda incrementará la proliferación de nuevas formas de fraude *on-line* es la situación de crisis económica en la que se encuentra España particularmente que será aprovechado por los delincuentes potenciales para conseguir elevar el número de víctimas. Según un informe de la empresa S21sec⁴, el hecho de engañar a usuarios mediante falsas promesas de trabajo, loterías, premios

4. Fuente: <http://www.s21sec.com/descargas/Informe%20fraude%20Online%202007-2008.pdf>

y en general cualquier argumento que pueda suponer un ingreso de dinero fácil se seguirá produciendo de manera cada vez más acentuada durante este año 2009 y siguientes, optimizando progresivamente las técnicas utilizadas hasta llegar a un grado de sofisticación que supondrá un aumento en el número de ataques “personalizados” orientados hacia diferentes perfiles de usuario. Hasta el punto, se asegura en este informe, de lograr cierta individualización en los mensajes destinados a captar la atención de los usuarios. Esta tendencia se verá facilitada en gran medida por la proliferación del uso de redes sociales y por el aprovechamiento por parte de los atacantes de todas aquellas fuentes que puedan contener información que facilite el proceso de ganarse la confianza de la víctima.

Por otra parte, los troyanos, programas informáticos maliciosos que pueden robar contraseñas, están ganado terreno a la técnica del *phising* (envío masivo de correos electrónicos falsos para lograr claves bancarias) que cada vez atienden menos internautas que han mejorado en los últimos años su nivel de información. Según los datos del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación⁵, en 2007, el 70% de los ataques con fines económicos fue con la técnica del *phising*, mientras que el 30% restante vino a través de troyanos. Este porcentaje varió en 2008 (60% frente a 40%) y es previsible que se iguale o cambie este año en el que ha irrumpido el gusano Downadup que ha infectado a más de 9 millones de ordenadores por una vulnerabilidad del sistema operativo y que es capaz de transmitirse a través de dispositivos USB. Las estafas cometidas a través de Internet y el intercambio de archivos de pornografía infantil a través de la red fueron los delitos informáticos más habituales detectados por la Fiscalía en Gipuzkoa durante el año 2008. Ésta es una de las conclusiones principales recogidas en la Memoria realizada por el Ministerio Público sobre los delitos cometidos en esta provincia durante el año pasado. El documento, que por primera vez analiza la delincuencia informática al contar desde 2008 con un fiscal especializado en este tipo de criminalidad, explica que durante el año pasado se incoaron un total de 59 procedimientos, 38 de los cuales se encontraban en investigación a finales de año, mientras que en 14 casos se formuló acusación contra los imputados y siete más fueron archivados. El escrito constata “un predominio de las denuncias por estafa (30), seguidas por los delitos de pornografía infantil (14) y, a cierta distancia, los cometidos contra la libertad como las amenazas y las coacciones (3) y contra el honor (2)”. En la Memoria, la Fiscalía alerta además de la “preocupante” aparición del delito de “espionaje industrial” relacionado con la delincuencia informática, “por cuanto que la especial pujanza de la industria de la máquina-herramienta de alta tecnología” en Gipuzkoa constituye “el caldo de cultivo idóneo para este tipo de conductas”. “La copia inadvertida de datos empresariales sensibles, o bien su destrucción, son fenómenos que pueden suponer pérdidas de más de un millón de euros en un solo acto ilícito”. La Fiscalía alerta además sobre la proliferación de delitos informáticos como la “usurpación” de la personalidad de la víctima para contratar servicios telemáticos por Internet o para utilizarla ilegalmente en la red a raíz de “conflictos personales derivados de relaciones sentimentales”. En este punto, advierte de la “preocupante importancia” que están cobrando las “coacciones y amenazas asociadas a la revelación de secretos personales” en Internet, que son “frecuentemente cometidas por ex parejas

5. Fuente: <http://www.inteco.es/>

y menores” que utilizan de forma “ilegítima” las “claves personales” de la víctima para acceder a su correo electrónico. De esta forma, los delincuentes remiten “una serie de mensajes injuriosos” desde el correo de los perjudicados a su lista de contactos con los que pretenden desacreditarlos ante “su círculo de amistades”, llegando en algunos casos incluso a revelar su orientación sexual. La Fiscalía cita asimismo delitos como las estafas que se producen mediante la venta falsa de objetos en portales de subastas o las que se comenten engañando a las víctimas para que proporcionen a los delincuentes sus claves bancarias de internet para luego sustraerles dinero de sus cuentas. En ocasiones, los delincuentes, radicados en el extranjero, utilizan intermediarios en cuyas cuentas ingresan las transferencias delictivas para que éstos las cobren y se las reenvíen por mensajería a cambio de una comisión.

En este sentido podríamos decir que existe una amenaza potencial generalizada en los contextos digitales. La última encuesta del Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) apunta que el 72% de los hogares españoles tiene algún tipo de código malicioso. El 95% de los encuestados por INTECO⁶ declaraba tener un antivirus, mientras que sólo el 87 % de ellos lo tenía realmente. Así, el 76% dice utilizar cortafuegos, el 69% bloqueo de páginas y el 56% sistemas *anti-spam*. Los porcentajes descienden al 34% en el caso de copias de seguridad, partición del disco duro, etc. Por otro lado las pymes no consideran los Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información como una inversión necesaria y su dificultad técnica muchas veces les supera. El problema es que incluso muchos de estos esfuerzos son en gran parte inútiles porque los *botnets* que distribuyen malware como los gusanos son todavía relativamente indetectables por los programas antivirus que se comercializan.

En definitiva, la hipótesis que queremos poner en evidencia en esta investigación es el desfase actualmente existente entre la amenaza a la que están expuestos los usuarios de Internet y la percepción de inseguridad que suscita esa amenaza, con el consiguiente riesgo que puede conllevar. En todo caso, parece claro que la probabilidad de ser víctima de un delito en contexto digital es mayor que la de ser víctima de un robo en la calle. Sin embargo, nuestra hipótesis es que la percepción de inseguridad es mayor en este último escenario. Para analizar y, en su caso, confirmar este planteamiento realizamos un estudio con una muestra representativa de ciudadanos y ciudadanas de la ciudad de Bilbao que se presenta a continuación.

MÉTODO

Muestra

La muestra está compuesta por 1700 residentes en la ciudad de Bilbao, mayores de edad. Se realizó un muestreo probabilístico y estratificado por distrito, género y edad. Respecto a la estratificación por distrito de residencia (asumiendo los ocho distritos administrativos en los que se divide la ciudad), el número de entrevistados en

6. Fuente: <http://www.inteco.es/>

cada distrito fue proporcional a su población. En lo que se refiere al género, se estableció una distribución equitativa y, finalmente respecto a la edad, se fijaron cuotas para asegurar la adecuada representación de todos los segmentos de edad en la muestra. Siendo la población objeto de estudio el total de ciudadanos residentes en Bilbao, con una muestra de 1.700 entrevistados y, establecido el nivel de confianza al 95%, el error muestral queda limitado al $\pm 2,4\%$.

Como resultado de los criterios establecidos, la muestra está equilibrada al 50% respecto al género. La edad de los entrevistados oscila entre los 18 y 95 años, siendo la media de 47 y la desviación típica de 15. El porcentaje de sujetos que pertenece a los grupos de edad establecidos por los investigadores, así como otros indicadores socio-económicos recogidos, se indica en la Tabla 1, que presenta un resumen de las características de la muestra.

Es reseñable que se ha procurado, y a juicio de los autores conseguido, una heterogeneidad notable en las distintas variables socio-demográficas lo que, combinado con el importante tamaño muestral, nos permite tanto generalizar los resultados al conjunto de los residentes de la ciudad como focalizar el estudio de algunas cuestiones concretas en grupos determinados: por ejemplo, los mayores, las mujeres o los jóvenes.

Como se detalla en el apartado de resultados de esta muestra representativa el 53% de los sujetos (N= 902) dice ser usuaria de Internet.

Materiales

Se empleó un instrumento diseñado *ad hoc* por el equipo investigador. La fiabilidad y validez de la primera versión del instrumento fue contrastada por medio de un estudio piloto, que constituyó una de las primeras tareas abordadas por el equipo investigador en este proyecto. Dicho estudio piloto contó con una muestra de 60 sujetos, pertenecientes a tres distritos con tipología socioeconómica alta, media y baja (Abando, Deusto y Recalde), y las cuotas de género y edad fijadas fueron similares a ya descritas para la muestra final de este estudio. Los resultados de los análisis con el estudio piloto, ratificaron la adecuada fiabilidad y validez de la escala.

Variables incluidas en el instrumento

- *Variables socio-demográficas.* Ubicadas al principio y final del cuestionario, se incluyeron cuestiones para medir el género, la edad, residencia, número de hijos, nivel de estudios, poder adquisitivo, actividad que desempeña, etc.
- *Miedo al delito* en escenario urbano y miedo al delito en contexto digital.
- *Medidas de autoprotección* o evitación de riesgo percibido.

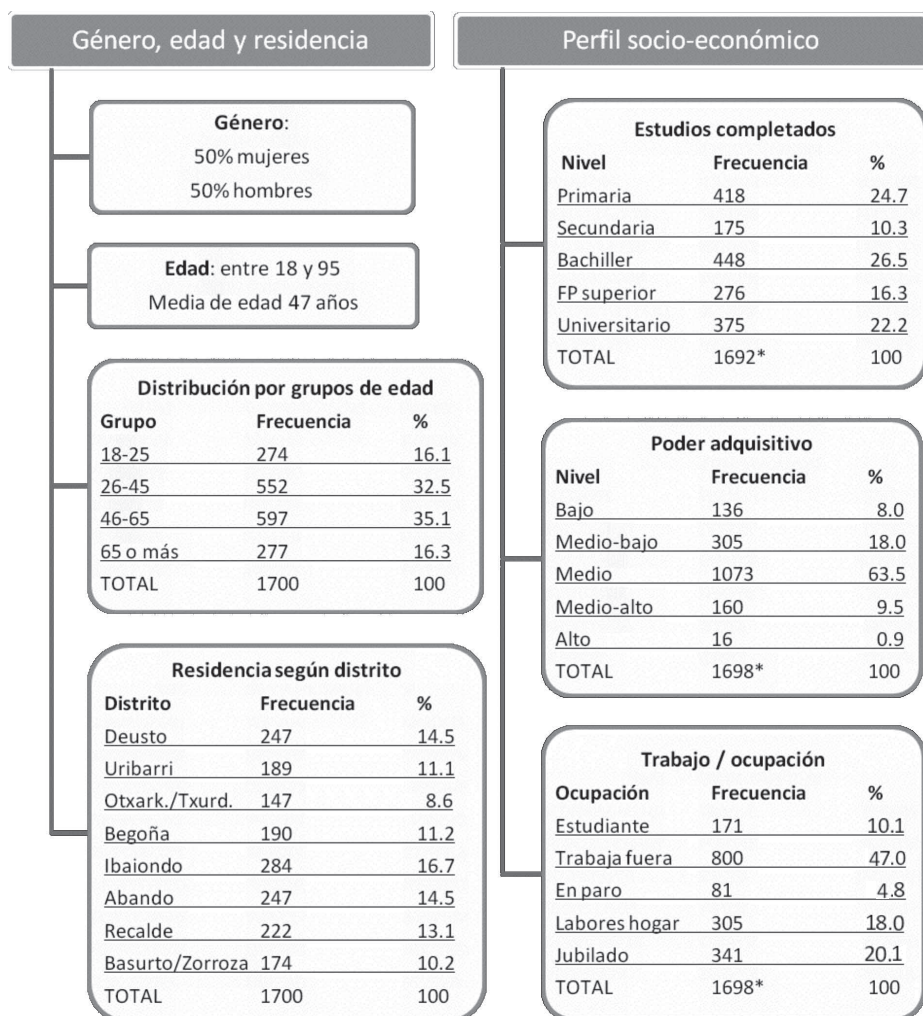


Tabla 1. Resumen de datos socio-demográficos que caracterizan la muestra.

* Totales menores que 1700, ya que algunos sujetos prefirieron no aportar ese dato.

PROCEDIMIENTO

Primeramente, se formó a los encuestadores en la selección de sujetos para completar las cuotas establecidas según el muestreo y en la aplicación del cuestionario. Estas personas recogieron los datos mediante entrevista telefónica, siguiendo las pautas recibidas en la fase de formación, así como las indicaciones que, por escrito, constaban en cada ejemplar del cuestionario. Así, se telefoneó a los hogares que

eran seleccionados al azar en las unidades geográficas determinadas (distritos), comprobando para cada sujeto que aceptaba colaborar en el estudio, que residiera en el distrito de interés, fuera mayor de edad y su género y edad se correspondieran con las necesidades de la fase concreta de la recogida de datos. Realizadas estas comprobaciones, se procedía a entrevistar al sujeto. A todos los entrevistados se les ofreció la posibilidad de comprobar la identidad del entrevistador, así como la veracidad de los datos ofrecidos respecto a la entidad responsable del estudio y sus objetivos. Sólo si el cuestionario era respondido hasta el final, y el número de ítems no contestados se mantenía por debajo de un límite preestablecido, pasaría a formar parte de la base de datos del estudio. Una vez completados los 1700 cuestionarios que, cumpliendo las condiciones citadas, constituyeron la muestra del estudio, éstos fueron remitidos por la empresa encargada de las entrevistas telefónicas al equipo investigador. Los cuestionarios completados, por tanto, se almacenaron en el Instituto Vasco de Criminología, centro de trabajo del equipo investigador, donde permanecen fuera del alcance de terceras personas para garantizar su confidencialidad en todo momento. Las respuestas fueron codificadas en una base de datos para realizar los análisis estadísticos correspondientes con el software SPSS 15. Los resultados de estos análisis se presentan en el siguiente apartado.

RESULTADOS

De las 1700 personas participantes en este estudio, un total de 902 dicen ser usuarias de Internet. Como se puede observar en la Tabla 2, un 12,4% lo usaría ocasionalmente y un 40,7% del total de la muestra dice usarlo habitualmente. Así, en el contexto urbano objeto de esta investigación podríamos establecer que casi la mitad de la población (46,9%) no usa Internet jamás.

Uso Internet	Frecuencia	Porcentaje
Nunca	798	46,9%
Ocasionalmente	210	12,4%
Habitualmente	692	40,7%
Total	1.700	100%

Tabla 2. Usuarios de Internet.

Dicho esto, nos interesó especialmente analizar las diferencias socio-demográficas entre usuarios y no-usuarios de Internet encontrando algunos datos destacables que se detallan en la Tabla 3 (N= 1700).

Variables	Grupos	N	Media
Edad	No Usuarios	791	56,87
	Internautas	901	38,70
Probabilidad de ser víctima	No Usuarios	680	3,20
	Internautas	815	3,67
Nivel de estudios	No Usuarios	790	1,26
	Internautas	902	2,66
Poder adquisitivo	No Usuarios	796	1,63
	Internautas	894	1,89

Tabla 3. Diferencias entre Internautas y no-usuarios de Internet

Como se puede apreciar en la Tabla 3 los Internautas son significativamente más jóvenes ($p = .000$; $F=592,2$), con un nivel de estudios superior ($p = .000$; $F=495,17$) y mayor poder adquisitivo auto-reportado ($p = .000$; $50,38$) que los no-usuarios de Internet. Por otra parte, también hemos detectado que los Internautas tienen mayor temor a ser víctimas de un delito (en contexto no-digital) que los no-usuarios de Internet ($p = .000$; $13,99$).

En los análisis que se presentan a continuación vamos a centrarnos en la submuestra de usuarios de Internet ($N=902$), focalizando nuestra atención en tres tipos de perfiles de usuarios diferentes. Vamos a distinguir entre grupo a) el grupo de Internautas que exclusivamente usan banca *on line* ($N=132$); grupo b) el grupo de Internautas que exclusivamente realizan compras por Internet ($N=112$) y grupo c) el grupo de Internautas que hemos denominado multi-usuarios y realizan ambas conductas: uso de banca *on line* y compras por Internet ($N= 271$).

Las variables que hemos considerado para definir los perfiles son, por un lado, el miedo a ser víctima de un delito en contexto real (miedo a que te roben en la calle y miedo a que te roben en tu vehículo) y, por otro, miedo a ser víctima de un delito en contexto digital (miedo a ser víctima de delito usando banca *on line* o comprando en Internet). También hemos medido dos variables adicionales relacionadas con las medidas de autoprotección. Por un lado, la aplicación de medidas de seguridad en contexto real que hemos etiquetado como “*autoprotección real*” (evitar zonas urbanas por considerarlas inseguras) y, por otro, los recursos y conocimientos auto-reportados para evitar ser víctima de un delito en contexto digital y que hemos etiquetado como “*autoprotección digital*”.

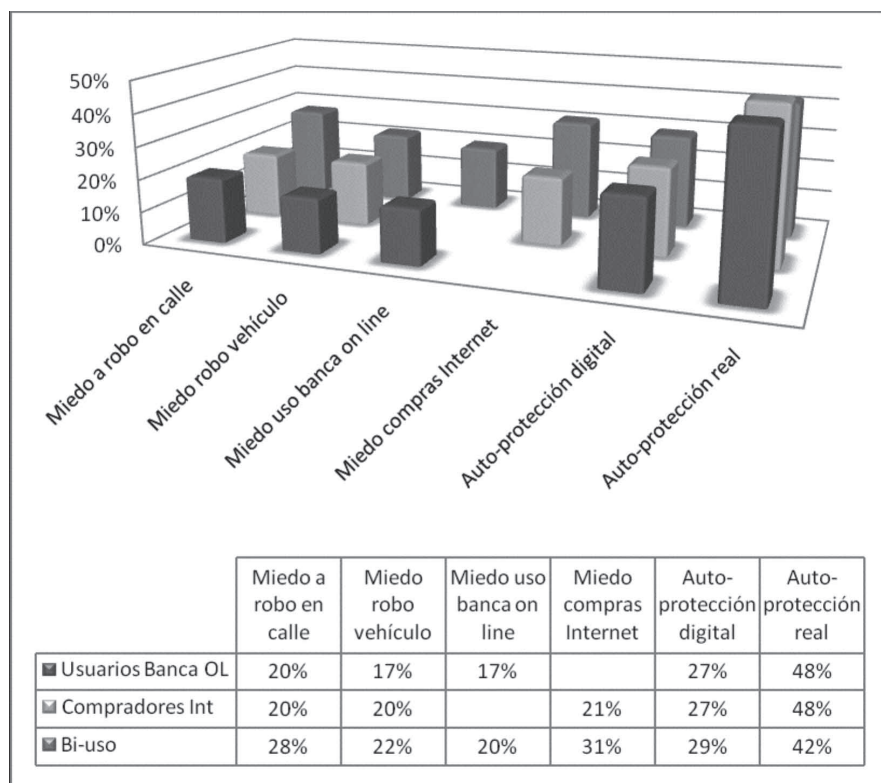


Tabla 4. Perfiles de uso de Internet, percepción de inseguridad y medidas de protección.

Como podemos observar en la Tabla 4 no existen apenas diferencias en el perfil de usuarios de banca *on line* y compradores por Internet. Es en torno al 20% de cada uno de los dos grupos que han tenido miedo a que les roben en la calle o, en el caso del grupo *b*, haciendo compras por Internet. Si acaso es algo menor el porcentaje de sujetos (17%) en el grupo de usuarios de banca *on line* que dice tener miedo a que les roben en el coche o en contexto digital. En todo caso, no podríamos decir que exista una mayoría de personas que experimenta un mayor temor en un contexto que en otro.

El perfil del grupo que hemos denominado multi-usuarios sí ofrece un cierto distanciamiento con respecto a los anteriores. En general encontramos un mayor porcentaje de sujetos que han tenido miedo en contexto real que llega al 28% en el caso del temor a que te roben en la calle. También identificamos un porcentaje de sujetos que tienen miedo a ser víctimas de un delito usando la banca *on line* (20%) superior al grupo que usa solo Internet con este fin (17%), siendo especialmente destacable el porcentaje de sujetos que tiene miedo a ser víctima de un delito comprando en Internet (31%). Parece existir una mayor conciencia de vulnerabilidad en este tercer grupo. En todo caso, en los tres grupos es netamente superior el porcentaje de sujetos que toma

medidas de autoprotección en contexto real (el 48% en los *grupos a y b*) en contraposición al porcentaje de sujetos que toma medidas en contexto digital (27% en los *grupos a y b*, y 29% en el *grupo c*). El objetivo de este estudio, que no es otro que poner en evidencia la paradoja existente entre la probabilidad de ser víctima de un delito en un contexto digital y adoptar medidas de autoprotección parece ponerse de manifiesto en las frecuencias observables en la tabla 4. Efectivamente, siendo más probable ser víctima de un robo o estafa en Internet que el hecho de ser víctima de un robo en la calle, sin embargo es muy superior el porcentaje de sujetos que adoptan medidas para evitar este extremo.

En este sentido pueden ser relevantes las tablas de contingencia presentadas a continuación correspondientes a los usuarios de banca *on line* y a los compradores por Internet respectivamente (Tablas 5 y 6). Efectivamente, en ellas podemos observar que casi un 70% de los individuos que han tenido miedo alguna vez a que les roben en la calle nunca lo han experimentado usando la banca *on line*. Por su parte, en torno al 59% de personas compradoras en Internet que han tenido miedo alguna vez a que les roben en la calle nunca han temido ser víctimas de un delito en contexto digital.

			Miedo usando banca online		Total
			No	Sí	
Miedo a robo en la calle	No	Recuento	256	45	301
		% de Miedo a robo en la calle	85,0%	15,0%	100%
	Sí	Recuento	71	32	103
		% de Miedo a robo en la calle	68,9%	31,1%	100%
	Total	Recuento	327	77	404
		% de Miedo a robo en la calle	80,9%	19,1%	100%
			Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson			12,923(b)	1	,000

Tabla 5: de contingencia Miedo a robo en la calle * Miedo usando banca online

			Miedo haciendo compras por Internet		Total
			No	Sí	
Miedo a robo en la calle	No	Recuento	211	66	277
		% de Miedo a robo en la calle	76,2%	23,8%	100,0%
	Sí	Recuento	58	41	99
		% de Miedo a robo en la calle	58,6%	41,4%	100,0%
	Total	Recuento	269	107	376
		% de Miedo a robo en la calle	71,5%	28,5%	100,0%
			Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson			11,081(b)	1	,001

Tabla 6: de contingencia Miedo a robo en la calle * Miedo haciendo compras por Internet

DISCUSIÓN

En definitiva, lo que hemos querido poner en evidencia es la existencia de una mayor tendencia a la percepción de invulnerabilidad en contextos digitales con respecto al miedo percibido en espacios urbanos. Sería una suerte de sentimiento paradójico, y nada adaptativo, toda vez que existe una menor percepción de riesgo en aquel contexto donde existe, según todos los estudios, una amenaza objetiva mayor.

El miedo al delito es objeto de investigación en las ciencias sociales desde los años sesenta, habiendo generado un gran volumen de investigación en disciplinas tales como la sociología, psicología, geografía humana... Pero muy especialmente, se trata de un campo de trabajo que atañe a la criminología y que ha recibido considerable atención por especialistas de esta disciplina así como generado un gran volumen de publicaciones. Para una visión general de las publicaciones en este campo, pueden consultarse revisiones de la literatura (Hale, 1996; Van Beek, 2004); también puede consultarse la compilación de artículos del volumen editado por Ditton y Farrall (2000).

No sólo la investigación científica se ha interesado por el miedo al delito; paralelamente, y especialmente en algunos países anglosajones, la reducción del miedo al delito se ha convertido en objetivo de las políticas institucionales y de la práctica policial. Por ejemplo, en la información que ofrece a la ciudadanía en su página web el Home Office, en Reino Unido, podemos encontrar la declaración siguiente: *“The risk of becoming a victim of crime has fallen sharply in recent years. [...] But we aim to reduce this level even further. And to reduce fear of crime, which has risen even as the number of crimes actually committed has fallen. We believe everybody has the*

right to feel safe as they go about their daily lives.”⁷. En estas afirmaciones se pone de manifiesto que la reducción del miedo al delito es un objetivo en sí mismo, asumido por las autoridades y la policía, para proteger ese derecho a que los ciudadanos se sientan seguros en los espacios en que se desarrolla su vida diaria. El objetivo último es similar a lo que se ha denominado “democratización del espacio urbano” (San Juan y Vozmediano, 2009), abogando por el diseño de espacios públicos que sean percibidos como seguros por todos los ciudadanos.

En este punto, y tras décadas de estudio del miedo al delito, encontramos que actualmente la ciudad ya no es el único escenario en que el ciudadano puede experimentar temor ante la supuesta amenaza del delito, adaptando su conducta a unas percepciones de riesgo, muchas veces poco ajustadas a la realidad. Un nuevo escenario puede plantearnos una problemática muy similar; y no es otro que Internet. Lo que se ha denominado ciber-delito, o delitos cometidos a través de internet, es una amenaza real para un número cada vez mayor de ciudadanos. La comunidad internauta crece día a día, con casi 1.600 millones de usuarios en todo el mundo⁸. De modo paralelo, crecen los delitos cometidos a través de Internet y el número de víctimas de estos delitos: en Estados Unidos, el IC3 (Internet Crime Complaint Center⁹) centro que recoge denuncias de ciudadanos que han sido víctimas de un ciber-delito, plantea en su último informe sobre delito en Internet (IC3, 2008) que ese año establece un record en el número de denuncias. Como muestra la Tabla 7, las denuncias se han multiplicado por diecisiete desde el año 2000.

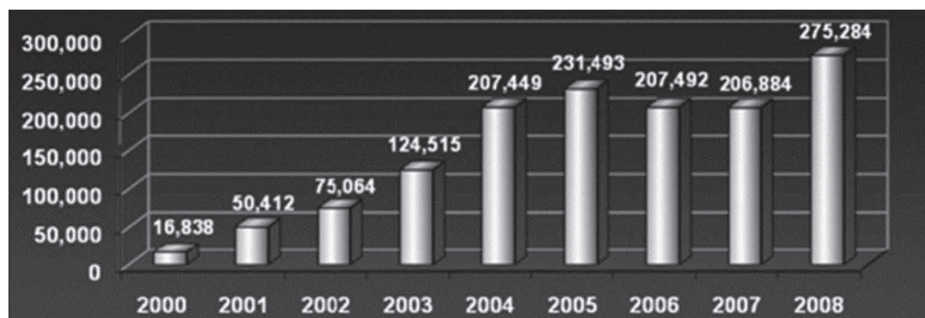


Tabla 7. Número de denuncias de ciber-delitos en el Internet Crime Complaint Center, en función del año en que fueron presentadas.

Fuente: 2008 Internet Crime Report (IC3).

7. “El riesgo de ser víctima de un delito se ha reducido drásticamente en los últimos años. [...] Pero nuestro objetivo es reducirlo aún más. También reducir el miedo al delito, que ha aumentado incluso cuando el número de delitos efectivamente cometidos ha disminuido. Creemos que todo el mundo tiene derecho a sentirse seguro en su vida diaria”. Traducción propia. Texto original disponible en: <http://www.homeoffice.gov.uk/crime-victims/reducing-crime>.

8. 1.596.270.108 usuarios de Internet en todo el mundo, a 31 de marzo de 2009, según www.internetworldstats.com.

9. <http://www.ic3.gov>.

Con el progresivo crecimiento de la comunidad de internautas y, paralelamente, de los ciber-delitos, crece también el interés de los investigadores, que en los últimos años se interesan cada vez más por la delincuencia en Internet y sus víctimas. Una búsqueda en la base de datos del *ISI Web of Knowledge* con las palabras clave “*Internet and crime*” arroja 117 resultados –hasta el año 2008– en las categorías de Criminología y Penología, Psicología y Ciencias de la conducta, Informática y Sociología. Si analizamos los resultados por año de publicación, encontramos que hay un interés creciente en el tema, que se refleja en un mayor número de publicaciones en los años más recientes, como muestra la Tabla 8; pero todavía con un escaso volumen de trabajos, si comparamos el ciber-delito con el delito *tradicional*. Hay todavía mucha labor de investigación a desarrollar para conocer los perfiles de delincuente y víctima en este nuevo contexto, así como las características de los *nuevos delitos* cometidos en Internet. Búsquedas similares pero en castellano, en las bases de datos Dialnet e ISOC (CSIC) arrojan sólo una veintena de resultados.

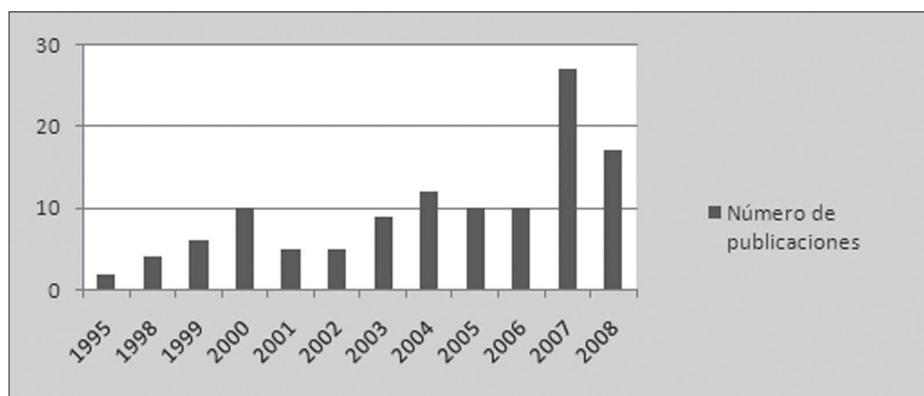


Tabla 8. Número de publicaciones con los topic “*Internet and Crime*” en el *ISI Web of Knowledge*, según el año.

Elaboración propia con los datos del ISI Web of Knowledge.

Si en el estudio de los ciber-delitos todavía quedan muchas cuestiones por abordar, el miedo a los ciber-delitos ha recibido todavía menor atención, y son escasos los trabajos al respecto. Sin embargo, el miedo a sufrir un delito en Internet presenta notables paralelismos con el temor a delitos en espacios urbanos, que sugieren que su investigación puede ser relevante. En ambos casos se trata de escenarios que ofrecen gran cantidad de estímulos al sujeto, que debe seleccionar aquellos estímulos a los que prestar atención al categorizarlos como relevantes; en ambos casos, a menudo la información sobre los riesgos de ser víctima de un delito es limitada o errónea, por lo que las percepciones de riesgo pueden estar muy alejadas de la realidad; y si un alto temor al delito en la vida real pueden inhibir ciertas conductas, es esperable que el temor a sufrir un delito en Internet pueda inhibir su uso, o ciertas conductas *on-line* (compras, uso de banca *on-line*, etc.). A pesar de ello, pocos investigadores se han ocupado del estudio científico del temor a los ciber-delitos. Sí se han realizado trabajos sobre las estimaciones de riesgo de ser víctimas de un delito al realizar compras por Internet, que

principalmente han visto la luz en revistas de comunicaciones y tecnologías de la información. Trabajos similares, orientados a cuantificar los efectos de las percepciones de los usuarios en los negocios realizados a través de Internet, han sido llevados a cabo por parte de empresas consultoras o bien por empresas que trabajan directamente en la venta *on-line*. Los resultados de estos trabajos se divulgan principalmente en prensa o portales especializados, pero a menudo no es posible acceder al trabajo completo para conocer los detalles del estudio, como podríamos hacer en una publicación científica. Por ejemplo, según un portal especializado, una encuesta realizada en 2009 por la empresa consultora Gartner Inc. mostró que el 39% de los encuestados ha cambiado su comportamiento en Internet por temor a que sus datos personales sean robados y muchos de ellos estarían reduciendo el número de compras *on-line* realizadas¹⁰. Siendo escasos los trabajos recogidos en publicaciones científicas sobre este objeto de estudio, la revisión realizada ha mostrado algunas publicaciones muy interesantes, como el trabajo de Reisig, Pratt, & Holtfreter (2009). Estos autores, con una muestra de 1.000 adultos residentes en el Estado de Florida (USA) encontraron que el 57,6% de los encuestados indica que es “algo probable” o “muy probable” que sufran un robo del número de tarjeta que les produzca perjuicio mientras realizan compras en Internet. Además, sus resultados mostraron una asociación entre un mayor riesgo estimado y restricciones en el uso de Internet (realizar menos compras, pasar menos tiempo conectado). Otro trabajo interesante y muy completo es la monografía de Alshalan (2009). Este autor analizó los datos de la primera encuesta realizada en USA a nivel nacional sobre víctimas de ciber-delitos, y encontró que el 70% y el 80% de los encuestados estaba “algo preocupado” o “muy preocupado” por convertirse en víctima de alguno de los ciber-delitos que presenta (resultar su equipo *hackeado*, robo del número de tarjeta al introducirlo en Internet, ser víctima de un delito relacionado con los ordenadores en general). Este temor a ciber-delitos, según dicho estudio, era mayor entre quienes habían sufrido previamente algún ciber-delito y entre quienes creían que los ciber-delitos son crímenes serios. Además, era más alto entre las mujeres, a pesar de que éstas son menos victimizadas, replicando el resultado clásico en la literatura de miedo al delito. El autor plantea que es necesario, en la investigación futura, que se estudie el efecto que estos temores pueden tener en las conductas de uso de Internet. En nuestro país, hasta donde conocemos, no se han realizado publicaciones científicas sobre el miedo al delito en contextos digitales. La prensa se ha hecho eco de algunas encuestas que se interesan por la confianza de los usuarios respecto a su seguridad personal al usar Internet, como la llevada a cabo por la empresa TNS en 16 países¹¹, que concluye que casi la mitad de los usuarios desconfía de la seguridad de su información personal cuando navega por Internet. Los usuarios de nuestro país estarían entre los más desconfiados lo que resultaría algo contradictorio con los resultados de nuestra investigación. Sin embargo, desconocemos si esta posible desconfianza se traduce en temor al delito al usar Internet y si la desconfianza o el temor influyen en las conductas de usuarios. En este escenario en que el miedo a la ciber-delincuencia ha sido todavía poco tratada en la investigación, especialmente en nuestro país, este trabajo ha tenido como objetivo llevar a cabo una primera aproximación al estudio de este fenómeno en

10. Fuente: <http://www.internetretailer.com/dailyNews.asp?id=29665>.

11. Fuente: Diarivasco.com, noticia publicada el 24.02.2009: <http://www.diarivasco.com/20090224/al-dia-sociedad/mitad-espanoles-cree-datos-20090224.html>.

nuestro contexto. En el marco de un estudio sobre seguridad subjetiva más amplio, se ha identificado a los usuarios de Internet, que respondieron a cuestiones sobre su uso de la red, y sobre su posible temor a ciber-delitos al utilizarla. Se trata de un estudio exploratorio, cuyo principal objetivo es provocar líneas de estudios posteriores más completos.

Así, por nuestra parte, hemos podido comprobar que un porcentaje significativo de sujetos que ha tenido miedo a ser víctima de un delito en la calle, jamás lo ha tenido en contextos digitales haciendo operaciones sensibles como pueden ser movimientos de dinero en banca *on line* o, lo que podría conllevar más riesgos, realizar compras por Internet. Dicha actitud es estadísticamente incoherente, como lo puede ser tener más miedo a volar que a viajar en coche. Este dato es además especialmente llamativo si tenemos en cuenta los reducidos porcentajes de sujetos que creen tener información o recursos suficientes para evitar ser víctimas de delitos informáticos. En vista de la situación descrita por la literatura especializada parece oportuno proponer una medición objetiva de riesgo real del usuario de Internet que pueda resultar operativa no solamente a la comunidad científica. También la administración y la empresa privada que operan habitualmente en escenarios digitales, necesitan herramientas de predicción de riesgo. Nosotros proponemos la siguiente ecuación a expensas de su desarrollo y confirmación ulteriores.

$$\text{Riesgo} = \frac{\text{Vulnerabilidad del sistema} + \text{Exposición}}{\text{Medidas de autoprotección}} \times \text{Amenaza potencial}$$

En dicha ecuación estamos entendiendo el riesgo como la probabilidad de ser víctima de un delito informático y la amenaza potencial, la incidencia prevista de individuos con conocimientos suficientes para perpetrar acciones ilícitas y con motivación para llevarlas a cabo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSHALAN, A. (2009): *Cyber-Crime Fear and Victimization: An Analysis of a National Survey*. Saarbrücken: VDM Verlag Dr. Müller.
- HALE, C. (1996): "Fear of crime: A review of the literature". *International-Review-of-Victimology*, 4, 79-150.
- IC3 (2008): *2008 Internet Crime Report*. Tomado el 27-03-2009 de: http://www.ic3.gov/media/annualreport/2008_ic3report.pdf.
- REISIG, M.D., PRATT, T.C., & HOLTFRETER, K. (2009): Perceived Risk of Internet Theft Victimization Examining the Effects of Social Vulnerability and Financial Impulsivity. *Criminal Justice and Behavior*, 36, 369-384.
- SAN JUAN, C. & VOZMEDIANO, L. (2009): "Democratización del espacio urbano y percepción de seguridad: una propuesta de análisis". In L. R. Ruiz Rodríguez (Ed.), *Respuestas internacionales a los retos de la seguridad* (pp. 273-280). Valencia: Tirant lo Blanch.

- SCHWEITZER, J.H., KIM, J.W., & MACKIN, J.R. (1999): "The impact of the built environment on crime and fear of crime in urban neighborhoods". *Journal of Urban Technology*, 6, 59-73.
- SUBIJANA, I. (2008): "El ciberterrorismo: Una perspectiva legal y judicial". *Eguzkilo*, 22, 169-187.
- VAN BEEK, G. (2004): *Fear of crime: feeling (un)safe and (in)secure in the risk society*. Tesis doctoral. Katholieke Universiteit Leuven, Leuven. Tomado el 19-01-2009 de: http://www.statbel.fgov.be/studies/ac084_en.pdf.
- VAN DIJK, J.J.M., VAN KESTEREN, J.N., & SMIT, P. (2008): *Criminal Victimization in International Perspective. Key findings from the 2004-2005 ICVS and EU ICS*. The Hague: Boom Legal Publishers.

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
191 - 205

THE INEXTRICABILITY OF RESEARCH AND PRACTICE. RESEARCH ON THE PENAL MEDIATION SERVICES OF THE BASQUE COUNTRY (2007-2009): SOME REFLECTIONS TO FOSTER DEBATE ON GENERAL FINDINGS AND MYSTERIES

Gema VARONA MARTÍNEZ¹

Basque Institute of Criminology

“The most beautiful we can experience is the mysterious. It is the source of all true Art and Science”.

(Albert Einstein)

Contents:

- I. Introduction: Researching Restorative Justice.
- II. Some Preliminary Findings.
- III. Persistent Mysteries.
- IV. Epilogue.
- Bibliography.

1. Lecturer in Criminology and Victimology at the Basque Institute of Criminology (gema_varona@ehu.es). Communication presented within the Round Table *Relations between research and practice. Challenges and difficulties to improve practice* (Jornada Actualitat i reptes de la justícia restaurativa, Barcelona 21 July 2009, organised by the Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia of the Catalanian Generalitat together with the European Forum for Restorative Justice, within the Summer Course of the Forum *Towards Critical Restorative Justice Practices*). This communication was unpublished and has been adapted and completed with the common discussion results in Barcelona and recent bibliography on the matter for the present publication in honour of Professor Antonio Beristain.

I. INTRODUCTION: RESEARCHING RESTORATIVE JUSTICE

I must thank to the editors of this book in honour of my admired Professor Beristain the chance to write some words to express what is behind them: the deep debt I owe him. He is responsible of the content of interest in this paper. I am extremely grateful for being one of the many students who have had the opportunity of sharing his love for criminological and victimological knowledge as one of the possible ways to reduce human suffering and to create elements for social relations based in justice and absence of fear.

The paper I present here is a re-elaboration of an unpublished communication presented within the 2009 Summer Course *Towards Critical Restorative Justice Practices* organised by the *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada* of the Catalanian Justice Department together with the European Forum for Restorative Justice. I must thank the Generalitat and the European Forum for Restorative Justice for their kind invitation to debate these matters with distinguished colleagues². I must also thank the generous audience who was listening and discussing with us later. I intended to be polemic, to foster debate, as well as brief and clear, although English is not my own language so I have to apologize for its unintended “ill-treatment”. My aim now is to preserve the original text and to pay a tribute to the well known international character of Professor Beristain.

The objective of the round table was the discussion among researchers and practitioners on how research can help to improve practice by sharing ideas and insights drawn from experience. My first thought was to ask myself for the common meaning of “researcher” and “practitioner”. Do not worry; I will save the reader from this disquisition that might be regarded fruitless, at least at first sight and considering the name of the encounter in which took place the debate. In any case, the starting point of discussion was the own experience as researcher. Thus I will dedicate some brief paragraphs to this matter.

My experience as researcher of restorative justice started in 1992, as Erasmus student in Leuven (Belgium) with a comparative and descriptive work on alternative sanctions. It continued with a Ph.D. on restorative justice, defended in 1997 at the University of the Basque Country. In 1998, within a Summer Course organised in Donostia-San Sebastián by the Basque Institute of Criminology, I had the chance to present a communication under the title “Justice through mediation processes: a challenge for criminological research”. Ten years later I developed an external evaluation of the penal mediation pilot project financed by the Basque Government, for the first time, in Barakaldo (Varona 2008a).

2. Professor Gerry Johnstone (Hull University, UK); Montse Martínez, Coordinator of the Catalanian *Programa de Mediació i Reparació Penal*; Mónica Díaz, Mediator of the Technical Team of Juvenile Justice; and Clara Casado, Mediator of the Catalanian *Programa de Mediació i Reparació Penal*.

Currently, with the help of two colleagues of the Basque Institute of Criminology³ we are working on a more ambitious project⁴: the evaluation of the four Penal Mediation Services (PMS) existing in the main cities of the Basque Country (in Barakaldo, Bilbao, Donostia-San Sebastián and Vitoria-Gasteiz). This external evaluation will be published at the end of 2009 and has also been requested by the financing institution of the PMS, the Basque Government. Our external evaluations are centred not only on mediators' actions by analysing their own internal evaluations or statistical reports –asking mediators for details and crossing of variables–, but mainly on the citizens' satisfaction on the exercise of their rights, duties and legitimate expectations regarding the administration of justice and particularly the mediators' role. Our methodology includes observation⁵, case studies⁶ and questionnaires. Besides we are interviewing policy makers, judges, prosecutors, judicial secretaries, mediators and personnel of social services supporting victims and offenders. All questionnaires are designed to contain qualitative data, although some of it can be analysed statistically⁷ through SPSS software⁸. The background of the evaluation follows international standards (Varona 2007).

Although it will be mentioned later, I will not centre this intervention on the benefits of employing internal versus external evaluations. If external evaluation is conceived as a participatory process in relation to a true understanding of communities being evaluated, difficulties can be solved while keeping an ethnomethodological perspective⁹. At the end this can be linked to common ethical problems to both internal and external evaluators¹⁰.

3. Izaskun Orbegozo and Laura Vozmediano, both researchers at the Basque Institute of Criminology and Ph.D. candidates.

4. For Barakaldo we could only interviewed 25 people, victims and offenders. Now we are interviewing more than 500. In addition, together with mediators, lawyers, judges, prosecutors and judicial secretaries, we are interviewing staff of different social services supporting victims and offenders. Finally, in the case of Barakaldo, we have recontacted with those 25 people interviewed in 2007 to value the long term effects of mediation. The kind of questionnaires used is an adaptation of the British research by Miers (2001b), Professor of Cardiff Law School (United Kingdom).

5. Of the offices for mediation as well as of mediation encounters.

6. Where we can develop limited experimental observation or controlled experimentation as a technique of data gathering on PMS mediation. We needed a control group with the same features as the studied or experimental group, chosen at random, in which mediation intervened as the only difference.

7. Recent literature underlines the need for simultaneous use of quantitative and qualitative practices and the importance of granting an active role to observed subjects.

8. The Statistical Package for the Social Sciences (SPSS) was originally developed by three Professors (should we call them researchers or practioners?) at Stanford University in the late 1960s.

9. On the sphere of AIDS, see Mulenga, Chibuye and Luwaya (2004). According to them: "... external evaluators do not often have a deep understanding of critical issues affecting the target communities. Though external validity of results is important for donors and program managers, if meaningful findings are not derived from a formative and participatory process, evaluations will remain incidental to the improvement of ... programming ... The result (should be) meaningful and useful evaluation findings that mirror... the concerns of people on-the-ground for whom the program is designed and aimed to assist ... (We should) engage beneficiaries through out a participatory evaluation process. While efforts should be undertaken in order to avoid bias and ensure that results are as valid as possible, the benefits of a more informed, formative evaluation far outweighs the negative effects of an evaluation that is not well grounded in local realities".

10. See Mathieson (1999).

Apart from this, I have done some preliminary studies on restorative justice in relation to crimes of the terrorist group still operating today in the Basque Country¹¹. Here I considered both adults and minors involved in terrorist crimes. This is a line of research I would like to explore in the future, following the discussion produced in the round table, organised by Professor Ivo Aertsen (Leuven, Belgium), in 2008 in Barcelona¹². Another line of research for next years, in an interdisciplinary team with a historian¹³, will be restorative justice in relation to victims of the Spanish civil war and later dictatorship. This kind of research is related to transitional justice in which Professor Stephan Parmentier (Leuven, Belgium) has fostered an interesting debate. At the moment, we have only revised existing and growing literature on the matter.

That is my experience, a modest and restricted one (only and mainly in the range of penal cases within the penal process, mainly with adults, in a concrete Spanish region). From it I would like to draw what I call findings and mysteries, that is, contrasted data and open problems, always related to practice. As our country, and region, is being quite cautious introducing restorative justice, it was enriching to listen in our common discussion how some of these problems have been managed in other areas and countries where restorative justice is much more advanced¹⁴.

II. SOME PRELIMINARY FINDINGS

Among the findings I will be listening there are many common places, obvious things that, however, usually pass unknown or unnoticed by practitioners and especially by policy makers. Besides, one preliminary finding is the possibility to describe why and how we are able now to name and bring to criminological debate issues we were not able to see before.

Research and practice are both part of a continuum, even if we are not developing a so called action research. However researchers, practitioners and policy makers do have different priorities. This conditions their concepts of time and benefits of their work, including research itself. The challenge is that the perceived gap that separate all of us does not become as deep as to see each other as adversaries.

Research is needed to improve restorative justice projects but is limited by epistemological, cultural, political, legal, and organisational factors. An example of a combination of these factors comes from an initial revision of the history of research on this field. I always ask myself why researchers were not able to see victims before. Why victims were so invisible to us, even in very serious cases such as terrorism? Practitioners and social activists were the first ones to illuminate us about this hidden reality that some social scientists and law professionals still disregard. For this I have many real examples within the domain of Victimology. I will recall two:

11. ETA.

12. See Varona (2008b) and Varona *et al.* (2009).

13. Ph. D. María Ascensión Martínez Martín.

14. It should be reminded that from the 16th to the 18th of June, 2010, the biannual Congress of the European Forum for Restorative Justice will take place in Bilbao (Basque Country, Spain).

- At the beginning of July 2009, within an interview for our external research on the Basque penal mediation services, a judicial secretary told me victims “do not exist” in their files;
- Even today we do not have any university centre in the Basque Country specialised on terrorist victimisation, even though only ETA has caused almost 1,000 deaths.

Despite its modest character, research on this area offers us some light to minimize wrong options in practice. This light takes the form of preliminary conclusions on the way external evaluation is carried out and its results. Restriction of space requires simplicity, but simplicity requires the possibility of later deeper research and discussion, on the following findings of our research¹⁵:

1. Sometimes researchers are seen as rivals or just obstacles in the everyday work of practitioners and this is consequence of a precarious scenario of restorative justice and research itself. Researchers have to defend the relevance of their work in social sciences facing the initial scepticism, suspicion or distrust of some mediators and practitioners (including policy makers, judges, prosecutors, lawyers, staff of the judicial office and social services linked to victims and offenders).

This seems to happen less in natural sciences although looking for better ways of social organisation seems to me as important as, for example, research on mother cells¹⁶. It also seems to happen less in other countries where Criminology, Victimology and restorative justice are better developed, even considering its limits and mistakes¹⁷. In comparison with other countries and with the international standards, our situation is precarious. Practitioners in a broad sense are not totally convinced of research benefits¹⁸ and this should be a challenge for researchers themselves.

This is a conclusion we might reach just by reading the project *Victims in Europe Questionnaire (VinE)*. As you know, this project will assess quantitative information on the implementation of the EU Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings. The fieldwork is being conducted during the years 2008 and 2009 by APAV and InterVICT¹⁹. Questions 47-50 on legal implementation and question 9 on organisational implementation relate to penal mediation (art. 10 of the Decision). I am afraid the results for the Spanish situation are not fulfill-

15. I can only refer to the results of the external evaluation of Barakaldo, published in 2008, and to preliminary results of the four penal mediation services of the Basque Country. The final external evaluation report will be published at the end of 2009 and will be available in the same web page.

16. In relation to public opinion, definition of social problems, public priorities and violence, see *The Human Security Report 2005*, produced by the Human Security Report Project (HSRP), located at the Human Security Centre, Liu Institute for Global Issues, University of British Columbia from February 2002 to May 2007. Later it moved to the School for International Studies, Simon Fraser University, Vancouver (<http://www.humansecurityreport.info>).

17. Cfr. Walters (2003) on some examples in Europe, United States, Australia and New Zealand.

18. Research covers much more than external evaluation.

19. There are two surveys. One on legal implementation and the other on organisational implementation (<http://apav.pt>).

ing the requirements of that Decision due to a lack of legislation on the matter and the lack of involvement of victim support agencies and other stakeholders.

Another example of this is the importance of the name (pilot) and the place (somehow hidden) of some Penal Mediation Services in the Basque Country. Our research results will try to put some pressure on policy makers, so that they can value the relevance of these issues where symbolic elements count very much.

At the end we should refer to financial issues. Our research is paid by the different organisations running the services we are evaluating. This is part of the contract between the Basque Government and the penal mediation services. Funding is diverse and scarce considering the amount of work carried out.

2. Precarious research does not mean simple or irrelevant research. The reason is that most researchers on the matter critically trust on restorative justice and are motivated on doing a good job despite difficulties.

Besides, apart from the external evaluation, other relevant researches are being carried out. From my experience final works of my students and many other students have represented a first step on innovative and later more ambitious research. They do not have many research resources, but they have the interest and the will. In this sense, obviously with previous requirements, mediators should see students as subjects of cooperation. The lack of space and other real limits for cooperating with students can be solved in creative ways, if there is a true common interest.

3. There are guarantees in this field for research to be independent. I experienced research proposals in other areas where independence was at risk²⁰. The parameters to evaluate results in our research are international standards elaborated by consensus of independent experts and policy makers. It is true sometimes these parameters are vague, but they represent a minimum compromise in the development of a basic and common understanding of restorative justice that can be adapted in every cultural context.

Not to be ingenuous, my hypothesis is that independence will be endangered when restorative justice relates deeper with political power or professional culture. Nowadays restorative justice means small projects on the margins, even if promising. Precarious nature of research itself might contribute in a positive way to its independence. May be in the future, there will be a risk of external evaluations becoming internal evaluations. It might be interesting to reproduce what I found in the web in relation to this matter:

The most recent issue of the American Journal of Evaluation (v. 27, n3, Sept. 2006) presents an interesting ethical scenario: when is an evaluator no longer external? In the scenario, an evaluator has been working with an agency for a number of years, and a significant portion of their income comes from the single agency. A foundation, interested in funding a replication of a program that was found to have promising

20. "People working in the social domain, usually experience how some social studies are previously determined or are developed to sustain this or that particular interest" (own translation from Spanish of Miguel Ángel Ruiz, communication presented within the Summer Course organised by the Basque Ombudsman in 2006, in press).

results by the evaluator, is concerned that the evaluator is not external. For agencies and funders looking for an external evaluator, they should consider:

- * What is the purpose of having an external evaluator?*
- * What areas are of particular concern for objectivity?*
- * What are they hoping to gain, or willing to lose, in the trade off between existing knowledge (when an evaluator has a relationship and history with an organization) and objective perspectives?*

4. Great difficulties exist in spreading and transferring knowledge of mediation research facing the bureaucratization of Spanish administration of justice, today immersed in a slow process of modernisation, even though the Basque case has some valuable advantages on computer systems.

There is a need of political leadership to transform issues of criminality in opportunities of social cohesion. For that we need a well informed and critical public opinion, as well as flexible practitioners and policy makers, ready to make changes in the way they see and they do things everyday. For example, judges should understand that restorative justice should not be reduced to simplifying their work. During the recent research I listened to a judge's reflection on how to make mediation attractive. His first answer to this was that judges should be explained that restorative justice might save them from increasing caseload, something that nowadays cannot be clearly proved, at least for all kind of crimes and penal procedures.

5. Mediation research results tell us that we must broaden the definition of "success" or "results". With the intervention of competent mediators, restorative justice, as other research results point out, does provide victims and offenders with a forum where they are real subjects and not objects of the administration of justice. This *per se* is a big step for a justice system.

6. Researching on all stakeholders of restorative justice, including the media²¹, is needed. One example in our study is judicial secretaries. They are key subjects on the selection of cases for mediation, but they usually go unnoticed on all researches in the administration of justice in general. We find that they are a professional group willing to cooperate in our research precisely because they are usually forgotten in other issues.

7. The definition of "serious cases" and the net-widening effect is relative. It might be more precise to talk on objective and subjective seriousness as studied by Victimology. This is the case with conflicts among neighbours, friends, and ex partners.

8. Negative impact of a pending trial on the implicated parts and their families, with psychological and physical consequences, should not be neglected.

9. There is a great need of State legal regulation, that is, of a law regulating, in a broad sense, the possibilities of penal mediation in the whole penal process. It is needed for reasons of equal treatment following the legality principle and rule of law. However, as many studies in Sociology of Law show, legal change *per se* will not bring

21. See the results of the International Seminar *Building social support for restorative justice. Working with the media, civil society and citizens*, organised by the European Forum of Restorative Justice (Faculty of Law, K.U. Leuven, 3-5 June 2009).

a significant impact if it is not accompanied with effective means (including cultural changes) on the organisms in charge of its development. We need a solvent institution to lead and supervise the project in order to overcome difficulties²².

10. Most objectives of the penal mediation services (PMS) programme are being approached. Foreseen results might be produced or not (efficacy), in the short, medium or long run; but PMS are acting with efficiency, channelling adequately their resources towards their defined objectives.

11. Mediators are highly valued by victims and offenders, even in cases where an agreement was not reached and even after almost two years have passed since mediation²³.

12. Mediators' willpower, that is, their engagement and commitment in the programme strongly influence its positive outcomes. In some cases is the strongest variable conditioning victims' and offenders' satisfaction.

13. Researching on restorative justice offers data beyond restorative justice²⁴: on other legal institutions and professions (police, social services, prosecutors, judges, etc.); on human condition to face living together everyday; on the link between emotions and actions²⁵; on the changing relationships among women and men, parents and children, neighbours...²⁶.

III. PERSISTENT MYSTERIES

The definition and research of open problems, what I call mysteries, is usually pointed out in the titles of the different recent and near future congresses and meetings organised by the European Forum. That reveals the global aspect of mediation in the penal arena, even though cultural, political and juridical differences around the world.

There are things we already known on restorative justice to minimize possible risks. However research is in need because it is much more what we do not know on restorative justice in Spain. From my experience, the following issues must be listed as open problems, just as examples of possible questions:

1. Research and practice can mutually inform what is "relevant". Research can revise why and how restorative justice emerged (some would say reemerged) as it did in the seventies. What are the political, cultural, economical, social, community and individual variables that favour the development of restorative justice? Under what conditions? Is it possible a general theory of restorative justice to guide research and practice?

22. On this need, see commenting general law making, Laporta (2009, 29).

23. As said before, in 2009 we recontacted victims and offenders interviewed in 2007.

24. In a sense the questionnaires passed to victims and offenders are some kind of specific victim survey and self report study.

25. See in extension, González Lagier (2009).

26. In a related way, see Relis (2009).

2. Research can allow different approaches and proposals, but how to study restorative justice from a true interdisciplinary perspective, including partnerships with practitioners and citizens?

3. How does objectivity of mediators in serious cases work? Does impartiality means indifference, neutrality or lack of interest in relation to grave victimisation in contrast to less serious cases or cases with parties of double condition (victim and offender at the same time)? Being objective could be keeping a difficult and uncertain distance in order to be able to understand reality (Lledó 2009).

4. Does mediation should be as a way of justice (as a start point, as a process, as a goal)²⁷, as part of the administration of justice but simultaneously keeping its flexibility?

5. Do we need media protocols regarding restorative justice, especially in complex cases, such as terrorism and other serious crimes?

6. Should we talk of *auctoritas* of mediators? Mediators do not usually have power of coercion, but *auctoritas*. They are usually young people and, sometimes, they do not receive the support of prosecutors and/or judges, but they do have knowledge, capabilities, abilities, motivation and attitudes that have a very positive impact on victims and offenders and are highly valued by them, as our interviews show. *Auctoritas* can be defined as an influence capacity, as a kind of wisdom socially accepted, due to the competence and trust they project, in relation to their autonomy. Research itself can spread the knowledge of that feature, verified and accepted by the scientific community and the international standards. But, what exactly is the basis of mediator's *auctoritas* that conditions the positive evaluations by victims and offenders? Of course, mediator's *auctoritas* has limits in its capacities and scopes. Could the following three factors increase mediator's *auctoritas*?:

- * Spreading knowledge on their work to society. Here researchers as lecturers on the matter have certain power.
- * Adequate basic legal regulation of penal mediation to ensure proper coordination with all stakeholders in the administration of justice, including related social services, so that mutual trust can be fostered.
- * Adequate legal regulation on mediators' post and qualifications: the kind and extent of their knowledge and recycling, selection and appointment, as well as their rights and duties, may help increase this *auctoritas*, not only before victims and offenders, but also before judges, prosecutors and other staff related to the administration of justice.

7. Can mediation offer positive innovations on the implementation of human rights of victims and offenders by enabling different frameworks to work together and broadening and integrating concepts?

27. Terms used by Mariana Isern (2009).

8. Regarding terrorism, which are the resilience variables attached to restorative justice? Here we have the example of case studies in Italy and Northern Ireland²⁸.

9. Regarding transitional justice, how reconciliation can be promoted in particular action research projects on restorative justice?

10. How to measure the impact of mediation in the community? We are still looking for the adequate tool to research this, although I can mention the last question of the questionnaire passed to victims and offenders in our external evaluation in the Basque Country: *with the adequate learning, would you like to collaborate as a volunteer mediator?* Apart from this, up to this moment, conferencing is scarcely developed in the services examined.

11. How all these questions –provoked from a particular regional perspective– can promote fruitful comparative research? I think here the European Forum for Restorative Justice is giving many clues.

12. We could have more practical examples of open problems. These are some of the subjects that coordinators of the four Basque penal mediation services discussed in a focus group in July 2009, organised as part of our external evaluation:

–What kind of influence, if any, has the number, the gender, the ethnic origin, the age, the custom... of mediators?

–Are they seen by judges, prosecutors, social services, policy makers, victims and offenders as part of the administration of justice? Do they see themselves as part of the administration of justice?

–How different variables relate in the unequal treatment of similar cases regarding selection, processing and results in penal mediation?

–Are the penal mediation services becoming mainly family mediation services?

–What should be the conditions for an effective coordination among social services (physical and psychological health, economic, family, cultural, educative, etc.) that would ensure a positive impact of mediation in the community?

–How mediators can unify criteria for the equal treatment of cases in mediation that might be not specified by law, when existing? For example: to allow to enter some supporting person; informing on the possibility that the other person might come with a lawyer; choosing direct or indirect mediation; the exact time of the process to clarify the voluntary feature of mediation; to start cooperating with judges in charge of prisoners, etc.

–How to improve coordination among different penal mediation services in the area? Where are the limits between coordination and autonomy? Is there competition among them? How to underline the wealth of having four penal mediation services managed by three different organizations?

28. See Eriksson (2009).

IV. EPILOGUE

The last question asked to mediators in our on-line questionnaire for them is how external evaluation can be improved, that is, being more useful for them and meaningful to communities.

Research cannot be done without mediators' cooperation²⁹, but mediation services can certainly keep working without research, although they might lose the chance for improvement through analysis. At least, that is what they usually tell me: they do not have the time for analysis due to their case load and lack of sources. They have other priorities.

Researchers are what we are, just researchers. By researching, I am probably learning from mediators, victims, offenders and other practitioners interviewed much more than what I can offer them at the end. In this sense, we must abandon the aura of wise and totally independent men and women. We are researchers because of the methodology we use in our work, because we are conscious of the provisionality of the data we supply in an area, social sciences, where human and institutional behaviour is so diverse, dynamic and complex that research must be critical and constantly changing, notwithstanding the starting point of some basic, and more or less constant, findings.

In the time we live, where many demand quick and simple recipes for social problems, what researcher offer to practitioners and policy makers may not seem very attractive, but is all we have if we want to be honest: the promise of the scientific method in social science to try to assess how restorative justice may improve, in human rights and social justice terms, social organisation. Researchers must be capable to see, define and research problems hidden by our own incompetence, among other factors. For that we need help from our colleagues in practice, as much as they need us to provide them with the time, and may be tools, they do not have to study issues in a deeper, common, comparative and interdisciplinary way. We both share basic ethical principles in our everyday work.

By revising history of research in this field, I am sure there are important issues in front of us right now we are not able to see or define or, perhaps, we still lack the adequate tools to study them. I am sure we will in the future if we work together. In order to do that we need mutual trust and channels of permanent communication. Research must be based on active cooperation, including transparency, among real people who, in our very different fields, are working with limited resources, but with a common interest on the potentials of this kind of programmes. The ultimate goal of our research is to promote mutual, joint and continuous learning. In this sense, we consider ourselves critical collaborators, rather than referees. In addition researchers should be ready to cooperate with other researchers. Perhaps we should worry more for working together and spreading our findings in society rather than promoting ourselves. An example of international cooperation, if brief but intense, has been recently with Daniela Bolívar Fernández, who is developing her Ph.D. with Professor Ivo Aertsen (Leuven, Belgium)

29. In fact, in the kind of evaluation we are developing, we cannot work in an adequate manner without the cooperation of all stakeholders or practitioners related to mediation (judges, prosecutors, judicial secretaries, lawyers and social services staff).

and will be phone interviewing victims of serious crimes treated at the Basque services after our fieldwork is done.

I will finish returning to my disquisition mentioned above, after all not so theoretical. I am convinced that researchers are a little bit practitioners and practitioners are somehow researchers. Once more we both are students, constantly learning from each other by saving difficulties and stating the need of permeability among all stakeholders to define and minimize social problems. At least that is my limited experience for which I was so kindly invited to participate in this discussion to foster comparative restorative justice.

That experience has been enriched by Professor Beristain. Again, but never enough, thank you Professor Beristain, my admired professor, for transferring to all your many students the victimological passion to understand others and understand ourselves with scientific and modest precision. Thank you for teaching us to keep, at the age of 85, the eyes of a child: curious, nonconformist, amazed... (Lledó 2009), and for providing us with concepts and words that open the world instead of closing it (Iglesias 2008). This is not pure rhetoric, but an act of constant willpower acknowledging its inherent obstacles. Evidence proves that it brings you more personal and academic problems than advantages. So it was during dictatorship and transition, so it was and still is against ETA terrorism. Here the worst part were not the terrorist behaviours but a society, in which I am included, and even some institutions that chose to look in another direction, leaving so many victims alone. Your will in favour of personal freedom and human rights commitment was one of the lessons I finally learned and treasure. What a great lesson for all fields and episodes of life!, of life in its whole meaning, much beyond scientific life.

BIBLIOGRAPHY

- ACORN, Annalise (2004): *Compulsory Compassion: A Critique of Restorative Justice*. Vancouver: University of British Columbia.
- BONTA *et al.* (2006): Restorative Justice and Recidivism: Promises Made, Promises Kept? In *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, edited by D. Sullivan and L. Tifft. London: Taylor and Routledge.
- BRAITHWAITE, John (2002): *Restorative Justice & Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- CASANOVAS, Pompeu; LEONARDO DÍAZ, Jaume Magre and Marta POBLETS, eds. (2009): *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- CUNEEN, C. (2003): Critical Thinking about Restorative Justice. In *Restorative Justice. Critical Issues*, edited by E. McLaughlin *et al.* London: Sage.
- DAPENA, José and Jaume MARTÍN, coords. (2006): *Avaluació de l'aplicació de l'experiència pilot de mediació i reparació en la jurisdicció penal ordinària*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- DE FEYTER, K. *et al.* (2005): *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*. Amherst/Oxford: Intersentia.

- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DEL GOBIERNO VASCO (2006): *Líneas generales de política de ejecución penal y penitenciaria. Aproximación a un modelo para la CAPV*. Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco.
- DIGNAN, James and Michael CAVADINO (1996): Towards a Framework for Conceptualising and Evaluating Models of Criminal Justice from a Victim's Perspective, *International Review of Victimology* 4: 153-82.
- DOAK, Jonathan (2007): *Victims Rights, Human Rights and Criminal Justice. Reconceiving the Role of Third Parties*. Oxford: Hart.
- ERIKSSON, Anna (2009): *Justice in Transition. Community Restorative Justice in Northern Ireland*. Devon: Willan.
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (2007): *Draft Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Penal Mediation*, 9 the Plenary Meeting. Strasbourg.
- EUROPEAN FORUM OF VICTIM SERVICES. Declaración sobre la posición de las víctimas en el proceso de mediación. <http://www.euvictimservices.org>.
- FUNES I ARTIAGA, Jaume, dir. (1995): *Mediación y justicia juvenil*. Barcelona: Fundació Jaume Callis.
- GALAWAY, B. (1998): *Evaluating Restorative Community Justice Programs*. Denver: The Colorado Forum on Community and Restorative Justice.
- GAVRIELIDES, Theo (2007): *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*. Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control.
- GEUZ (2007): Servicio de Mediación Penal Reparadora del Partido Judicial de Barakaldo. Proyecto de Intervención. Barakaldo: Geuz.
- (2008): Memoria Anual. Informe Estadístico de Actividad 2007. Servicio de Mediación Penal de Barakaldo. Barakaldo: Geuz.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2009): *Emociones, responsabilidad y Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- GORDILLO SANTANA, Luis F. (2007): *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Portal Derecho.
- GREENE, Jennifer C. (1998): Qualitative Program Evaluation. Practice and Promise. In *Collecting and Interpreting Qualitative Materials*, edited by Norman K. Denzin e Yvonna S. Lincoln. Thousand Oaks, California: Sage.
- HAYES, H. (2005): Assessing Reoffending in Restorative Justice Conferences, *The Australian Journal of Criminology* 38, 1: 77-101.
- HUGHES, Gordon (2001): Evaluation Research. In *The Sage Dictionary of Criminology*, compiled by E. McLaughlin y J. Muncie. Londres: Sage.
- IGLESIAS, Carmen (2008): *No siempre lo peor es cierto. Estudios sobre la Historia de España*. Barcelona: Circulo de Lectores.
- ISERN, Mariana (2009): Solos y solas: la justicia busca quien la quiera y acompañe. Elementos para pensar la reforma (cambio) de la Administración de Justicia con la mirada puesta en el siglo XXI (presente-futuro), communication presented at the VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, in [http://www.e-derecho.org.ar/.../Solos%20y%20Solas%20\(Mariana%20Isern\).doc](http://www.e-derecho.org.ar/.../Solos%20y%20Solas%20(Mariana%20Isern).doc).

- JOHNSTONE, Gerry and Daniel W. VAN NESS (2007): *Handbook of Restorative Justice*. Devon: Willan.
- KURKI, L. (2003): Evaluating Restorative Justice Practices. In *Restorative Justice and Criminal Justice – Competing or Reconcilable Paradigms*, edited by A. von Hirsch et al. Oxford: Hart.
- LAPORTA, Francisco J. (2009): La ingravidez de la ley, *El País*, 02.03.09, pp. 29-30.
- LARRAURI, Elena. (2007): *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta.
- LHUILIER, J. (2007): The Quality of Penal Mediation in Europe. Strasbourg: Consejo de Europa, CEPEJ (unpublished)
- LINDEN, R. and D. CLAIRMONT (1998): *Making it Work: Planning and Evaluating Community Corrections & Healing Projects in Aboriginal Communities*. Ottawa: Aboriginal Corrections Policy Unit, Solicitor General Canada.
- LLEDÓ, Emilio (2009). “Lo bello es difícil”, *El País Semanal*, 18 January, pp. 61-67.
- LLEWELYN, J. J. and R. HOWSE (1998): *Restorative Justice – A Conceptual Framework*. Ottawa: Law Commission of Canada.
- LOVE, A. J., ed. (1983): Developing Effective Internal Evaluation. *New Directions for Program Evaluation*, no. 20. San Francisco: Jossey-Bass.
- MATHISON, Sandra (1994): Rethinking the evaluator role: Partnerships between organizations and evaluators, *Evaluation and Program Planning* 17: 299-304.
- MIERS, David (2001a): *An International Review of Restorative Justice*. London: Policing and Reducing Crime Unit. Research, Development and Statistics Directorate. Home Office.
- (2001b): *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*. London: Policing and Reducing Crime Unit. Research, Development and Statistics Directorate. Home Office.
- MIERS, David and Jolien WILLEMSSENS (2004): *Mapping Restorative Justice: Developments in 25 European Countries*. Leuven: European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice.
- MULENGA YC, A. Chibuye and D. LUWAYA (2004): The benefits of using internal versus external evaluators: The case of the Zambia BEACON Program.; International Conference on AIDS (15th : 2004 : Bangkok, Thailand). *Int Conf AIDS*. 2004 Jul 11-16; 15: abstract no. ThPeE8047.
- NACIONES UNIDAS/UNITED NATIONS (2006): *Cross-Cutting Issues. Victims and Witnesses. Criminal Justice Assessment Toolkit*. New York: United Nations Office on Drugs and Crime.
- NIETO, Alejandro (2007): *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta.
- PASCUAL, Esther, Julián RÍOS, Concha SÁEZ and Ramón SÁEZ (2008): Una experiencia de mediación en el proceso penal, *Boletín Criminológico* 102: 1-4.
- RELIS, Tamara (2009): *Perceptions in litigation and mediation. Lawyers, defendants, plaintiffs and gendered parties*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ROBERT, Philippe (1999): ¿Cómo concebir y construir el estudio del crimen? In *Estudios de Criminología II*, coordinated by L. ARROYO, J. MONTAÑÉS y C. RECHEA. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, Esther PASCUAL RODRÍGUEZ y Alfonso BIBIANO GUILLÉN (2006): *La mediación penal y penitenciaria: experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid: Colex.
- SHAPLAND, Joanna, Anne ATKINSON, Helen ATKINSON *et al.* (2007): *Restorative Justice: The Views of Victims and Offenders. The Third Report from the Evaluation of Three Schemes*. London: Ministerio de Justicia.
- SHERMAN, Lawrence W. (1993): Defiance, Deterrence and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction, *Journal of Research in Crime & Delinquency* 30: 445-73.
- Sherman, Lawrence W. and Heather Strang (2007): *Restorative Justice: The Evidence*. London: The Smith Institute.
- VARONA Martínez, Gema (1996): *Restorative Justice: New Social Rites within the Penal System?* Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica.
- (1998): *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares.
- (2007): *Justicia restauradora: evaluación de las experiencias existentes*, communication presented at the II Congreso Nacional de la Sociedad Española de Victimología, *Conocer, Reconocer y Reparar a las Víctimas*, Donostia-San Sebastián, 25-27 de junio de 2007, revised in <http://www.bitartoki.com>.
- (2008a): Evaluación externa de la actividad del Servicio de Mediación Penal de Barakaldo (julio-diciembre de 2007). Donostia-San Sebastián, <http://www.geuz.es>.
- (2008b): La Criminología ante la justicia restaurativa en delitos de terrorismo de ETA: Para que el sueño no se convierta en pesadilla. Posibilidades futuras en la materialización de la interdependencia de los derechos humanos. Communication presented at the Workshop *Restorative Justice and Victims of Terrorism – Policy Implications*, XV World Congress of the International Society of Criminology, Barcelona.
- (2009 in press): Evaluación externa de los Servicios de Mediación Penal en Euskadi (1 de octubre de 2008 a 30 de septiembre de 2009). Donostia-San Sebastián.
- VARONA MARTÍNEZ, Gema *et al.* (2009): *Atención institucional a las víctimas del terrorismo en Euskadi*. Vitoria-Gasteiz: Ararteko/Defensoría del Pueblo Vasco.
- WALTERS, Reece (2003): *Deviant Knowledge. Criminology, Politics and Policy*. Devon: Willan.
- ZEHR, Howard (2002): *The Little Book of Restorative Justice*. Intercourse, PA: Good Books.

DERECHO PENAL

EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD EN DERECHO PENAL

J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI

*Director del Instituto Vasco de Criminología
Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal
(AIDP-IAPL)*

Por su misma condición de poder jurídico, el *ius puniendi* estatal, para conservar su legitimidad, ha de respetar un conjunto de “axiomas fundamentales”¹: necesidad, legalidad, imputación subjetiva² y culpabilidad, con sus correspondientes corolarios: subsidiaridad, intervención mínima, carácter fragmentario del Derecho penal, preeminencia absoluta de la ley, taxatividad, garantías penales básicas (criminal, penal, procesal y ejecutiva), interdicción de toda responsabilidad por el resultado, responsabilidad personal...

En una sociedad democrática, centrada por tanto en el valor de la persona, también ha de ser respetuoso del principio de humanidad, un principio menos estudiado, pero, sin lugar a dudas, “no menos importante”³ que aquéllos.

1. A. BERISTAIN, “Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad”, *Eguzkilore*, 17, 2003, pp. 89 ss.

2. Conviene, a mi juicio, distinguir el principio de culpabilidad del principio de imputación subjetiva (denominación preferible a la de responsabilidad subjetiva propugnada por algunos autores) que incluye algunas de las consecuencias que la doctrina mayoritaria agrupa bajo aquel postulado: en particular, la interdicción de la pura responsabilidad objetiva o por el resultado y la consiguiente exigencia de realización de un tipo doloso o imprudente para la admisión de la responsabilidad penal. No son éstos, en efecto, contenido de la categoría dogmática culpabilidad, ocupada más que de la imputación subjetiva, de la imputación individual. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Presupuestos fundamentales del Derecho penal”, *Eguzkilore*, 3, 1989, p. 58 (n. 15).

3. A. BERISTAIN, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, p. 14.

1. CONTENIDO Y EXTENSIÓN

Recuerda BERISTAIN que el axioma fundamental de humanidad presupone “que todas las relaciones humanas, personales y sociales que surgen de la justicia en general y de la justicia penal en particular, deben configurarse sobre la base del respeto a la dignidad de la persona”⁴, a lo que ha de añadirse su consiguiente derecho al “pleno desarrollo de la personalidad”⁵.

El concepto de dignidad, que tantas dificultades genera para su adecuada configuración⁶, se identifica en la filosofía kantiana con la condición del ser humano como “fin en sí mismo” y no “puro o simple medio”⁷: producto de una serie de determinaciones biológicas, psicológicas, sociales, culturales, pero lleno de posibilidades de realización, de deseos, de libertad.

Con todo, tras identificar el principio de humanidad con el respeto de la dignidad, no pocas perspectivas extraen sólo como consecuencia la garantía de no sumisión del sujeto a ofensas o humillaciones. Es, en efecto, esta faceta –que proscribe todo trato de carácter cruel, inhumano o degradante– la que más se subraya al delimitar el alcance del principio de humanidad en Derecho penal: de aquí que sea común indicar como ámbito específico de actuación de este postulado el marco de las consecuencias jurídicas del delito⁸.

Ahora bien, en un Estado social y democrático de Derecho –que no se conforma con la pura proclamación formal de los derechos de los ciudadanos y exige de los poderes públicos “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad (...) sean reales y efectivas” y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE)– un entendimiento cabal del principio de humanidad no puede quedarse en la mera proscripción de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, prohibidos internacionalmente (y, en España, por el art. 15 CE). Como añade nuestro maestro, el “axioma de humanidad”, además de reclamar el tratamiento en todo caso del ser humano como tal, apela igualmente a la “solidaridad recíproca”, a la “responsabilidad social para los infractores”, a “la ayuda y asistencia comunitaria”, a “la decidida voluntad de repersonalizar (en cuanto sea factible) a los delincuentes (...) y reparar a las víctimas”; aún más, en línea con el propio significado del término humanidad⁹, debería

4. A. BERISTAIN, “Axiomas fundamentales”, *cit.*, p. 93.

5. E. BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980.

6. I. VON MÜNCH, “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 5, 1982, pp. 18 y ss.

7. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (K. Vorländer Hrsg.), 3ª ed (reimpresión), Hamburg, 1965, pp. 50 y ss. (en especial, p. 58 y 62 y s.).

8. H. H. JESCHEK/Th. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, 1996, p. 27.

9. *Diccionario de la Lengua Española*: “Humanidad” (del lat. *human_tas*, *-tis*): 1. f. Naturaleza humana. 2. f. Género humano. 3. f. Conjunto de personas. 4. f. Fragilidad o flaqueza propia del ser humano. 5. f. *Sensibilidad, compasión de las desgracias de nuestros semejantes*. 6. f. Benignidad, mansedumbre, afabilidad. 7. f. Cuerpo de una persona. 8. f. pl. Letras humanas (la cursiva, nuestra).

obligar “a cultivar el valor de la compasión” y apremiar “a compartir el dolor de las víctimas y la construcción de un mundo más solidario”¹⁰.

Que algunas de las exigencias anteriores puedan apuntar más a una “ética de máximos” que a una “ética civil”¹¹ (a la que tampoco debería ser ajena la satisfacción de necesidades humanas básicas no susceptibles de exigencia como derechos) en modo alguno supone un obstáculo a las importantes repercusiones del principio de humanidad en áreas ajenas a las consecuencias jurídicas del delito.

Así, por ejemplo, en el plano de la categoría dogmática culpabilidad, frente a aquellas concepciones que, basándose en la imposibilidad de demostración científica de la libertad humana, prefieren estructurarla descargada de todo reproche normativo y reducen su función a la constatación de la necesidad de pena desde una óptica preventivista, más coherente con el principio de humanidad resulta tratar al sujeto normal como un ser básicamente capaz de conducir y dirigir su comportamiento con libertad. Este entendimiento “mixto empírico-normativo”¹² de la culpabilidad –que no obliga a verificar positivamente en cada caso si se pudo actuar o no de otra manera (basta con “comprobar si no concurrían causas que le privaran de su libertad”)¹³– se alinea plenamente con la lógica jurídica, apoyada (como la propia vida social) en la “recíproca atribución de libertad”¹⁴, y que asume como valor aceptado la libertad de elección del ser humano normal entre diversas opciones ante una situación dada. Además, en modo alguno impide, sino todo lo contrario, la valoración en el caso concreto de la verdadera capacidad individual de adecuación del comportamiento a la ley, algo natural en un Estado social y democrático de Derecho, donde sería intolerable “tratar igualmente lo que es desigual”¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, tres son las líneas principales en las que se manifiesta el contenido específico del principio de humanidad en Derecho penal:

- la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con sus importantes reflejos en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito;
- la orientación resocializadora de la pena, en particular, si privativa de libertad;
- la atención a las víctimas de toda infracción penal.

10. A. BERISTAIN, “Axiomas fundamentales...”, *cit.*, pp. 93 s.

11. J. CARRERA, *Mundo global. Ética global*, 2003, p. 22.

12. W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984, pp. 296 s.

13. T.S. VIVES ANTON, “Reforma política y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1, 1977, p. 107.

14. C. ROXIN, “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?”, *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, p. 678.

15. A. TORIO LÓPEZ, “El concepto individual de culpabilidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 297.

2. PROHIBICIÓN DE LA TORTURA Y TODA PENA Y TRATO INHUMANO O DEGRADANTE

La prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante constituye, sin duda, el primer corolario práctico de la afirmación del principio de humanidad en Derecho Penal.

Recogida internacionalmente no sólo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5) y en el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966 (art. 7), sino en la generalidad de textos e instrumentos internacionales (universales y regionales) en materia de derechos humanos, la regulación más detallada de la prohibición de la tortura se encuentra en la Convención de Naciones Unidas de 1984, que siguió a la Declaración de las Naciones Unidas de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Define la Convención un concepto internacional mínimo de tortura, como abuso de poder¹⁶, basado en la causación de dolores o sufrimientos graves físicos o mentales con finalidad indagatoria, punitiva, intimidatoria o discriminatoria, propugnando su tipificación penal como delito pluriofensivo, especial, de resultado, doloso, de tendencia (en sentido estricto) y susceptible de comisión por omisión¹⁷. Al lado de la tortura, se prohíben los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 16), que los Estados también deben perseguir.

La distinción entre tortura y demás tratos ha suscitado importantes esfuerzos. Destacan entre ellos, junto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la ONU y, sobre todo, la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en aplicación del art. 3 del Convenio de Roma¹⁸.

En cuanto a la prevención de la tortura, la necesidad de establecimiento de sistemas eficaces que permitan intervenir con anterioridad a los hechos de tortura y no sólo responder a los ya detectados, ha llevado a la adopción de sistemas de visitas inspirados en el mecanismo establecido por los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977. Introducido a finales de los ochenta en Europa por el Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes (Estrasburgo, 26 junio 1987), que instituyó el Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratamientos inhumanos o degradantes, el sistema de visitas ha sido igualmente adoptado como instrumento de prevención de la tortura y demás tratos por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2002.

16. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La tortura como abuso de poder: aspectos penales", *La Criminología frente al abuso de poder*, San Sebastián, 1992, pp. 149 ss.

17. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 24 ss.

18. A.I. PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del Código Penal*, Bilbao, 2005, pp. 49 ss. y 64 ss.

A) Incidencia en la parte especial del Derecho Penal

Los compromisos asumidos por la firma y ratificación de los textos internacionales de derechos humanos, generales y específicos, obligan a los Estados a la tipificación y sanción en su ordenamiento interno de los hechos constitutivos de tortura y demás tratos internacionalmente prohibidos.

Este es el cometido, en el Derecho español –donde el art. 15 de la Constitución declara el derecho de todos “a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”– del título VII del Libro II del Código Penal (art. 173 a 177), que lleva por rúbrica “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. No es éste el momento de entrar en las variadas cuestiones que suscita esta, en parte novedosa, regulación del Código Penal de 1995. Destaca en todo caso entre ellas, junto a la controvertida cláusula concursal (art. 177), la delimitación del bien jurídico integridad moral¹⁹. Estrechamente conectada con la dignidad, la integridad moral se ve atacada cuando se violenta, esto es, se contraría “ilegítimamente la libertad de (formación o exteriorización de la) voluntad del sujeto pasivo (obligándole a hacer u omitir lo que no quiere o a soportar una situación no deseada), mediante actos de diverso signo y características, dirigidos a (o que conlleven) un cierto tratamiento instrumental del mismo, su cosificación”; estos actos, que no tienen porqué suponer empleo de violencia, de algún modo, han de provocar “sufrimientos o padecimientos” y ser “humillantes, vejadores, envilecedores”, como exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

También en relación con la tortura se plantea una cuestión de la mayor importancia: la posibilidad o no de justificación penal²⁰. Generalizado en el marco internacional el rechazo de toda práctica de la tortura aun en circunstancias excepcionales, desde el prisma penal se suscita si cabe la tortura aplicada en legítima defensa o estado de necesidad, causas de justificación que la Convención de 1984 (a diferencia de lo que hace con la obediencia debida) no excluye de manera expresa. Frente a ello, el Convenio de Roma de 1950 no autoriza excepción alguna, lo que permite afirmar en el marco europeo la prohibición absoluta de la tortura y su imposible justificación²¹; ésta es asimismo la solución correcta en el Derecho español, al no admitirse “en ningún caso” conforme al mandato del art. 15 de la Constitución.

19. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pp. 68 ss.

20. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 695 ss. Ver también, C. ROXIN, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *Nueva Doctrina Penal*, 2004, pp. 547 ss; asimismo, K. AMBOS, *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona, 2009, pp. 19-66.

21. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950”, en *Giza Eskubideak European / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l’homme en Europe / The Human Rights in Europe (Donostia-San Sebastián, 12-14 diciembre 1988)*, Vitoria-Gasteiz, 1989, pp. 190 ss.

B) Repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito

La prohibición de la tortura y demás tratos inhumanos o degradantes no sólo despliega sus efectos en la parte especial del Derecho penal, también alcanza importantes repercusiones en el campo de las consecuencias jurídicas del delito.

El art. 1 de la propia Convención de 1984 excluye del ámbito de la tortura “los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”; pero, el mero respeto del principio de legalidad no convierte en legítimas aquellas penas que, dirigidas tan sólo a causar sufrimientos o humillación, por su carácter cruel, inhumano o degradante, entran de lleno en el campo de la prohibición internacional.

a) Pena de muerte

Prescindiendo de las penas corporales, cuya contrariedad con la prohibición internacional (a pesar de su pervivencia en no pocos lugares) resulta indiscutida²², el debate se centra en la actualidad, en primer lugar, en torno a la pena de muerte, abolida en España por el art. 15 CE, “salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra”; por Ley Orgánica 11/1995, se abolió además la pena de muerte en tiempo de guerra.

En el plano internacional la inquietud humanitaria ha llevado a la aprobación de diversas moratorias sobre el uso de la pena de muerte²³ –que el art. 6 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos somete, por su parte, a restricciones²⁴– y cuya abolición es objeto del Segundo protocolo facultativo (1991). En Europa destacan los dos Protocolo adicionales específicos al Convenio de Roma: el núm. 6 (1983), sobre abolición en tiempo de paz; y el núm. 13 (2002), que propugna la abolición en cualquier circunstancia de la pena capital.

La misma naturaleza de los instrumentos empleados pone ya de manifiesto el alcance limitado del rechazo de la aplicación de la pena de muerte por los Estados; tampoco se entiende que la prohibición de la pena de muerte se derive, sin más, de la proscripción internacional de las penas y tratamientos crueles, inhumanos y degradantes.

Crece, sin embargo, el cuestionamiento de su legitimidad, tanto respecto de aspectos específicos de su ejecución como con carácter general. En este sentido, ya en 1977, la Declaración de Estocolmo aprobada por los países participantes en la Conferencia Internacional sobre abolición de la pena de muerte organizada por

22. Sigue abierta, en todo caso, la discusión sobre la procedencia o no de la castración química en delincuentes sexuales. R. ROBLES PLANAS, “*Sexual Predators*”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, 4, 2007, pp. 8 ss.

23. Así, por ejemplo, a nivel de las Naciones Unidas, tras la resolución 62/149 (15 noviembre 2007), el 18 de diciembre de 2008 la Asamblea General aprobó una segunda Resolución sobre una moratoria en el uso de la pena de muerte.

24. Sólo aplicable a los más graves delitos, con pleno respeto del principio de legalidad criminal, penal y procesal; derecho a solicitar el indulto o la conmutación; no imposición a menores de 18 años ni a mujeres en estado de gravedad.

Amnesty Internacional, calificó a la pena de muerte como “el castigo más cruel, inhumano y degradante”, y exhortó a los gobiernos a “tomar medidas para la total e inmediata abolición de la pena de muerte”, manifiesta violación del derecho a la vida.

También el Comité de Derechos Humanos²⁵ (y los Tribunales regionales europeo e interamericano) se han pronunciado sobre aspectos de la pena de muerte tenidos por incompatibles con el contenido de los convenios internacionales. En Europa, la penosa situación de internamiento en los llamados “corredores de la muerte” fue calificada en 1989 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁶ como violación del art. 3 del Convenio de Roma. Igualmente en *Öcalan v. Turquía* (2005) declaró contraria al art. 3 la imposición de la pena de muerte en un proceso no equitativo y por un tribunal de discutible independencia e imparcialidad. Esta jurisprudencia europea, emitida fundamentalmente en asuntos de extradición y que obliga a los Estados a exigir garantías antes de proceder a la entrega, ha sido retomada por algunos textos normativos, como el Protocolo de reforma de la Convención europea para la supresión del terrorismo de 1977 (2003).

Los métodos de ejecución han llamado asimismo la atención de la jurisprudencia europea, que en 2000 consideró incompatible con el art. 3 la expulsión de una mujer al Irán, donde podía ser condenada a muerte por lapidación²⁷. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos –para quien la pena de muerte debe ejecutarse “de forma que cause los menores sufrimientos posibles”²⁸– ha admitido que el método de ejecución puede constituir un tratamiento inhumano o degradante²⁹, pero consideró en su momento que la ejecución por inyección letal podía ser conforme a las exigencias del Pacto internacional, no así la ejecución por gas asfixiante, modalidad tenida por “particularmente horrible”³⁰.

Ciertamente, la incompatibilidad de la pena de muerte (y no sólo de la espera en el corredor de la muerte o de algunas de sus formas de ejecución) con un entendimiento adecuado del principio de humanidad, centrado en el respeto a la persona humana como tal, resulta plena y absoluta. En este sentido, su abolición constituye todavía (y lamentablemente) una importante asignatura pendiente en el plano internacional. Merece, por ello, resaltarse el ejemplo de los Estatutos de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, así como del Estatuto de

25. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, precedente del Consejo de Derechos Humanos, indicó en su resolución 2005/59, que “la abolición de la pena de muerte es fundamental para la protección del derecho a la vida”.

26. Asunto *Soering v. Reino Unido*, 1989. Sin embargo, el Consejo de Derecho Humanos, en una jurisprudencia constante, no se ha mostrado tan abierto a esta cuestión y requiere la presencia de circunstancias excepcionales para apreciar en tales casos una violación del art. 7 del Pacto Internacional (así, por ejemplo, *Lavende v. Trinidad y Tobago*, 1997; *Errol Johnson v. Jamaica*, 1996).

27. Asunto *Jabari v. Turquía*, 2000.

28. *Observation générale* 20 (44), 3 abril 1992.

29. Asunto *Kindler v. Canadá*, 1993.

30. Asunto *Charles Chitat Ng v. Canadá*, 1994.

Roma de la Corte Penal Internacional³¹: todos ellos, competentes para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales más graves y que suscitan la mayor repulsa, han renunciado a la inclusión de la pena de muerte en el elenco de penas previstas.

b) Prisión perpetua y penas de muy larga duración

La incompatibilidad con el principio de humanidad, predicada de la pena de muerte, puede afectar igualmente a determinadas formas de privación de libertad, pena que, conforme al art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha de aplicarse “humanamente y con el respeto debido a la dignidad” (apdo. 1), debiendo consistir el régimen penitenciario “en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (apdo. 3). En este sentido, el carácter inhumano de la cadena perpetua se discute desde hace más de dos siglos³²; y puede extenderse también a las penas de muy larga duración. Los negativos efectos psicológicos y sociales generalmente ligados al internamiento de larga duración³³ –que se ven ciertamente agravados si a ello se añade la aniquilación de toda esperanza de posible liberación y las duras circunstancias que suelen acompañarlos (lo que incrementa sin duda el riesgo de suicidio en prisión)–, pueden convertirlas en una especie de “tortura lenta y mutilación psíquica”³⁴ y constituyen en este sentido un importante argumento de peso en contra de la conciliación de esas penas con el principio de humanidad. Pero lo esencial en la cadena perpetua no es tanto la gravedad de aquellos efectos, cuya inevitabilidad teórica no queda exenta de discusión, aun cuando, habida cuenta de las condiciones ordinarias de detención en la amplia mayoría de países, difícilmente debería dar lugar a dudas, al menos en la práctica. Su contradicción radical con la dignidad humana deriva de su desconocimiento de “las propiedades específicas del ser humano”, al que se acaba declarando “incapaz de un proyecto existencial del que no forme parte el delito”³⁵, negándole “no ya la perfectibilidad moral (...), sino su elemental derecho a una segunda oportunidad en la sociedad, tras haber purgado la condena merecida”³⁶.

A pesar de lo anterior, si bien hay Estados, como España, que no la contemplan o que la prohíben constitucionalmente –como, por ejemplo, Brasil (art. 5 XLVII b),

31. W. SCHABAS, “Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute”, *Punishment and Society*, 2, 2000, pp. 263 ss.

32. D. VAN ZYL SMIT, “Life imprisonment as the ultimate penalty in International Law: a human rights perspective”, *Criminal Law Forum*, 9, 1999, pp. 28 s.

33. Así, además de las obras ya clásicas de (CLEMMER (*The Prison Community*, New York, 1958) o GOFFMAN (*Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, 1968), C. HANEY, *Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment*, Washington, 2006.

34. J.G. MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979, p. 240.

35. A. TORÍO LÓPEZ, “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”, *Poder Judicial*, 4, 1986, p. 81.

36. F. SAVATER, “Contra la cadena perpetua”, *El Correo digital* (23.08.08) (<http://www.elcorreodigital.com/vizcaya/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>).

Colombia (art. 34) o Portugal (art. 30.1)³⁷– y aun cuando pueda excluirse en los tratados de extradición, la presencia de la cadena perpetua en el plano comparado es muy importante, habiendo sustituido casi con habitualidad a la pena de muerte tras su abolición, lo que ha incrementado su imposición y aplicación³⁸. Aún más, la reclusión a perpetuidad es la pena contemplada por el art. 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como la pena más grave para “la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5”, “cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”³⁹.

La cuestión de la constitucionalidad de la prisión a perpetuidad ha suscitado también la intervención de las máximas instancias judiciales de algunos países⁴⁰. Parecer generalizado es que la admisibilidad de la cadena perpetua no puede resultar incondicional⁴¹, sino que obliga a analizar no sólo las condiciones de ejecución, sino igualmente la posibilidad de su revisión al término de determinados años de cumplimiento y con base en un procedimiento plenamente homologable desde el prisma de la independencia del órgano decisorio y del respeto de los derechos de la defensa. Esta ha sido, por ejemplo, la línea seguida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con sentencias a perpetuidad impuestas en el Reino Unido⁴².

Muy importante, por su alcance y transcendencia es la Sentencia de 1977 del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 45, 187), que analizó la cuestión, entre otros argumentos, a la luz del art. 1 de la Constitución alemana (inviolabilidad de la dignidad

37. El art. 30.1 de la Constitución portuguesa excluye las penas y medidas privativas o restrictivas de libertad de carácter perpetuo o de duración ilimitada o indefinida. Con todo, el apdo. 2 de este mismo artículo –en caso de peligrosidad basada en una grave anomalía psíquica y en la imposibilidad de tratamiento en medio abierto– admite la prolongación sucesiva de las medidas privativas o restrictivas de libertad en cuanto se mantenga tal estado, siempre por decisión judicial.

38. D. VAN ZYL SMIT, “Abolishing life imprisonment?”, *Punishment and Society*, 2001, p. 300.

39. Sin embargo, no resulta directamente mencionada en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex-Yugoslavia o Ruanda. Estos se remiten, en cuanto a la fijación de “las condiciones del encarcelamiento, (...) a las normas de penas de prisión aplicada por los tribunales de” Yugoslavia y de Ruanda, teniendo “en cuenta factores como la gravedad de la infracción y la situación personal del condenado” (arts. 24 y 23 de los respectivos Estatutos). Aun cuando en Yugoslavia la pena máxima de prisión era de 20 años (Ruanda sí conocía la cadena perpetua), esto no ha impedido al Tribunal Penal Internacional entender que el art. 24 le otorga flexibilidad suficiente para aplicar la pena de prisión a perpetuidad. Críticamente, D. VAN ZYL SMIT, “Life imprisonment...”, *cit.*, pp. 16 ss.

40. En España diversas sentencias del Tribunal Supremo han resaltado la incompatibilidad de la prisión perpetua con el contenido del art. 15 de la Constitución. Así, por ejemplo, SSTs 1822/1994 de 20 octubre, 343/2001 de 7 marzo, 734/2008 de 14 noviembre.

41. S. VERELST, “Life imprisonment and human rights in Belgium”, *Human Rights Law Review*, 3-2, 2003, p. 283.

42. S. VERELST, *ibidem*, pp. 282-283. En 1983 (*Solem v Helm*), la imposibilidad de acceso a la libertad condicional fue igualmente la razón determinante, en los EE.UU. de América, de su calificación como desproporcionada (y, por tanto, contraria a la octava enmienda: castigo cruel e inusual). No obstante, con posterioridad, y a pesar de reñidos debates y votaciones en el seno del Tribunal Supremo, se han considerado plenamente constitucionales cadenas perpetuas sin posibilidad de libertad condicional S. VERELST, *ibidem*, p. 281.

humana)⁴³. Rechazando que la cadena perpetua pueda calificarse, directamente y por su propia naturaleza, de pena inhumana, el Tribunal Constitucional entendió que, siempre que se cumplieran ciertas condiciones, podía aceptarse su constitucionalidad⁴⁴, identificando, a la postre, el ataque “a la esencia de la dignidad humana” con el hecho de que “el preso, a pesar de su evolución personal, ha(ya) de abandonar toda esperanza de recobrar algún día su libertad” (BVerfGE 45 187, 245).

En suma, para no pocas instancias –y como afirmara ya el Consejo de Europa en 1977⁴⁵– el encarcelamiento de una persona de por vida sin esperanza de liberación no resulta compatible con el principio de humanidad, de aquí que, para que la prisión a perpetuidad pueda conciliarse con la dignidad humana, el preso deba conservar una expectativa concreta y realizable de una eventual liberación; esto obliga a contar, respecto de la cadena perpetua, con una regulación normativa razonable, ordenada y procesalmente correcta de la concesión (incluso aunque sea muy limitada)⁴⁶ de la libertad condicional⁴⁷.

Evidentemente, la posibilidad de revisión o de liberación condicional transcurrido un plazo de efectivo cumplimiento (período de seguridad) introduce un importante elemento de interés en la prisión perpetua, que facilita para muchos la superación del test de constitucionalidad⁴⁸; máxime si el período de seguridad, que tantas variaciones presenta en el Derecho comparado⁴⁹, no excede de los 15 años. Esto suaviza igualmente las objeciones que la cadena perpetua genera por su indeterminación y desde el prisma de la necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad⁵⁰, pero no resuelve los múltiples problemas (criminológicos y de orden jurídico) suscitadas por la aplicación de los mecanismos de revisión.

Por su parte, algunas legislaciones que no recurren a la prisión a perpetuidad han introducido penas temporales de una duración tan extendida (y completada en su ejecución por reglas tan estrictas dirigidas a su cumplimiento íntegro), que acaban asimilando la situación de los condenados a la de los presos a perpetuidad.

Como llega a reconocer la propia Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código Penal de 2009, éste es el caso de la legislación española, particularmente

43. H.M. WEBER, *Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe: Für eine Durchsetzung der Verfassungsanspruchs*, Baden-Baden, 1999.

44. S. VERELST, “Life imprisonment...”, *cit.*, pp. 280-281.

45. COUNCIL OF EUROPE, *Treatment of long-term prisoners*, Strasburg, 1977, p. 22

46. En este sentido igualmente, TEDH, asunto *Kafkaris v. Chipre* (2008).

47. See D. VAN ZYL SMIT, “Abolishing...”, *cit.*, p. 299.

48. L. RODRÍGUEZ RAMOS, “Constitucionalidad de la prisión perpetua”, *El País*, 17 noviembre 2000. [http://www.elpais.com/articulo/opinion/ESPANA/CONSTITUCION ESPANOLA.DE.1978/CODIGO PENAL/Constitucionalidad/prision/perpetua/elpepiopi/20001117elpepiopi_14/Tes?print=1](http://www.elpais.com/articulo/opinion/ESPANA/CONSTITUCION%20ESPANOLA.DE.1978/CODIGO.PENAL/Constitucionalidad/prision/perpetua/elpepiopi/20001117elpepiopi_14/Tes?print=1).

49. D. VAN ZYL SMIT / F. DÜNKEL (eds.), *Imprisonment Today and Tomorrow*, 2ª ed., The Hague, 2001. Por su parte, el art. 110.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional coloca en 25 años el período par la revisión y, en su caso, reducción de la reclusión a perpetuidad impuesta.

50. D. VAN ZYL SMIT, *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, The Hague, 2002, pp. 146 ss.

tras las reformas de 2003 y, muy en especial, a partir de la línea abierta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la Sentencia de 28 febrero de 2006 (caso Parot). Frente a ello, conviene recordar cómo la STS 1822/1994 –tras recordar (en línea con la STS 30 mayo 1992) que la consecución del mandato constitucional de resocialización “no puede conseguirse o resulta muy difícil (...) cuando se produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas”– consideró con razón que “el desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social llevaría a un “trato inhumano” a quien, sustraído a la mecánica normal del artículo 70.2 del Código Penal, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución”.

En realidad, como hace tiempo señalara BERISTAIN⁵¹, “la privación de libertad durante más de 14 ó 15 años resulta nefasta”: todo internamiento de duración superior a 15 años corre un grave riesgo de daños irreversibles en la personalidad del preso, por lo que debería adoptarse como límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad. Obviamente una decisión de este estilo –hoy por hoy inimaginable en esta “sociedad punitiva”⁵², obsesionada con la extensión de la duración de las penas de prisión y de su cumplimiento efectivo e íntegro– obliga a plantear el tratamiento de los delincuentes peligrosos, que, al término de su condena, sigan presentando un riesgo relevante de comisión de graves hechos delictivos⁵³. Otros Derechos contemplan para estos casos diversas respuestas, generalmente sometidas a fuertes críticas doctrinales por lo que suponen de extensión de la intervención penal más allá de la duración de la pena impuesta, que en un Estado respetuoso de las garantías individuales debería ser barrera infranqueable en la intervención del poder punitivo estatal. Así, el modelo alemán (§ 66 StGB) permite que el juez en la sentencia (o, en caso de que la peligrosidad se manifieste durante la ejecución, al finalizar la condena) pueda establecer, junto a otras medidas no privativas de libertad, una “custodia de seguridad”, para su ejecución al término del cumplimiento de la pena; esto es, “sin que opere aquí el principio vicarial”⁵⁴. La opción seguida por los últimos proyectos de reforma penal en España es la introducción de la libertad vigilada, como medida de seguridad, para los sujetos cuya peligrosidad criminal subsista una vez cumplida la pena privativa de libertad y, muy en particular, para los delincuentes sexuales y de terrorismo. Integrada por un conjunto de obligaciones, prohibiciones y reglas de conducta, la libertad vigilada –que puede llegar hasta los diez años si el Código lo prevé expresamente (art. 105.2)– se impone ya en la sentencia, pero ha de esperar para su ejecución al momento de excarcelación, una

51. *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, 1986, p. 198.

52. D. GARLAND, “The Punitive Society: Penology, Criminology and the History of the Present”, *The Edinburgh Law Review*, 1, 2, 1997. Asimismo, J.L. Díez RIPOLLÉS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Jueces para la Democracia*, 49, 2004, pp. 25 ss.

53. J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 2009, pp. 197 ss.

54. A.J. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 56.

vez confirmado el pronóstico de peligrosidad, que deberá ser revisado anualmente (art. 98.1).

La nueva regulación proyectada se presenta de un alcance más contenido que los textos anteriores, algo a resaltar positivamente. Siendo en cualquier caso preferible al internamiento, podría además ser razonable, como respuesta a los supuestos de peligrosidad subsistente, si la regulación en vigor garantizara unos límites adecuados a la privación de libertad efectiva en la línea de lo indicado más arriba. Ahora bien, se pretende su introducción en una legislación, como la española, que en los últimos tiempos ha extendido ya las posibilidades de imposición de penas accesorias a cumplir tras la liberación (art. 57 Código penal) y la propia duración de la privación de libertad (al igual que las reglas que garantizan su cumplimiento íntegro), estableciendo períodos de seguridad y restringiendo mucho el acceso a la libertad condicional. Lo anterior, unido a las dificultades a las que –con base en los conocimientos de que disponemos por el momento– todo pronóstico de peligrosidad se enfrenta⁵⁵, justifica el posicionamiento crítico respecto de una medida que, en la práctica, no dejará de suponer un claro endurecimiento de la intervención penal, a la que, sin respetar el principio de proporcionalidad, permite extenderse respecto de personas que ya han “purgado” su pena, esto es, más allá de lo que las penas previstas por los correspondientes tipos penales consideraran apropiada respuesta a los hechos delictivos (graves o menos graves) cometidos.

c) Régimen penitenciario inhumano o degradante

El principio de humanidad no sólo se ve enfrentado por la existencia de determinadas penas. Alcanza asimismo importantes repercusiones en el plano penitenciario, que debe obviamente configurarse como un espacio plenamente respetuoso de la persona humana y, por tanto, ajeno a todo trato inhumano o degradante. Dispone el art. 10.1º del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos: “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Diversas recomendaciones internacionales –como las Reglas Mínimas internacionales (y las Reglas penitenciarias europeas)– constituyen en este punto desarrollos del principio de humanidad y sirven de referencia a los tribunales para determinar, en el caso concreto, la compatibilidad o no de las medidas o intervenciones cuestionadas con aquella disposición (o con el art. 3 del Convenio de Roma).

Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han tenido que examinar repetidamente demandas en este orden de cosas. La jurisprudencia de este Alto Tribunal –que, hasta 1998, aun cuando detectara un incumplimiento de normas y estándares internacionales, no llegara a apreciar violación del art. 3 en asuntos penitenciarios (no así en algunos supuestos de detención policial y por las fuerzas de seguridad)⁵⁶–, manifiesta en los últimos años una mayor incidencia de las violaciones del Convenio de 1950 con base en algunas de las prácticas penitenciarias cuestionadas. Son, en este sentido, ya numerosas las sentencias que detectan vio-

55. C.M. ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986, pp. 24 ss.

56. D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention européenne des droits de l’homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Strasbourg, 1997, pp. 118 ss.

lación del art. 3 en determinadas prácticas⁵⁷ y condiciones de internamiento⁵⁸ y, muy en especial, respecto de ciertas categorías de internos, las cuales –como las personas muy envejecidas y enfermas, los afectados por alteraciones mentales o, muy en particular los enfermos graves– precisan de cuidados específicos y no deben ser sometidas a determinadas medidas disciplinarias y/o de contención física sin probada necesidad⁵⁹. El Tribunal ha declarado igualmente contrarias al art. 3: la alimentación forzosa a internos en huelga de hambre con empleo de medios extremos y sin necesidad terapéutica real⁶⁰; las condiciones de internamiento en la Isla de Aruba⁶¹; y el cacheo integral con inspección anal sistemática (tras cada comunicación y durante dos años)⁶².

También las más altas instancias judiciales de los Estados van desarrollando su propia jurisprudencia en la materia. De hecho, en el caso del Tribunal Constitucional español⁶³, la mayoría de los supuestos estudiados de tortura y tratos inhumanos o degradantes conciernen al marco penitenciario. El TC ha visto por el momento violación del art. 15 CE en la imposición de asistencia médica contra la voluntad del interno en un caso de enfermedad grave e incurable (STC 48/1996) y no en las cuestiones suscitadas en torno a la alimentación forzosa de sujetos en huelga de hambre, denegación de la progresión en grado o libertad condicional, aplicación de medios de control y seguridad, imposibilidad de mantener comunicaciones íntimas, prohibición de aplicación de tratamientos médicos alternativos y aislamiento en celda⁶⁴.

57. Encadenamiento del preso de edad a su cama durante su hospitalización (*Henaf v. Francia*, 2003), afeitado de la cabeza en el marco de una sanción disciplinaria (*Yankov v. Bulgaria*, 2003), cuidado de un heroinómano que presentaba síntomas de abstinencia y fallece en prisión (*McGlinchey y otros v. Reino Unido*, 2003).

58. P.e. y en combinación con otras circunstancias, como la duración de la detención, en centros sobrepoblados e insalubres, (*Kalachnikov v. Rusia*, 2002; *Mameova v. Rusia*, 2006), en celda de dimensiones muy insuficientes (*Cenbauer v. Croacia*, 2006) o con falta de agua y alimentación (*Kadik.is v. Letonia*, 2006). También ha apreciado violación del art. 3 en un caso de prisión provisional en la que se exigía al interno pagar para obtener una mejora de las condiciones de internamiento (*Modarca v. Moldavia*, 2007).

59. Cabe destacar las sentencias de los asuntos *Mouisel v. Francia*, 2002; *Farbthus v. Letonia*, 2004; *Melnik v. Ucrania*, 2006; *Rivière v. Francia*, 2006; *Popov v. Rusia*, 2006; *Khudobin v. Rusia*, 2006; *Tarariyeva v. Rusia*, 2006; *Hüseyin v. Turquía*, 2007; *Gorodnitchev v. Rusia*, 2007; *Paladi v. Moldavia*, 2007; *Koutcherouk v. Ucrania*, 2007; *Yakovenko v. Ucrania*, 2007; *Dybeku v. Albania*, 2007; *Renolde v. Francia*, 2008; *Kotsaftis v. Grecia*, 2008.

60. *Neumerjitski v. Ucrania*, 2005; *Ciorap v. Moldavia*, 2007. Ver también, entre otras, *Hunc v. Turquía*, 2004, sobre el tratamiento aplicado a huelguistas de hambre con síndrome de Wernicke-Korsakoff.

61. Aislamiento celular durante período excesivo e inútilmente prolongado, más de siete meses en celda que no protegía al interno de las inclemencias del tiempo, y detención en un lugar desde el que no podía acceder a la zona de ejercicios ni al aire libre sino a costa de graves dolores físicos consecuencia de una dolencia en la espalda (*Mathew v. Holanda*, 2005).

62. *Frérot v. Francia*, 2007. También sobre cacheo a detenidos, *Salah v. Holanda*, *Baybasin v. Holanda*, 2006.

63. F. REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008, pp. 55 ss. Ver también, T. MONTERO HERNANZ, "La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia penitenciaria (1981-2007)", *Revista General de Derecho Penal*, 9, 2008, RI \$403783.

64. Respecto de los cacheos con desnudo integral, el otorgamiento del amparo vino por vía de la vulneración del derecho a la intimidad y no por infracción del art. 15 CE.

3. PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y RESOCIALIZACIÓN

Las consecuencias del principio de humanidad para la vida penitenciaria no se agotan en la prohibición de tratamientos inhumanos o degradantes en prisión. Por el contrario, en línea con el art. 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (y, en España, con el art. 25.2 de la Constitución), se acepta ampliamente, como corolario del principio de humanidad, la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, cuanto menos en su aspecto ejecutivo. Si el principio de humanidad obliga a la corresponsabilización social con el delincuente –el cual no deja de formar parte de la sociedad–, la institución penitenciaria ha de procurar, en primer término, reducir el contenido estigmatizador y separador propio de toda decisión de internamiento tras los muros de una prisión, así como aprovechar la ejecución para abrir oportunidades de superación de la desocialización⁶⁵, asimilando en lo posible la vida de dentro a la de fuera, fomentando la comunicación del preso con el exterior y facilitando la progresiva incorporación del penado a la vida en libertad.

1. Frente a las múltiples propuestas de entendimiento del (por otra parte, ambiguo)⁶⁶ ideal resocializador, esta configuración democrática de la resocialización parte de que el modelo de resocialización penitenciaria no puede ser muy distante del modelo de socialización de los demás ciudadanos, sustentado constitucionalmente en el respeto y disfrute de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad⁶⁷. De este modo, y evitando la identificación con la necesidad de articulación en prisión de un tratamiento para todos los internos, sortea los problemas de legitimidad no pocas veces subrayados, articulando la meta resocializadora de un modo plenamente compatible con el reconocimiento a los presos de sus derechos constitucionales y, entre ellos, del derecho a ser diferente, de donde deriva la no sumisión a un tratamiento que no sea voluntariamente aceptado.

La resocialización se convierte así en un objetivo de la intervención penitenciaria en su conjunto⁶⁸ y no meramente en la meta de las intervenciones terapéuticas. El régimen penitenciario también ha de ser resocializador⁶⁹. Frente al riesgo de conversión de los establecimientos en meros depósitos de seres humanos⁷⁰, que el abandono del ideal resocializador claramente conlleva, esto obliga a la institución penitenciaria a comprometerse, de manera decidida y en primer lugar, con la humanización de la prisión, presupuesto ineludible de cualquier labor resocializadora⁷¹. Asimismo, junto al refuerzo

65. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pp. 89 ss.

66. A. GARCÍA PABLOS DE MOLINA “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo”, ADP, 1979, p. 650.

67. F. BUENO ARÚS, “A propósito de la resocialización del delincuente”, *Cuadernos de Política Criminal*, 25, 1985, pp. 65 y ss.

68. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria”, *Papers d'estudis i formació*, 12, 1993, pp. 9 ss.

69. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización”, *Eguzkilore*, núm.extraordinario 2, 1989, pp. 59-63.

70. A. BERISTAIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 194 ss.

71. H. KAUFMANN, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, p. 47.

de las garantías individuales de los internos y la apertura de amplios programas de relación con el exterior, esto requiere de manera prioritaria la puesta en práctica de acciones eficaces y permanentes de control de la sobrepoblación penitenciaria⁷², que tantas dificultades plantea para cualquier intervención penitenciaria adecuada y eficaz.

2. La necesaria orientación resocializadora de la pena privativa de libertad obliga, por otra parte, a un esfuerzo especial en la búsqueda de alternativas válidas para las penas cortas de prisión o, en su caso, el desarrollo de sistemas y mecanismos de ejecución atenuada de la misma (arrestos domiciliarios, semilibertad, tratamiento intermedio, semidetención y libertad controlada, arresto de fin de semana...). Siendo la multa la alternativa a la pena de prisión tradicionalmente más contemplada por los Códigos penales, rasgo característico de las legislaciones contemporáneas es la multiplicación de las posibilidades de suspensión condicional (de la pena, del fallo, del proceso...) y la apertura de cauces a la imposición, como alternativas a la prisión, de penas accesorias o restrictivas de libertad, interdicciones profesionales, privaciones o suspensiones de ciertos derechos y hasta la reparación de la víctima, la dispensa de pena o el perdón...; a ellas se añade la expulsión, crecientemente aplicable respecto de los extranjeros.

En cualquier caso, la alternativa de mayor prestigio y renombre en el Derecho comparado es el trabajo en beneficio de la comunidad⁷³. A partir de la privación de una parte del tiempo libre del condenado, en el trabajo en beneficio de la comunidad el penado se obliga voluntariamente a realizar durante ese tiempo una prestación de contenido social positivo. El éxito de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad no depende, con todo, tan sólo de una regulación normativa adecuada y suficiente, sino muy principalmente de la existencia de una “infraestructura adecuada”⁷⁴, lo que pasa por la articulación de una amplia red de entidades públicas y privadas, capaz de configurar una variada oferta de actividades válidas. Es éste el mayor reto al que se enfrenta en la actualidad el desarrollo de esta pena en España donde, introducida por el Código Penal de 1995 (y objeto de una importante reforma en 2003), la frecuencia de su imposición se ha visto altamente potenciada por la reciente reforma de los delitos contra la seguridad vial operada por LO 15/2007.

Por lo demás, las diversas reformas del Código Penal no han sido capaces de romper con la inseguridad, contradicciones y falta de innovación que le caracteriza en este ámbito⁷⁵. Tampoco parece que lo vaya a hacer el Proyecto de reforma de 2009, en el que se elimina la reintroducción (proyectada en 2006) del arresto de fin de semana; una pena, prevista en 1995 (art. 37) y sustituida a partir de la entrada en vigor de la L.O. 15/2003 por la localización permanente, que el Proyecto de 2009 dice querer reforzar.

72. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Retos principales del actual sistema penitenciario”, en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp. 134 s.

73. J.A. BRANDÁRIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia, 2009.

74. N. SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, 2000, p. 350.

75. J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Formas substitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 151.

4. PRINCIPIO DE HUMANIDAD Y VÍCTIMAS

Si tradicionalmente el principio de humanidad ha centrado su foco en el sujeto activo del delito, planteándose como uno de los postulados limitadores del poder punitivo del Estado, a partir de la enseñanza de la Victimología a nadie se le escapa que una política criminal inspirada por el principio de humanidad no sólo no puede ignorar las necesidades de las víctimas, sino que debe asumir como una de sus funciones más básicas el esfuerzo por su atención y satisfacción. Superando la limitada perspectiva de la víctima como sujeto pasivo de la acción o del delito, el respeto del principio de humanidad en Derecho penal exige, en este sentido, hacer pasar a las víctimas “del olvido al reconocimiento”⁷⁶, garantizando todos sus derechos, otorgándoles pleno protagonismo en el sistema penal y colocando al principio de protección de las víctimas al mismo nivel que la proscripción de las penas y tratamientos inhumanos y degradantes y la orientación resocializadora de la pena.

Toda política criminal respetuosa, como no puede ser menos, del principio de humanidad para las víctimas ha de partir del aseguramiento de sus derechos, que exceden con mucho del mero ámbito de la responsabilidad civil. Las víctimas han de ser tratadas con humanidad y con pleno reconocimiento y respeto de lo que jurídicamente conlleva su condición de víctimas: en particular, su derecho a la información y a la verdad, al acceso a la justicia y a la reparación. El derecho a la reparación de las víctimas –que ha de abarcar, cuanto menos, la prevención de situaciones de desamparo, al lado de la restitución, reparación de daños e indemnización de perjuicios–, no debería quedar en lo meramente patrimonial; siempre que la agresión alcance a bienes personalísimos con una cierta entidad, ha de buscarse una reparación integral, inclusiva de medidas de asistencia y acompañamiento y de la obtención y disfrute de ayudas públicas para la superación de la victimización (rehabilitación personal y reinserción social).

Por su parte, las macrovictimaciones (como la terrorista)⁷⁷ agravan la situación, acentúan la dimensión colectiva e intensifican la necesidad y urgencia de las acciones de solidaridad, atención y reparación integral y la adopción de todas las medidas apropiadas que puedan contribuir al reforzamiento de sus derechos (muy en particular, al reconocimiento de su condición de víctimas, a la verdad y a la memoria), a la protección frente a posibles agresiones o vejaciones, la tutela de la intimidad y a la asistencia en los planos físico, psicológico, familiar, laboral, social...

Obviamente el Derecho penal constituye un muy pobre instrumento de cara al reconocimiento y garantía de los derechos de las víctimas que, sin perjuicio de su tutela penal efectiva, han de contemplarse en el marco de una política criminal que asegure una intervención de los poderes públicos, adecuada y eficaz.

Ahora bien, frente a quienes entienden que la protección de la víctima queda al margen del Derecho penal, conviene afirmar la importancia y repercusiones que alcanza el reconocimiento del principio de protección de las víctimas, como corolario

76. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006.

77. A. BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2005, pp. 33 ss.

del axioma de humanidad. Como indica SUBIJANA ZUNZUNEGUI, función de este principio ha de ser “garantizar la máxima tutela jurídica de los derechos de las víctimas en el orden penal, sin desnaturalizar, con ello, los principios que adecuan el Derecho Penal a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho”; y, en el plano procesal, sin “vaciar las notas jurídicas que permiten concebir a un juicio como un proceso justo e idóneo para obtener una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos”⁷⁸. Partiendo de una adecuada definición de víctima (de la que carece en la actualidad el Código penal), esto requiere, en el plano sustantivo,

- seleccionar y tipificar adecuadamente aquellos supuestos de desistimiento, comportamiento post-delictivo o especial relación con las víctimas que merecen un tratamiento privilegiado, así como de los que, por prevalerse de un contexto o situación de desprotección o debilitar significativamente los mecanismos de autoprotección de las víctimas, han de recibir un tratamiento agravado;
- desarrollar la justicia reparadora, potenciando la mediación, mejorando la regulación de la responsabilidad civil, convirtiendo a la reparación en una tercera vía penal y dotando de un mayor contenido reparatorio de la víctima al trabajo en beneficio de la comunidad; y, en general,
- “colocar a las víctimas en el centro neurálgico de las sanciones penales”⁷⁹,
 - o promoviendo respuestas penales que protejan a las víctimas, al generar barreras a ulteriores procesos de victimización (como las inhabilitaciones especiales en el ámbito familiar, las prohibiciones de residencia, acercamiento y comunicación o la sumisión del victimario a programas formativos, culturales, educativos, profesionales, de educación sexual o similares);
 - o dando mayor cabida en los procesos de determinación judicial de la sanción penal a consideraciones relativas a las circunstancias de la víctima, que en la actualidad sólo pueden encauzarse a través del juicio sobre la gravedad del hecho delictivo; y
 - o abriendo espacios de participación de las víctimas en el ámbito de la ejecución⁸⁰.

En cuanto al principio *in dubio pro victima*⁸¹, se trata de una propuesta del mayor interés que debería abrirse progresivamente camino, particularmente en la legislación específica en materia de víctimas, ámbito que ofrece al efecto posibilidades mayores y más ricas que el Derecho penal sustantivo y procesal.

78. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio...*, cit., p. 23.

79. I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *ibidem*, p. 128.

80. A. BERISTAIN, “Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo)”, *Actualidad penal*, 37, 200, pp. 798; J. C. RÍOS MARTÍN, “La mediación en la fase de ejecución del proceso penal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra. 2006, pp. 169 ss.

81. A. BERISTAIN, *Protagonismo...*, cit., pp. 321 s.

EL DELITO INFORMÁTICO

Leyre HERNÁNDEZ DÍAZ

*Investigadora en formación
Beca pre-doctoral, Gobierno Vasco*

Sumario:

- I. El Derecho informático.
- II. La evolución de la implantación de las TICs (Tecnologías de la información y comunicación) y su vinculación con la aparición de nuevas conductas ilícitas o delictivas.
- III. Primeras definiciones de los delitos informáticos.
- IV. Delincuencia informática, Criminalidad informática o Delitos informáticos como alternativa al delito informático.
- V. Ciberdelitos.
- VI. Posibles bienes jurídicos en el delito informático.
 1. Seguridad Informática.
 2. Integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos.
 3. Intimidad informática.
 4. Otras propuestas.
- VII. Distinción entre delitos cometidos a través de la informática y delitos cometidos contra la informática.
- VIII. Conclusión.
- IX. Bibliografía.

I. EL DERECHO INFORMÁTICO

La delincuencia informática se encuadra dentro de lo que se conoce como “Derecho informático”¹. Éste es el conjunto de normas jurídicas que regulan la utilización de los bienes y servicios informáticos en la sociedad², incluyendo como objeto de

1. Que nada tiene que ver con el concepto de “informática jurídica”, referido al uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación como nuevas herramientas de trabajo para los juristas, siendo su objeto de estudio la aplicación de la tecnología de la información al Derecho. Sobre el origen y la evolución de este concepto, IASELLI, *Informatica giuridica*, pp. 7 ss.; sobre los distintos sectores que integrarían este ámbito jurídico, DI GIORGI/RAGONA, “L’informatica giuridica”, pp. 9 ss.; y, en la doctrina española, PÉREZ LUÑO, en *Manual de informática y Derecho*, pp. 22 ss.

2. Así, ZICCARDI, G., “Il diritto dell’informatica”, p. XIII.

estudio: 1º el régimen jurídico del software; 2º el derecho de las Redes de transmisión de datos; 3º los documentos electrónicos; 4º los contratos electrónicos; 5º el régimen jurídico de las bases de datos; 6º el derecho de la *privacy*; 7º los delitos informáticos; y 8º otras conductas nacidas del uso de los ordenadores y de las redes de transmisión de datos³.

En lugar de crear una nueva rama del Derecho dedicada exclusivamente al estudio de estos aspectos, podría haberse abordado la regulación o estudio de cuanto concierne al ámbito de digitalización del mundo empresarial, administrativo e incluso personal desde un análisis por cada una de las ramas del ordenamiento jurídico ya existentes, en las que habría que encajar estas nuevas realidades en función del aspecto concreto a analizar. Así, de los contratos electrónicos se ocuparía el Derecho civil o mercantil, de las conductas ilícitas vinculadas a las nuevas tecnologías el Derecho administrativo o penal, etc. Sin embargo, la complejidad de las relaciones informáticas, el crecimiento desmesurado de las mismas o el hecho de que en el estudio de estas nuevas relaciones se transite de una rama del ordenamiento jurídico a la otra constantemente (administrativa, civil, laboral o penal) ha favorecido que por motivos pragmáticos desde algunos sectores se haya reclamado la consideración de una nueva rama del ordenamiento jurídico que regularía las relaciones, cualesquiera, vinculadas con la informática⁴ que tendría como característica, precisamente, el hecho de que en la disciplina confluyan normas administrativas, civiles, laborales, penales, etc.⁵.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA IMPLANTACIÓN DE LAS TICS (Tecnologías de la información y comunicación) y su vinculación con la aparición de nuevas conductas ilícitas o delictivas

La primera dificultad a la hora de afrontar el análisis de los delitos informáticos es su conceptualización. No resulta fácil considerar qué debe entenderse por delito informático y qué conductas pueden considerarse incluidas en el mismo; de hecho, ni siquiera la doctrina encuentra un concepto unitario de delito informático y las discrepancias en torno al mismo han llegado incluso a propiciar que algunos autores admitan la imposibilidad de dar una definición del mismo y renuncien a ello⁶. La doctrina ha debatido durante años si nos encontramos ante una categoría que pueda denominarse “delito informático” o si, por el contrario, se deben utilizar expresiones para definir la misma realidad que carezcan de un matiz jurídico-positivo y que hagan alusión, más bien, a categorías criminológicas: así las expresiones delincuencia informática, criminalidad informática o delitos informáticos, ésta no en cuanto concepto sino en cuanto

3. Clasificación del objeto de estudio del Derecho informático realizada por MARTINO, “Informatica e Diritto: farfugliato, imbricato rapporto” pp. 14 y 15.

4. Profundizan en la conveniencia de considerar que estas nuevas realidades integren una nueva rama del Derecho, MARTINO, “Informatica e Diritto: farfugliato, imbricato rapporto”, pp. 9 ss.; o PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y derecho*, pp. 18 ss., entre otros.

5. Véase ZICCARDI, “Il diritto dell'informatica”, p. XIII.

6. Así se manifiesta, por ejemplo FERREYROS SOTO, “Aspectos metodológicos del delito informático”, pp. 407 ss., que, prescindiendo de una conceptualización, se limita a enumerar las peculiaridades que presenta el conjunto de comportamientos a que puede venir referida la expresión.

realidad de características concretas⁷. Parte de este problema proviene de la vertiginosa velocidad con la que evolucionan las nuevas tecnologías y el consiguiente constante cambio y desarrollo, también extremadamente rápido, de las conductas delictivas vinculadas a las mismas.

Parece adecuado, por ello, antes de exponer los distintos conceptos de delito o delitos informático o informáticos que se han propuesto, hacer un repaso, en términos bastante generales, del modo en que se han ido implantando las nuevas tecnologías y del modo en que, en consecuencia, ha ido apareciendo el nuevo elenco de conductas lesivas de derechos vinculadas con la informática y la telemática.

Consideramos útil para este fin el modo sistemático en que fue definida esta evolución de las conductas delictivas (o merecedoras de serlo) vinculadas con las TICs en el “Informe sobre la situación del crimen organizado en Europa” realizado por el Consejo de Europa⁸.

En primer lugar, la ingente acumulación de datos de carácter personal de la ciudadanía por parte de los gobiernos, aun cuando no estaba masificado el uso de los ordenadores, hace que comiencen las preocupaciones en torno al carácter reservado, la acumulación y el uso que podría hacerse de estos datos. Nace así el concepto de *privacy* y de derecho a la misma, que va más allá del tradicional de intimidad y que regula la acumulación en las bases de datos, de carácter informático o no, de información sobre los individuos y el uso que se hace de ella, así como la capacidad de decisión de cada ciudadano respecto a qué datos referentes a su persona deben ser compartidos o públicos. Ya en los años sesenta comienzan las primeras discusiones en torno a esta cuestión, sobre todo en materia civil y administrativa, planteándose el debate, en los años siguientes, también en términos penales⁹.

Durante la década de los setenta, la difusión de los ordenadores en el mundo empresarial supuso que la mayoría de las manifestaciones de la delincuencia informática tuviesen relación con la delincuencia económica, siendo las más comunes el fraude informático, la manipulación de datos, sabotajes informáticos, espionajes empresariales, etc. Hasta el punto de que en este periodo eran estas nuevas modalidades de delincuencia económica las que integraban el concepto de delito informático; o, al menos, éstas eran las principales manifestaciones del mismo¹⁰.

En los años ochenta, la generalización de los ordenadores personales entre la población trajo consigo, al mismo tiempo, el surgimiento de la piratería del *software*

7. Tempranamente se mostraron a favor de esta opción GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, pp. 51 ss.; y ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, pp. 40 ss.

8. *Organised crime in Europe: the threat of cybercrime. Situation report 2004*, pp. 84 ss.

9. Véase el fundamental trabajo, en nuestra disciplina, de MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*.

10. Uno de los pioneros en la vinculación de la delincuencia informática con la lesión de intereses patrimoniales o económicos fue SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, p. 188. Sin embargo, ya en 1986, a la vista de la evolución del tipo de conducta vinculada al uso de las nuevas tecnologías, el mismo autor, en *The International Handbook on Computer Crime*, pp. 26 ss., incluyó también conductas lesivas de otro tipo de intereses. Véase, entre nosotros, en 1988, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, p. 22.

de los mismos, dando comienzo así a las primeras infracciones contra la propiedad intelectual que se generalizarían a finales de los años noventa, extendiéndose además de a dicho *software*, a productos como música o películas.

La expansión de Internet en la década de los noventa llevó aparejado el surgimiento de un nuevo método para difundir contenidos ilegales o dañosos, tales como pornografía infantil o discursos racistas o xenófobos. Serán justamente las conductas vinculadas a la difusión de contenidos ilícitos las que más pueden aprovecharse de la enorme implantación que tiene la Red a nivel mundial, así como de sus características técnicas que dificultan su descubrimiento, persecución y prueba.

En este período también se consolida la dependencia que los gobiernos y organismos internacionales tienen de los sistemas informáticos, tanto para su buen funcionamiento como para el almacenamiento de datos importantes y/o secretos y ello pondrá en el punto de mira para la comisión de delitos que atenten contra la seguridad del Estado, como la comisión de ataques terroristas a través de la Red, a los sistemas informáticos de estos Entes.

Hoy, con la expansión del uso de los sistemas informáticos y de la telemática en todos los ámbitos, tanto públicos como privados, prácticamente cualquier delito (homicidio, tráfico de drogas, delito de terrorismo, etc.) puede ver favorecida su comisión a través de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

III. PRIMERAS DEFINICIONES DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

Las definiciones que a lo largo de los últimos cuarenta años se han aportado del concepto de delito informático van necesariamente unidas a la evolución que ha sufrido la implantación de las TICs en la sociedad y a las propias conductas delictivas, o merecedoras de serlo, vinculadas con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Como antes se decía, las primeras conductas dañosas de cierta entidad que aparecieron unidas a la proliferación de los ordenadores se centraban, principalmente, en el ámbito empresarial y consistían en conductas lesivas del patrimonio. Por este motivo, aunque generalmente sin olvidar los posibles problemas que la acumulación de datos de carácter personal podía conllevar, que serían tratados de modo independiente al del tratamiento de la delincuencia informática en general, las primeras definiciones de lo que debía entenderse por delito informático se limitaban al ámbito patrimonial¹¹. Incluso cuando ya se vislumbraba una proliferación de tipologías muy variadas de ilícitos vinculados con las nuevas tecnologías y la problemática que podía surgir de esta proliferación de ilícitos era al menos mencionada en los estudios realizados sobre el tema, el delito o delitos informáticos se analizaban, prácticamente de modo unánime, dentro de estudios doctrinales dedicados a la delincuencia patrimonial¹².

11. Importantes autores, como TIEDEMANN, "La criminalidad económica como objeto de investigación", pp. 173 ss., se han centrado exclusivamente en la vertiente patrimonial de estos delitos, considerándolos una parte de la delincuencia económica.

12. Véase, entre nosotros, ROMEO CASABONA, *Poder informático o seguridad jurídica*, pp. 47 ss., que analiza el concepto de delincuencia informática dentro del capítulo que en su libro dedica al fraude informático; o GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, pp. 51 ss.

Una de las primeras definiciones fue la aportada por PARKER, que definió los *abusos informáticos* como “cualquier incidente asociado con la tecnología de los ordenadores en el que la víctima sufrió o pudo haber sufrido un daño y el autor, intencionadamente, obtuvo o pudo haber obtenido un beneficio”¹³. Este autor no se limitó a describir las conductas relevantes para el ámbito penal sino que reconoce que se trata de un amplio abanico de conductas en las que se incluyen además de conductas de naturaleza penal, otras de relevancia civil y meros incidentes sin trascendencia jurídica. A pesar de la vertiente patrimonial de su estudio, el autor también se preocupó por los ataques a la intimidad que, con la creación de las primeras bases de datos, podían derivarse de la digitalización de datos de naturaleza privada.

En 1978, habiendo ya saltado a la prensa algunos de los primeros casos de delincuencia informática patrimonial, BEQUAI realizó un análisis de estos delitos considerando que en la definición del delito informático el acento debe ponerse en que los ordenadores pueden ser usados por el autor del delito no sólo como instrumentos para cometer el mismo sino también como objeto del delito. Este autor incluyó entre los *computer crimes* los delitos de sabotaje informático, robo de información digitalizada y programas, espionaje industrial, hurto de tiempo de uso del ordenador, robos de mercancías por manipulación de datos o fraudes financieros. Asimismo, se aproximó a los problemas concretos que plantea esta delincuencia, entre los que destacaba la facilidad con que pueden ser manipulados los ordenadores y su información, la dificultad de establecer medidas de seguridad de carácter técnico sin que, al mismo tiempo, se bloqueen la fluidez de las transacciones realizadas a través de los ordenadores¹⁴, poniendo también de manifiesto, por último, los problemas de persecución que planteaban los delitos informáticos dadas las dificultades para la admisión de pruebas de carácter tecnológico que presentaban los ordenamientos jurídicos en aquel momento¹⁵.

En contra de incluir entre los delitos informáticos, sin embargo, los ilícitos de carácter patrimonial en los que el sistema informático era el objeto del delito, en la doctrina española CAMACHO LOSA consideró que, no habiendo una definición de delito informático plenamente satisfactoria, debía considerarse delito informático “toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades, sin que necesariamente conlleve un beneficio material para su autor aun cuando no perjudique de forma directa o inmediata a la víctima y en cuya comisión intervienen necesariamente de forma activa dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas”¹⁶. Pero, dejó fuera del delito informático aquellas conductas que tienen como objeto del delito los dispositivos informáticos por la relación meramente accidental que, en su opinión, tienen éstas con la informática.

Otro de los autores españoles que se acercó tempranamente a la delincuencia informática de carácter patrimonial, aunque sin olvidar los problemas de *privacy* que puede provocar la acumulación de datos de carácter personal en ficheros, fue

13. PARKER, *Crime by computer*, pp. 12 ss. y 237 ss.

14. En esto insistiría también especialmente SIEBER, *La délinquance informatique*, pp. 166 ss.

15. BEQUAI, *Computer Crime*, pp. 3 ss.; y, del mismo, *White-Collar Crime: a 20th-Century Crisis*, pp. 105 ss.

16. CAMACHO LOSA, *El delito informático*, pp. 25 ss.

GONZÁLEZ RUS, que destacó la imposibilidad de agrupar todos los delitos vinculados con las nuevas tecnologías en un único concepto de delito. Por ello, sin intención de dar un catálogo exhaustivo, clasifica los “ilícitos informáticos” como un conjunto de delitos de carácter heterogéneo que puede dividirse en dos grandes grupos: por un lado, el de las amenazas para la intimidad personal y la esfera privada derivadas de la ingente acumulación de datos; y, por otro, el de los delitos patrimoniales, favorecidos en su comisión por las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías. Y, centrándose en el grupo dedicado a los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos, el autor realiza una nueva subdivisión. Por una parte, considera los delitos contra el sistema informático, referido éste tanto a sus elementos físicos como lógicos, incluyendo aquí los delitos de hurto, hurto de uso, robo, apropiación indebida, estafa y daños. De otra parte, los delitos cometidos “por medio” del sistema informático, distinguiendo a su vez, dentro de éstos, aquéllos en los que el uso del modo informático no es absolutamente necesario, pudiéndose cometer el delito por un medio no informático si el autor así lo hubiese decidido, y los que únicamente pueden ser cometidos por medios informáticos. De este modo, no sólo incluye en los delitos informáticos aquéllos que se cometen a través de sistemas informáticos, sino también aquéllos que se cometen contra los sistemas informáticos¹⁷.

Cabe destacar que tanto CAMACHO LOSA como GONZÁLEZ RUS, que escribieron sobre estas cuestiones en 1987 y 1986, respectivamente, ya mencionaban entre el catálogo de los delitos informáticos los denominados como piratería del *software*, que empezaban a despuntar en esa década.

La proliferación de conductas delictivas o ilícitas vinculadas a la informática fue complicando la definición de los delitos informáticos, no pudiendo ya limitarse ésta a conductas vinculadas estrictamente con el patrimonio o con la intimidad. Por ello, en 1983 un comité de expertos convocado por la OCDE definió, de una manera vaga e imprecisa, los *computer-related crimes* como “cualquier comportamiento, no ético o no autorizado relacionado con el procesado automático de datos y/o transmisiones de datos”. Se trata de una primera aproximación a un posible concepto, adoptada en un principio por varios autores con el argumento de que una definición de esa amplitud permitiría el tratamiento de las mismas hipótesis de trabajo para distintas disciplinas y podría así usarse una misma definición en análisis penales, económicos, sociológicos, etc¹⁸. La definición puede servir como una primera aproximación conceptual que puede resultar útil para delimitar qué conductas ilícitas o indeseables tienen alguna vinculación con la informática; sobre todo, porque en los primeros años en que comenzaron estos nuevos ataques los Códigos penales se encontraban ante realidades no siempre abarcadas por ellos. De hecho, aún hoy son muchas las conductas, como el

17. GONZÁLEZ RUS, “Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos”, pp. 107 ss.; véase su postura, en la actualidad, negando abiertamente la posibilidad de proponer un único concepto de delito informático, en GONZÁLEZ RUS, “Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet”, pp. 14 ss.

18. Véase, entre otros, SIEBER, *The International Handbook on Computer Crime*, pp. 26 ss., y “Documentación para una aproximación al delito informático”, p. 66, tras participar en la Comisión encargada de redactar la recomendación de la OCDE, y aun cuando en sus primeros trabajos se limitara a establecer una definición de delitos informáticos de carácter patrimonial (SIEBER, *Computerkriminalität und Strafrecht*, p. 188).

denominado *hacking* blanco, cuya caracterización como delictiva es discutible y discutida en los distintos ordenamientos penales, lo que dificulta más aún la propia conceptualización del delito informático. La pretensión del concepto de la OCDE de abarcar conductas tanto penales como extrapenales ha restado virtualidad operativa al mismo y favorecido su progresivo abandono en sede penal.

En todo caso, autores como SIEBER, a pesar de adoptar este concepto amplio de delito informático, terminan clasificando los ilícitos informáticos en dos grupos: los delitos patrimoniales vinculados con la informática y aquellos con relación a la acumulación de datos de carácter personal en los sistemas informáticos, mencionando, sin indagar demasiado en ellos, la problemática que podía surgir con la posible comisión de delitos contra intereses supraindividuales, o de cualquier otro tipo, a través de los ordenadores¹⁹.

A pesar de que varios autores, apoyándose en la necesidad de un concepto amplio de delito informático, adoptaron un concepto similar al antes descrito²⁰, una parte de la doctrina no tardó en poner de relieve, por un lado, la excesiva amplitud del concepto y, por otro, la escasez de valor que dicha definición aporta en términos estrictamente técnico-penales, ya que se pueden incluir en el mismo tanto conductas típicas como conductas que no encajan en la definición de delito que establezca cada Código penal²¹.

A finales de la década de los ochenta ROMEO CASABONA, tratando de superar las definiciones arriba expuestas, puso de relieve que no se podía considerar la existencia de un significado general predicable al delito o abuso informático. No puede hablarse de un delito informático, dirá, sino de una pluralidad de ellos, en los que la única nota común es su vinculación de alguna manera con los ordenadores. No se trata de delitos que tengan un único bien jurídico común, añadía, ni la forma de comisión del hecho presenta siempre características semejantes, porque en ocasiones estamos ante delitos en los que el instrumento mediante el que se realizan las conductas es de naturaleza informática, mientras que en otras ocasiones el elemento de naturaleza informática lo aporta el propio objeto del delito. Por eso, considera más acertado hablar de delincuencia informática o de delincuencia vinculada al ordenador o a las tecnologías de la información²².

Quizás la aportación más importante de este autor, en este contexto, sea justamente la idea de que la delincuencia informática o los delitos relacionados con la misma indican un aspecto de la criminalidad caracterizado por las especificidades aportadas por las funciones propias del ordenador de procesamiento y transmisión

19. SIEBER, *The International Handbook on Computer Crime*, pp. 3 ss.

20. Después de sus primeras definiciones centradas en el aspecto patrimonial, autores tan importantes como TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, pp. 122 ss. acabarían definiendo la criminalidad informática atendiendo todo tipo de actos antijurídicos según la ley penal vigente o socialmente perjudiciales y por eso penalizables en el futuro realizados con el empleo de un equipo de procesamiento de datos.

21. Véase en este sentido, GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, pp. 56 ss.

22. Así, ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, pp. 42 ss.

automatizados de datos y la confección y/o utilización de programas para tales fines²³. Cualquier conducta que no tenga relación con esas funciones aunque se trate de una conducta delictiva, o deba considerarse su sanción, no deberá a juicio de ROMEO formar parte de la delincuencia informática, careciendo de importancia a su juicio si en la comisión del hecho el ordenador es el objeto sobre el que recae la conducta o el medio para cometerla, e incluso considerando irrelevante para la definición de la delincuencia informática, aunque no para el estudio de la misma, que la conducta pueda ser considerada delictiva o sea merecedora de serlo²⁴.

Poco después, también extensamente, GUTIÉRREZ FRANCÉS²⁵ se ocupó de los problemas de definición que planteaba el delito informático. Y, si bien el ámbito que introdujo a la autora en el análisis del concepto de delincuencia informática fue el del fraude informático, en su enfoque conceptual no se centró únicamente en la delincuencia informática patrimonial, poniendo de relieve, como ya otros muchos autores, que los sistemas informáticos y todos sus componentes no sólo pueden ser el medio a través del que se cometen los delitos en cuestión, sino que ellos mismos pueden ser objeto de un delito. La autora puso de relieve, mediante varios ejemplos, que prácticamente cualquier delito puede ser cometido utilizando sistemas informáticos y, por ello, descarta de antemano que en la definición de delito informático quepa incluirse todos los delitos en los que de alguna manera pueda aparecer involucrado un ordenador, pues cualquier delito podría entonces calificarse como informático.

Por otra parte, y en la línea ya avanzada por ROMEO CASABONA, la autora considera inadecuado el término “delito” porque tiene un significado muy específico en Derecho penal que no se ajusta a algunas conductas clasificadas en ocasiones como delitos informáticos pero que no tienen su encuadre en ninguna conducta tipificada penalmente. Por eso acabará explicando que no puede hablarse de un único delito informático, sino de una pluralidad de ellos, en los que la única nota común es la vinculación de alguna manera con los ordenadores, en concreto con las funciones propias del ordenador de procesamiento y transmisión automatizados de datos y la confección y/o utilización de programas para ello, sin que, sin embargo, sea el bien jurídico el mismo en todos los delitos informáticos ni presenten sus formas de comisión siempre las mismas características. En este sentido señala expresamente que es mejor recurrir a formulas menos rígidas, como la de “delincuencia informática”, que reflejen el carácter criminológico de las conductas, para incluir así tanto a las conductas tipificadas como las merecedoras de serlo de *lege ferenda*.

23. Véase en este sentido, en Italia, entre otros, ZICCARDI, “Il diritto dell’informatica”, p. 332, que tratando también de poner el énfasis en la parte técnica de los ordenadores o sistemas informáticos, aunque con un carácter diferente, define el delito informático como cada acto ilegal para cuya realización resulta esencial el conocimiento de la tecnología informática.

24. ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica*, p. 43.

25. GUTIÉRREZ FRANCÉS, *Fraude informático y estafa*, pp. 49 ss.

IV. DELINCUENCIA INFORMÁTICA, CRIMINALIDAD INFORMÁTICA O DELITOS INFORMÁTICOS COMO ALTERNATIVAS AL DELITO INFORMÁTICO

En las primeras definiciones de “delito informático” que se han ido aportado por la doctrina no ha resultado fácil concretar un único concepto de delito informático; por ello, en la actualidad niega un sector de la doctrina la existencia de este concepto y, con ello, de esta tipología delictiva, prefiriendo utilizar para abarcar todo este conjunto de comportamientos que tienen que ver con la informática, de uno u otro modo, expresiones como “Delincuencia informática”, “Criminalidad informática” o, simplemente, en plural, “Delitos informáticos”.

Con argumentos similares a los aportados a principios de los noventa por varios autores, son ya ahora muchos los autores que se decantan por expresiones que eludan el término “delito”, por la problemática antes apuntada en relación con las limitaciones que la utilización de un término que hace referencia a una realidad jurídica positiva conlleva: si sólo es delito lo que la ley penal establece como tal y en ella no existe referencia alguna al delito informático, no podría afirmarse, cuando menos en el ordenamiento español, como en otros muchos, que exista tal delito²⁶. Se añade, además, que tampoco existe un Título en el Código Penal sobre los delitos informáticos, encontrándose las distintas conductas vinculadas de una u otra manera con los sistemas informáticos, ya sea por el medio de comisión, ya por el objeto del delito ya incluso por ambos aspectos, dispersas en diferentes Títulos del Código, en una ubicación en que lo que prima es el bien jurídico afectado²⁷.

Por ello la doctrina quizás hoy mayoritaria prefiere acudir a aquellas expresiones de “delincuencia informática” o “criminalidad informática” para incluir en ellas todos los comportamientos en los que un sistema informático sea el medio para lesionar un bien jurídico, cualquiera, y todos aquéllos en que dicho sistema sea él mismo el propio objeto sobre el que recae la acción delictiva²⁸. Algunos autores añadirán la exigencia de que además las conductas incluíbles en tales expresiones reúnan los requisitos que delimitan el concepto de delito²⁹. Y otros, incluso, aun aceptando la heterogeneidad de estas conductas, dejan fuera del grupo aquéllas en las que los sistemas informáticos, o la información en ellos contenida, es el objeto sobre el que recae la conducta delictiva³⁰.

26. Véase, en la doctrina española, entre otros, MORANT VIDAL, *Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías*, p. 42; o ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, pp. 13 ss.

27. Así, GONZÁLEZ DE CHAVES CALAMITA, “El llamado delito informático”, pp. 45 ss.; MATA Y MARTÍN *Delincuencia informática y Derecho Penal*, pp. 21 ss.; y ROMEO CASABONA, “De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal” pp. 6 ss.

28. Por todos, ÁLVAREZ VIZCAYA, “Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del derecho penal en la Red”, p. 257.

29. Véase BAÓN RAMÍREZ, “Visión general de la informática en el nuevo Código Penal”, p. 88; MONTERDE FERRER, “Especial consideración de los atentados por medios informáticos contra la intimidad y privacidad”, p. 196; o PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y Derecho*, p. 75.

30. Así, por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, “Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos”, p. 69, definiendo la “criminalidad informática” como el conjunto de “actos, antijurídicos según la ley penal vigente, realizados con el empleo de un equipo automático de procesamiento de datos”.

V. CIBERDELITOS

Con la expansión mundial de Internet desde algunos sectores se ha confirmado que ésta facilita la comisión de delitos, aunque su consolidación no haya implicado la aparición de nuevas conductas antisociales o ilícitas. Las clásicas figuras delictivas, ya presentes antes de su irrupción en nuestra realidad diaria, simplemente se han encontrado con un nuevo canal o medio que facilita enormemente su comisión, aunque también su persecución y enjuiciamiento³¹.

Ello no obstante, la generalización del uso de Redes de transmisión de datos, en realidad sobre todo de Internet, ha favorecido la utilización de nuevos conceptos en los análisis de lo que puede considerarse es el Derecho Penal informático, al menos en sentido si no conceptual, sí descriptivo. Así, un sector de la doctrina empieza a prescindir incluso del término delito informático (o delincuencia informática, si se niega la existencia de aquél) para sustituirlo por otros como ciberdelito, ciberdelitos, cibercriminalidad, etc.

El término “cibercrimen” se ha señalado que describe “el conjunto de conductas relativas al acceso, apropiación, intercambio y puesta a disposición de información en redes telemáticas, las cuales constituyen su entorno comisivo, perpetradas sin el consentimiento o autorización exigibles o utilizando información de contenido ilícito, pudiendo afectar a bienes jurídicos diversos de naturaleza individual o supraindividual”³². Estaríamos ante una nueva generación de delitos, que en lugar de tener una vinculación con los sistemas informáticos, o, mejor, además de tenerla, se caracterizan por la vinculación que tienen con el uso de redes de transmisión de datos, siendo su relación con los sistemas informáticos secundaria respecto a la que tienen con las redes de transmisión de datos. Es, por eso, esta vinculación con las Redes de transmisión de datos lo que les otorgaría su carácter específico³³.

En todo caso, no puede negarse que todo lo que es cibernético o telemático es también, al mismo tiempo, informático, mientras que no ocurre lo mismo en sentido inverso, siendo por tanto mucho más omnicomprensiva esta última categoría.

VI. POSIBLES BIENES JURÍDICOS EN EL DELITO INFORMÁTICO

A pesar de las discrepancias doctrinales ya comentadas en torno a la existencia o no de un concepto de “delito informático”, cada vez son más las voces doctrinales que en el ámbito de la delincuencia informática sostienen la necesidad de creación de una nueva categoría jurídica penal que abarque las conductas vinculadas con el hecho informático, entendiendo que no estamos sólo –o no en absoluto– ante la lesión de bienes

31. Véase, por todos, FERNÁNDEZ TERUELO, “La sanción penal de la pornografía infantil a través de Internet”, p. 250.

32. Expresamente, ROMEO CASABONA, “De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal”, p. 11. Algún autor, como TOSATO, “Panorama di giurisprudenza sui reati informatici”, p. 446, ha utilizado, en lugar de la expresión “ciberdelito”, el término “delito cuasinformático” para referirse a la misma realidad delictiva.

33. Así, el propio ROMEO CASABONA, “De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal”, p. 10.

jurídicos tradicionales, sino ante la lesión de un nuevo interés que merece ser objeto de atención también por el Derecho Penal.

Esta idea, extendida cada vez más entre los nuevos autores no conlleva, sin embargo, una unidad de criterio a la hora de entender cómo debe explicarse este interés y cómo debe definirse el bien jurídico penal a que pretende hacerse referencia. Las distintas posturas al respecto, no siempre tan divergentes, son básicamente las siguientes.

1. La Seguridad Informática

La primera de las interpretaciones hace hincapié en la seguridad informática como bien jurídico colectivo a tutelar, objeto de ataque con las conductas vinculadas a la cuestión informática. Se trata de un bien, se dirá, cuya protección evita la lesión de una serie de bienes jurídicos de carácter individual puestos en peligro con tales conductas atentatorias contra la seguridad de las redes y sistemas informáticos, pero no siempre efectivamente dañados³⁴. La extensión en el uso de redes y sistemas informáticos, se dirá en otros términos, imprescindibles hoy para el desarrollo económico y social, para el correcto funcionamiento del ámbito tanto público como privado, hace que la protección de su seguridad sirva como medio para proteger otros bienes de carácter individual (patrimonio, intimidad, libertad sexual, honor, etc.) e, incluso, otros bienes de carácter supraindividual (orden público, paz pública, seguridad del Estado)³⁵. Pero es esta expansión y dependencia social de las TICs las que hacen que un ataque a ellas deba ser considerado en sí mismo como un ataque a un nuevo bien jurídico colectivo. Cuando se daña un sistema informático concreto, se señala, no sólo se daña un bien jurídico individual, sino que se generan riesgos para toda la comunidad de usuarios³⁶.

Se trata, por tanto, de un bien jurídico de naturaleza colectiva, indisponible, como tal, por el individuo concreto, que no encuentra suficiente protección mediante la salvaguarda en exclusiva de bienes jurídicos de naturaleza individual, pues muchas veces, al margen de otras consideraciones, no existirá la voluntad lesiva de dañarlos de manera efectiva, lo que no empece que pueda entenderse idóneo un adelantamiento de las barreras de protección a la de meras situaciones de peligro para lo cual esta perspectiva puede ser eficaz³⁷.

34. Véase CARRASCO ANDRINO, "El acceso ilícito a un sistema informático", pp. 342 ss., basándose en la legislación europea e internacional en materia de delincuencia informática.

35. Así, DEL MORAL TORES, en "El coste del delito informático", p. 89.

36. En este sentido, CARRASCO ANDRINO, "El acceso ilícito a un sistema informático", p. 344, destacando, además de este carácter instrumental de la seguridad informática como medio de tutelar otros intereses, la insuficiencia de los ordenamientos actuales para abordar la protección de nuevos riesgos que no cubre en sí la de tales intereses individuales; véase también MORILLAS FERNÁNDEZ, en *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, pp. 109 ss.

37. Extensamente, PICOTTI, "Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati", pp. 70 ss.

2. Integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos

En un sentido bastante similar, otros autores hablan de la necesidad de proteger la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los sistemas informáticos y de los datos contenidos en ellos.

Se toma en consideración la informatización de todos los datos, tanto pública como privada, y la necesidad de poder confiar en su autenticidad y en su disponibilidad plena como garantía para un desarrollo económico y social acorde a los tiempos actuales. Esto es lo que garantizaría la tutela de la incolumidad de los datos, de su libre disposición y de su mantenimiento en los términos en que los ha configurado su titular, bien jurídico también de carácter supraindividual que adelanta la intervención penal en cuanto al mismo tiempo es instrumental respecto de otros bienes jurídicos que pueden verse dañados o en peligro con el menoscabo de la accesibilidad, integridad o confidencialidad de determinados datos³⁸.

3. Intimidad informática

La consideración del bien jurídico intimidad informática –*habeas data* o autodeterminación informática– se ha contemplado de un modo especial en la doctrina italiana –téngase en cuenta que en este ordenamiento se contempla el delito de acceso abusivo a un sistema informático, sin ulterior lesividad, ya desde el año 1993–, que entiende que lo que ha de protegerse frente a esta clase de conductas vinculado al hecho informático es, principalmente, el bien jurídico individual “intimidad e inviolabilidad informáticas”, como una nueva vertiente, si se quiere, de lo que es el domicilio físico de cada persona. Ello sin perjuicio de que además se reconozca que la protección haya de ir encaminada a garantizar, también, la seguridad y la integridad de los sistemas informáticos, es decir, la seguridad informática³⁹.

La intimidad informática –por algunos denominada libertad informática– se plantea como bien jurídico autónomo y diferenciado, de naturaleza estrictamente informática, merecedor y necesitado de protección penal específica. Su contenido central vendría dado por el derecho del individuo a decidir qué información personal se puede difundir sobre él y su familia y cuál pueda ser el destino de esta difusión. Pero, en realidad, estamos ante un derecho complementario del que tradicionalmente trata de garantizar la tutela de la intimidad en su sentido más amplio, simplemente vinculado al desarrollo concreto de la informática.

En todo caso, y esto es lo importante frente a otro tipo de posturas, no se trata sólo de reconocer el derecho de excluir a los demás de un determinado ámbito que el titular considera reservado y que ha de protegerse frente a intromisiones indeseadas, sino de un poder positivo de control sobre la información personal que los demás pueden tener de cada uno y sobre el uso que puedan hacer de la misma. Por eso se

38. RODRÍGUEZ MORULLO/ALONSO GALLO/LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Derecho Penal e Internet”, pp. 259 ss.

39. Véase FLOR, “Permanenza non autorizzata in un sistema informatico o telematico, violazione del segreto d'ufficio e concorso nel reato da parte dell'extraneus”, pp. 1518 ss.

entiende necesario este nuevo concepto, entendiendo que lo que pretende abarcar no está suficientemente garantizado ni por los tradicionales medios de tutela de la propiedad o la posesión de las cosas materiales, ni por la protección prestada al secreto, a la intimidad personal y domiciliaria o a otro tipo de bienes inmateriales⁴⁰.

4. Otras propuestas

En un sentido parecido se apunta como nuevo bien jurídico de carácter supraindividual característico de los delitos informáticos la confianza en el funcionamiento de los sistemas informatizados. Como ya se ha mencionado en relación a las propuestas que aluden a la idea de la seguridad informática, los delitos vinculados con la informática no sólo dañan en su comisión bienes jurídicos individuales y concretos; su comisión también pone en peligro la confianza de la sociedad en el buen funcionamiento de los sistemas informáticos y de las redes de transmisión de datos. La gravedad de este quebrantamiento de confianza radica, precisamente, en la dependencia de la sociedad actual respecto de las TICs para el desarrollo personal, económico y social de los individuos⁴¹.

QUINTERO OLIVARES afirma, por su parte, que la tecnología de Internet es en sí misma un nuevo bien jurídico a proteger por el ordenamiento; un nuevo bien jurídico de primera magnitud, dirá⁴².

ROVIRA aludirá a la información sobre la información como nuevo bien jurídico supraindividual, primordial y básico en su opinión –aunque matizando que no será el único que lesionen las conductas vinculadas con la informática–, que trata de garantizar el acceso y conocimiento de la información que uno posee y que permite calificar todas las conductas que atenten contra ella como delitos informáticos⁴³.

Y ROMEO CASABONA, en propuesta de *lege ferenda* respecto a algunas conductas vinculadas con las nuevas tecnologías que aun no tienen cabida en nuestro Código Penal, acude a la expresión “comunicación pacífica a través de las redes telemáticas, con independencia de las garantías y protección que puedan ofrecerse a otros bienes jurídicos como la intimidad y los datos de carácter personal” para intentar definir un nuevo objeto de tutela, en el afán, dirá, de ofrecer una protección jurídica más intensa, entre otras, a las comunicaciones personales en cuanto tales, así como a las actividades de producción y consumo de información en las redes⁴⁴.

Se ha destacado asimismo que mediante el delito informático se dañan bienes tanto personales como patrimoniales y que, sin reconocer con ello que estemos ante conductas que atenten contra un específico bien jurídico, nos encontramos por ello

40. Ampliamente, PICOTTI, “Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati”, *Il diritto penale della informatica nell'epoca de internet*, pp. 78 ss.

41. Véase CORCOY BIDASOLO, “Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos”, pp. 9 s.

42. QUINTERO OLIVARES, “Internet y propiedad intelectual”, p. 375.

43. ROVIRA DEL CANTO, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, pp. 70 ss.

44. ROMEO CASABONA, “Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos”, pp. 189 ss.

ante una categoría penal autónoma en la que el objeto de protección coincide no obstante con el de los tipos tradicionales que están siendo adaptados a las nuevas tecnologías⁴⁵.

VII. DISTINCIÓN ENTRE DELITOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LA INFORMÁTICA Y DELITOS COMETIDOS CONTRA LA INFORMÁTICA

Sigue siendo frecuente, con todo, la distinción de muchos autores entre delitos relacionados con la informática en cuanto ésta constituye medio idóneo para la realización de los mismos y delitos en los que la informática es objeto del delito o la infracción, como ya se ha expuesto en las líneas anteriores, incluyendo en el concepto de delito informático tanto unos como otros⁴⁶ o, por el contrario, sólo unos u otros⁴⁷.

Esta distinción, la más frecuente, no impide reconocer, sin embargo, un tercer grupo de delitos que hace referencia a los otros dos, en cuanto en ocasiones nos encontramos con delitos cometidos contra y a través de los sistemas informáticos e incluso un cuarto en el que podrían incluirse los delitos contra la propiedad intelectual de nuevos bienes de naturaleza informáticos (propiedad intelectual e industrial de programas, nombres de dominio, topografías de productos semiconductores, etc.)⁴⁸.

Es cierto que estas distinciones pueden servir para hacer una exposición más clara de los delitos que en su comisión, sea por el medio, sea por el objeto o sea por ambos, tienen una vinculación con los sistemas informáticos. Pero también lo es que las mismas no terminan de abordar el problema de la concreción de un delito informático con un bien jurídico concreto a proteger frente al mismo y que, en este sentido, no acaba de tener sino una validez de exposición del conjunto de conductas a tener en cuenta sin que acabe de abordar, sin embargo, cuáles de ellas puede entenderse atentan contra algo que sea realmente nuevo, no en su realidad, pero sí al menos en cuanto a su necesidad de tutela penal⁴⁹.

VIII. CONCLUSIÓN

Dada la extensión del uso de los ordenadores y de las redes de transmisión de datos en la mayoría de ámbitos de nuestra sociedad, todos o prácticamente todos los delitos pueden cometerse a través de un sistema informático; en este sentido, las conductas ilícitas vinculadas con los sistemas informáticos son muchas y heterogéneas.

45. Así, por ejemplo, GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, "El fraude informático en España e Italia. Tratamiento jurídico-penal y criminológico", pp. 291 s.

46. Expresamente, JOVER PADRÓ, "El Código Penal de la informática", p. 350.

47. Véase CHOCLÁN MONTALVO, "Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos" p. 69.

48. Clasificación utilizada a fin de poder ofrecer una sistemática visión lo más completa posible de todos los delitos vinculados a las TICs por DE LA MATA BARRANCO, "Los delitos vinculados a las tecnologías de la información y la comunicación en el Código Penal: panorámica general", pp. 49 ss.

49. Véase RODRÍGUEZ MOURULLO/LASCURAÍN SÁNCHEZ/ALONSO GALLO, "Derecho Penal e Internet", *Régimen jurídico de Internet*, pp. 259 ss.

Puede aceptarse también la existencia de una categoría criminológica que englobe las conductas penalmente relevantes vinculadas a la informática, que, sin mayores precisiones, cabe denominar “delincuencia informática”, pero sin que la expresión indique otra cosa que la referencia a un modo criminal de actuación, propio de los nuevos tiempos, en las que los autores del delito se sirven de modos de comisión diferentes de los tradicionales, lo que conlleva que puedan tratar de predicarse diferentes características tanto de ellos, como de posibles víctimas, aspectos procesales a considerar, etc.

En todo caso, ello no impide que, al mismo tiempo, pueda intentar considerarse la posibilidad de profundizar en la definición de un nuevo bien jurídico, vinculado con la digitalización de la información, susceptible, merecedor y necesitado de tutela penal, dada la trascendencia que en nuestra sociedad actual están adquiriendo los ordenadores, en sus diferentes manifestaciones, para el desarrollo individual, económico y social de sus ciudadanos.

La idea de un bien jurídico sustantivo vinculado al hecho informático no va a suponer que cualquier conducta delictiva relacionada con las nuevas tecnologías deba necesariamente suponerse lesiona este bien jurídico y, por tanto, ser ubicada entre los delitos informáticos. Muchas de las conductas que sin duda pueden incluirse entre lo que es la delincuencia informática, como categoría criminológica, dañan únicamente bienes jurídicos tradicionales, bien es cierto que a través de nuevos medios más sofisticados, pero nada más.

Otras conductas, en cambio, sí implican algo más: ese menoscabo que tratan de explicar quienes aluden a los nuevos intereses que menoscaba quien atenta contra sistemas o datos informáticos, que deberá concretarse, en mi opinión, teniendo en cuenta sobre todo la necesidad de garantizar la integridad, confidencialidad y accesibilidad de los mismos, que de alguna manera es lo que todos los autores, con diferencias de matiz, tratan de tener en cuenta desde sus diferentes posturas. Sin perjuicio de aceptar que, además, las conductas a considerar puedan dañar otros intereses tradicionalmente objeto de atención en sede penal, lo que no siempre, sin embargo, tendrá que ocurrir (así, por ejemplo, de aceptarse la necesidad de su punición, en el caso del *hacking* blanco o de ataques *DOS*).

Parece existir, en síntesis, una categoría criminológica que puede denominarse criminalidad informática, delincuencia informática o delitos informáticos, que incluye todas las conductas sancionadas por el Código Penal que tengan vinculación con la informática bien en su medio comisivo, bien en el objeto sobre el que recae la conducta, bien en ambos u otros ilícitos que en su momento puedan entrar a formar parte de él. Pero también es posible, y parece que aconsejable, insistir en el estudio sobre la conveniencia de proteger también un nuevo bien jurídico vinculado a lo informático, que todavía no aparece claramente definido en la legislación penal pero a favor del cual parece apostar cada vez más la doctrina que se ha detenido en estas cuestiones.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: “Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del derecho penal en la red”, en *Cuadernos de derecho judicial*, 10, 2001, 255-280.
- BAÓN RAMÍREZ, R.: “Visión general de la informática en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de derecho judicial*, 11, 1996, 77-100.

- BEQUAI, A.: *Computer Crime*, Massachussetts, 1978.
- BEQUAI, A.: *White-Collar Crime: a 20th-Century Crisis*, Massachussetts, 1978.
- CAMACHO LOSA: *El delito informático*, Madrid, 1987.
- CARRASCO ANDRINO, M.M.: “El acceso ilícito a un sistema informático”, en *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, 341-365.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: “Infracciones patrimoniales en los procesos de transferencia de datos”, en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, 2006, 69-95.
- CONSEJO DE EUROPA: *Organised crime in Europe: the threat of cybercrime. Situation report 2004*, Francia, 2005.
- CORCOY BIDASOLO, M.: “Problemas de la persecución penal de los denominado delitos informáticos”, en *Eguzkilore*, 21, 2007, 7-33.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J.: “Los delitos vinculados a las tecnologías de la información y la comunicación en el Código Penal: panorámica general”, en *Delito e informática: algunos aspectos*, Bilbao, 2007, 41-82.
- DEL MORAL TORES, A.: “El coste del delito informático” en *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, 23, 2001, 85-92.
- DI GIORGI, R. M./RAGONA, M.: “L’informatica giuridica” en *L’informatica del diritto*, Milano, 2004, 3-17.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G.: “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de Internet” en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 20, 2002, 249-276.
- FERREYROS SOTO, C.: “Aspectos metodológicos del delito informático” en *Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático*, 9-11, 1996, 407-412.
- FLOR, R.: “Permanenza non autorizzata in un sistema informatico o telematico, violazione del segreto d’ufficio e concorso nel reato da parte dell’extraneus”, en *Cassazione Penale*, 2009, 4, 1509-1525.
- GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.: “El fraude informático en España e Italia. Tratamiento jurídico-penal y criminológico”, en *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 74, 2008, 289-308.
- GONZÁLEZ DE CHAVES CALAMITA, M. E.: “El llamado delito informático”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, 21, 2004, 45-65.
- GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 12, 1986, 107-164.
- GONZÁLEZ RUS, J.J.: “Precisiones conceptuales y político-criminales sobre la intervención penal en Internet”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, 4, 2007, 13-41.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L.: *Fraude informático y estafa*, Madrid, 1991.
- IASELLI, M.: *Informatica giuridica*, Napoli, 2002.
- JOVER PADRÓ, J.: “El Código Penal de la informática”, en *X años de encuentros sobre informática y derecho, 1996-1997*, Pamplona, 1997, 349-370.

- MARTINO, A.A.: en "Informatica e Diritto: farfugliato, imbricato rapporto", en *Informatica giuridica. Nuove tematiche di diritto dell'informatica ed Internet*, Napoli, 2001, 7-33.
- MATA Y MARTÍN, R. M.: *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid, 2001.
- MONTERDE FERRER, F.: "Especial consideración de los atentados por medios informáticos contra la intimidad y privacidad", en *Cuadernos de derecho judicial*, 3, 2006, 191-266.
- MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, 1984.
- MORANT VIDAL, J.: *Protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías*, Valencia, 2003.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid, 2005.
- ORTS BERENGUER, E./ROIG TORRES, M.: *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001.
- PARKER, D.B.: *Crime by computer*, New York, 1976.
- PÉREZ LUÑO, A.E.: *Manual de informática y Derecho*, Barcelona, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G.: "Internet y propiedad intelectual", en *Cuadernos de derecho judicial*, 10, 2001, 367-398.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G./LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A./ALONSO GALLO, J.: "Derecho Penal e Internet", en *Régimen jurídico de internet*, Madrid, 2001, 257-310.
- ROMEO CASABONA, C. M.: *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid, 1988.
- ROMEO CASABONA, C. M.: "De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal", en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, 2006, 1-42.
- ROMEO CASABONA: "Los datos de carácter personal como bienes jurídicos penalmente protegidos", en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, 2006, 167-190.
- ROVIRA DEL CANTO, E.: *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada, 2002.
- SIEBER, U.: *Computerkriminalität und Strafrecht*, Köln, 1980.
- SIEBER, U.: *The International Handbook on Computer Crime*, Chichester, 1986.
- SIEBER, U.: *La délinquance informatique*, Bruxelles, 1990.
- TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985.
- TIEDEMANN, K.: "La criminalidad económica como objeto de investigación", en *Cuadernos de Política Criminal*, 19, 1983, 171-184.
- TOSATO, L.: "Panorama di giurisprudenza sui reati informatici", en *L'Indice penale*, 2001, 1, 445-462.
- ZICCARDI, G.: "Il diritto dell'informatica", en *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, Bologna, 2000, XIII-XVI.
- ZICCARDI, G.: "Il diritto dell'informatica", en *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, Bologna, 2000, 323-355.

¿QUÉ INTERÉS LESIONAN LAS CONDUCTAS DE CORRUPCIÓN?

Norberto J. DE LA MATA BARRANCO

*Doctor en Derecho y Licenciado en Criminología
Catedrático de Derecho Penal
Universidad del País Vasco*

De nuevo retomando un tema que me parece de especial interés en estos tiempos, a pesar de que en ocasiones las posiciones doctrinales que se mantienen sobre determinadas cuestiones pueden chocar con lo que es la opinión general o no ser bien entendidas por ésta, pero insistiendo en la necesidad de seguir reivindicando la figura del “bien jurídico” como elemento nuclear del Derecho penal actual, sirvan estas líneas para contribuir al Homenaje que merecidamente se brinda a Antonio Beristain.

I

El fenómeno de la corrupción debiera ser relevante, desde un punto de vista jurídico-penal, no tanto, o en absoluto, por el enriquecimiento patrimonial que conlleva para quienes participan de él, sino por el perjuicio que pueda generar para intereses merecedores y necesitados de tutela. Esta perspectiva no puede dejar de atenderse desde el Derecho penal, al menos por quienes sigan creyendo en la institución del bien jurídico –en cuanto a su contenido material– como pilar fundamental en la construcción del mismo.

Sin embargo, esto es algo de lo que a menudo se prescinde. Y así se observa a simple vista si nos fijamos en las reformas que en esta sede se están produciendo en buen número de ordenamientos jurídicos y en las invitaciones que, a nivel americano o europeo, realizan organizaciones de carácter supraestatal para abordar dicho fenómeno desde diferentes ángulos, muy diversos, que lo único que tienen en común es el extender el campo de intervención penal sin que en ocasiones se sepa con qué justificación.

Todavía hoy, y a pesar de nuevos campos de actuación, es la corrupción en el funcionamiento de la Administración Pública la que seguramente continúa mereciendo mayor atención por parte de los diferentes legisladores en el Derecho comparado.

En este ámbito, se dice que la corrupción se produce cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales no se utiliza correctamente, al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal. De acuerdo, pero, ¿en qué se traduce ese desvío del ejercicio público y por qué ha de responderse a él penalmente? Si no acertamos a definir el interés que se lesiona o se pone en peligro con ese desvío o no podemos predicar del que se describa su susceptibilidad de tutela penal toda intervención en este ámbito debiera estar vetada.

Frecuentemente se insiste en la dificultad de encontrar un único bien jurídico como objeto de tutela de las distintas figuras de corrupción en su sentido más estricto –de cohecho, si se prefiere–, propia e impropia, del funcionario –pasiva– o al funcionario –activa–, especialmente por la tipificación de conductas, cuya legitimidad puede cuestionarse, vinculadas más que a la idea de una correcta gestión administrativa a cuestiones de carácter ético en relación con un enriquecimiento ilícito del funcionario que también podrá surgir, no obstante, con otras muchas formas de corrupción –en sentido más genérico– que no requieren una relación ilícita entre funcionario y particular –prevaricaciones, malversaciones o peculados, concusiones o abusos en el cargo de cualquier clase– diferentes de lo que representa en sí el cohecho, y cuyo único denominador común se cifra justamente en este enriquecimiento y en el intento por evitar toda clase de colusión entre la función pública y el interés privado. Pero que con los delitos de cohecho se persiga la finalidad de eliminar la corrupción en la Administración Pública no implica considerar que el bien jurídico sea, por ejemplo, el interés en evitar que los funcionarios ejerciten sus funciones en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos, pues éste puede no reunir las características que han de predicarse de todo objeto de tutela penal. Habrá de concretarse no ya sólo, aunque también, qué es la corrupción –en lo que existe amplio consenso–, sino en qué medida –con objeto de tutelar qué interés capaz, necesitado y merecedor de tutela– debe intervenir frente a ella un Derecho penal en absoluto legitimado para actuar ante conductas únicamente faltas de ética o contrarias a reglamentaciones funcionariales.

II

Vinculando directamente el delito de cohecho –o los delitos de cohecho, en sus diversas modalidades– con el propio concepto de corrupción, y atendiendo su consideración genérica como delito previsto para afrontar dicho fenómeno, ha sido recurrente considerar en las definiciones que se proponen del objeto de tutela del delito –sobre todo, pero no exclusivamente, en otras épocas– la idea de incorruptibilidad y, desde similar perspectiva, el interés que existe en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción. Ampla acogida ha tenido también en la doctrina el concepto de integridad.

Con acierto, sin embargo, se recuerda que la integridad del funcionario interesa en la medida en que afecte al correcto desenvolvimiento de la función que le compete, sin que pueda argumentarse a favor de estas posturas el que la consumación de determinadas figuras no exige la realización material de acto alguno por el funcionario público, pues tales provisiones pueden no responder sino a la voluntad de adelantar las barreras de protección penal y sin que con ello deje de ser dicha realización la razón por la que se estimen punibles las conductas descritas.

Las alusiones específicas a la idea de incorruptibilidad o integridad evocan en todo caso esa caracterización que tradicionalmente se ha venido haciendo de los delitos cometidos por los funcionarios públicos como delitos de infracción de un deber, en los que el bien tutelado se cifra precisamente en el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo o en el no quebrantamiento o dejación de los deberes que le son propios, como los de fidelidad, lealtad o probidad, términos similares a aquéllos y muy frecuentes en muchos autores.

Frente a ellas, y refiriendo la crítica específicamente al ámbito del cohecho, a menudo se insiste, sin embargo, en que este tipo de construcción cifra el bien jurídico en conceptos demasiado genéricos para ser de alguna utilidad, en cuanto no permite diferenciar los delitos de corrupción de otros delitos contra la Administración y dificulta la posibilidad de ofrecer un objeto de tutela común a las diferentes figuras de cohecho pasivo y activo.

Como es sabido, ha sido corriente de opinión extendida en Alemania la postura que desde la teoría del “deber del cargo” fundamenta el injusto de los delitos de funcionarios en la infracción del deber específico de su función. La referencia al mismo alude a un deber subjetivo originado por la particular relación que une al funcionario con el Estado, que en ocasiones se quiebra en un sentido de infidelidad, deslealtad o traición a la confianza que se deposita en él.

No obstante, es ya lugar común en la doctrina insistir en que la mera infracción de un deber no puede fundamentar la intervención penal si no se pone en relación con el sustrato del que deriva el mismo; y, en Derecho penal, con un determinado objeto de tutela sobre el que se proyecta la obligación de garantizar su indemnidad.

Ha de reiterarse una vez más la insuficiencia de la tesis del incumplimiento de deberes para explicar el contenido del injusto penal de los delitos contra la Administración. Y ello es especialmente importante en la interpretación del delito de cohecho por su, quizás en él más que en otros, aparente falta de lesividad material a intereses generales o particulares. Independientemente de cualquier otra consideración sobre cada particular objeto de protección, por su propia incapacidad para ello. De ahí que progresivamente se haya ido abriendo paso en la doctrina la crítica de que el incumplimiento de deberes de fidelidad y probidad en sí, de hecho existentes y relevantes, pueda constituir el contenido material del injusto de tales delitos.

Parece acertado, por ello, seguir ya de entrada las posturas que tratan de objetivar el deber del funcionario, negando que el injusto descansa en la lesión de la relación funcional y cifrándolo en el correcto ejercicio de la función pública, siempre desde la perspectiva de los ciudadanos, frente a los cuales el deber de la Administración y de sus funcionarios cobra auténtica relevancia penal.

El desvalor de la conducta típica y, por tanto, la relevancia de la cualidad del sujeto activo de quien se exige aquella integridad, aquella actuación conforme a los deberes que le son propios, ha de interpretarse desde la concreción del bien que objetivamente se pretende tutelar y sólo puede tenerse en cuenta –y así ocurre en todos los delitos especiales– para atender la mayor vulnerabilidad que frente a tal sujeto presente dicho bien. De ahí que de alguna manera pueda aludirse a la posición de garante que debe desempeñar frente al mismo. La mera deslealtad no puede fundamentar la intervención penal si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho deber, un objeto de

tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario. Cabe aceptar su relevancia, en cuanto podrá derivar en un incorrecto ejercicio de la actividad administrativa. Pero de tal aceptación no habrá que deducir la lesión del bien jurídico-penal tutelado siempre que el depositario de la función pública infrinja uno de sus deberes. De este modo, la relevancia de la infracción de los deberes del cargo se cifrará en la quiebra de la salvaguarda de un interés digno y merecedor de protección penal que compete particularmente a quien se encuentra en situación especial de dominio sobre dicho interés, enmarcado en los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración, un servicio que debe atender a imperativos de eficacia, legalidad y objetividad, entre otros.

III

Como han destacado ya numerosos autores, la denominación de los Títulos que en las diferentes legislaciones acogen estos delitos –contra la “Administración Pública”– recoge claramente la evolución doctrinal sobre su contenido, permitiendo huir de la concepción que los reduce a meras infracciones de las obligaciones de los funcionarios para con la Administración. No interesan las relaciones internas que se establezcan en ella, su estructuración orgánica y la vinculación del funcionario con la institución, sino el desarrollo de la propia función pública que, hoy en día, exige una acomodación a los parámetros constitucionales que delimitan su correcta gestión. Con ello se subraya que toda actividad pública está embebida de la noción de función orientada a la sociedad y se posibilita un criterio de delimitación respecto de las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas.

La priorización del elemento de la función pública por encima del elemento del deber tiene la virtud de situar en el centro de la protección penal un criterio de legitimidad material propio de la esencia del bien jurídico, que garantiza, con ello, su aspecto limitador del *ius puniendi* estatal.

Y, además, esta concepción permite negar que cada vez que el funcionario infrinja los deberes que conlleva el correcto ejercicio de la función deba considerarse lesionado el objeto de tutela y explicar satisfactoriamente la agrupación sistemática de esta clase de delitos, en alguno de los cuales –como en el mismo cohecho activo– no concurre la condición de funcionario en el sujeto activo, pero puede contribuir a afectar la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas.

Desde esta perspectiva, ha sido frecuente sobre todo entre los autores alemanes describir el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción, si bien no de forma exclusiva, aludiendo a la quiebra de la autoridad estatal, la autoridad de la Administración o la autoridad en el ejercicio estatal de funciones públicas. En las doctrinas española e italiana será usual referirse a la tutela de la buena imagen de las Administraciones públicas o de su dignidad y prestigio.

Las críticas que se efectúan contra este tipo de posturas inciden fundamentalmente en su dudosa legitimación desde las concepciones actuales del Derecho penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración a la que se concibe como fin en sí misma y no como organización al servicio del ciudadano, al margen de que, además, procuren criterios de concreción inseguros, genéricos, amplios o incluso vacíos de contenido para afirmar la relevancia penal de determinadas conductas. Es evidente

que cualquier comportamiento irregular del funcionario puede lesionar o poner en peligro el prestigio de la Administración –depende cómo se interprete éste–; pero por ello mismo estamos ante propuestas que en absoluto satisfacen ninguno de los aspectos fundamentales que el concepto central del bien jurídico exige al ordenamiento en orden a la precisión de los límites al *ius puniendi* estatal, al requisito de lesividad o peligrosidad de las acciones que pretenden penalizarse y a la necesidad de una correcta clasificación, desde el punto de vista material y valorativo, para la construcción de la Parte especial del Derecho penal.

Una postura también tradicional en la doctrina alemana ha venido vinculando el objeto de tutela del delito de cohecho a la protección de la voluntad estatal, que queda alterada o falsificada, se dirá, a través de los comportamientos corruptos, en cuanto la actuación de la Administración se distancia del respeto a la Ley y a las decisiones que deben producirse conforme a ella. Obviamente estamos ante un criterio que impide acoger la sanción de cohechos subsiguientes o incluso antecedentes cuando aparecen referidos a actos lícitos y, por tanto, adecuados a la voluntad estatal. Por eso se ha cuestionado la limitada perspectiva del criterio –otra cuestión es que se entienda que las conductas que no abarca deban permanecer impunes– y la necesidad de su integración en una propuesta más compleja.

IV

En todo caso, ya desde hace tiempo se insiste en la doctrina en que en la teorización que inspira la nueva perspectiva de enfoque de los delitos contra la Administración, ésta, en cuanto objeto de protección –en un Estado de Derecho, social y democrático– no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados.

En tal sentido, lo que se trata de tutelar no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social, sino su correcto funcionamiento para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. No estamos por tanto sólo ante un concepto objetivo y no subjetivo de la Administración, sino ante un concepto prestacional que exige delimitar sus fines y concretar los principios que informan la adopción de decisiones de su competencia, respecto a lo cual el respeto a las previsiones constitucionales es ineludible y, por consiguiente –primando según el caso unos u otros–, a los principios de coordinación, eficacia, imparcialidad, jerarquía, objetividad y, por supuesto, como concepto envolvente, legalidad.

Orientada la concreción del bien jurídico hacia una vertiente objetiva en la que se tenga en cuenta la Administración no en sí misma considerada sino en lo que representa en cuanto al servicio que debe prestar a los ciudadanos, la mayoría de la doctrina actual opta por considerar bien jurídico protegido de los delitos de corrupción, genéricamente, el buen funcionamiento de la Administración.

Como se afirma en la doctrina italiana, un buen funcionamiento de la Administración, entendido en términos de eficacia de la acción administrativa para la consecución de fines públicos y asociado, en este contexto, a la situación de ajenidad que respecto a intereses particulares ha de observarse en la actuación administrativa.

Sin embargo, sintetizando una crítica generalizada, se ha matizado también que al margen de que esta concepción no precisa el bien tutelado, que no puede entonces

desarrollar su función crítica e interpretativa, no permite, entre otras cosas, explicar, por ejemplo, concursos con el delito objeto de acuerdo, la punición de la corrupción subsiguiente, el cohecho impropio, el cohecho activo o la irrelevancia de la reserva mental del funcionario de no cumplir el acto objeto de acuerdo.

La alusión al correcto funcionamiento de la Administración, bien jurídico categorial o finalidad tuitiva común según diferentes terminologías, constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto de cada una de las figuras agrupadas entre los delitos “contra la Administración Pública”, insuficiente además para determinar la necesidad de tutela penal. El núcleo esencial del injusto de cada particular tipo penal de entre los que se enmarcan en la protección de la Administración deberá concretarse por ello a partir de las características esenciales del proceso o función administrativa de que se trate, esto es, sobre la base de los principios que inspiran cada sector de la actuación administrativa. Así, dicho funcionamiento se convierte en objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que puedan cifrarse de forma específica y, aceptado exclusivamente como punto de arranque para averiguar el objeto de protección concreto de estos delitos, ha de sustituirse por otros referentes más concretos.

V

Vinculado en cierta medida con las propuestas precedentes referidas a la tutela de la institución en sí, pero también como antecedente de las tesis más compartidas últimamente centradas en el funcionamiento de la misma, el concepto de limpieza o pureza del servicio público también ha sido utilizado a menudo para describir el objeto de tutela de los delitos de corrupción.

Sin embargo, como en el caso de la tutela de la dignidad y prestigio de la Administración, estamos ante posturas que prescinden del servicio que ésta ha de prestar a los ciudadanos, ofreciendo esa visión autoritaria a que antes se aludía, que acertadamente se insiste en rechazar. Pero es que, además, la pureza del ejercicio de la actividad pública no debe significar otra cosa en nuestro modelo constitucional que la actuación en dicho ejercicio de conformidad con los parámetros que concretan jurídicamente cómo ha de desarrollarse el mismo.

Desde este punto de vista, en la doctrina son numerosas las referencias a los principios de igualdad, legalidad y objetividad como bienes jurídicos protegidos en el delito de cohecho –o al menos en alguna de sus modalidades, en especial en relación con el cohecho propio–, alternativamente o, lo que será más frecuente, conjuntamente con otros.

Ha venido existiendo, sin embargo, un cierto acuerdo a la hora de entender que el núcleo fundamental del injusto en las diferentes figuras de cohecho reside en la obtención de un acuerdo ilícito, momento, se dirá, en el que lo que específicamente se conculca es el principio de imparcialidad, pues el funcionario se sitúa en una posición parcial respecto a la futura adopción de un acto propio del cargo –que será la que pueda afectar a aquellos principios–, tanto si, una vez formalizado el pacto, se posterga la efectiva recepción de la ventaja patrimonial, como si ésta se entrega al alcanzarse el acuerdo entre funcionario y particular.

La idea de imparcialidad –asociada al concepto de eficacia indiferente–, condición esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública según las previsiones constitucionales, se entiende en este contexto como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas o como deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados –con lo que en realidad no es sino una manifestación específica de la idea de legalidad–, cualquiera que sea su naturaleza, operando como límite externo al buen funcionamiento de la Administración al garantizar la ausencia de arbitrariedad y la desigualdad de tratamiento entre los sujetos destinatarios de los servicios que los Poderes Públicos vienen obligados a ofrecer a los ciudadanos.

Es cierto que la normativización del interés a tutelar posibilita una interpretación del delito despojada de componentes éticos o morales, así como la exclusión –o la restricción punitiva– de los supuestos en los que el citado interés no se vea seriamente afectado. Pero, si bien se ha señalado que el principio de imparcialidad viene preterido o puesto en peligro cada vez que los órganos de la Administración mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera de las formas previstas en la ley, sometiendo la función pública que desempeñan a la satisfacción directa o indirecta de intereses particulares, se ha criticado, acertadamente, que existen tipos de cohecho –en muchas legislaciones, incluidas la española– que o en absoluto o no necesariamente requieren una vulneración de la misma, lo que ya muchos autores no pueden dejar de reconocer, y que aunque la imparcialidad puede verse afectada por determinados comportamientos –no con conductas cuya finalidad o referencia sea, por ejemplo, la comisión de un delito que nada tenga que ver con ello–, no lo será más que la legalidad o la eficacia, según las diferentes modalidades del delito.

Realmente es difícil acertar a comprender en qué medida, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide –inducido o no– cometer un delito de falsificación, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva. La dádiva podrá motivar su conducta, facilitar un mayor empeño en su desarrollo o favorecer la creación de estructuras delictivas, pero que desde luego no es la lesividad del principio de imparcialidad lo que se representa el funcionario como elemento a captar por el dolo parece evidente, salvo en su caso en aquellas actuaciones delictivas relacionadas, por ejemplo, con delitos de prevaricación funcional o judicial o de ciertos abusos en el cargo, en función de la tipificación de cada Código. Cuando se produzca o se pretenda alguno de aquellos delitos, parece que será la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal –aunque sea respecto a estadios preparatorios–, pero no la existencia de la dádiva y la supuesta parcialidad que no se concreta a qué afecta.

Incluso en aquellas figuras de cohecho propio no vinculadas a la comisión posterior de un delito es difícil tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina. Las definiciones o explicaciones que aparecen en ésta, por regla general –y creo que sin excepciones–, se asocian a la toma de decisiones o actuaciones vinculadas a comportamientos injustos o arbitrarios –prevaricaciones o abusos de autoridad, según la denominación que a esta figura se da en las diferentes legislaciones– que, sin embargo, pueden no dar lugar a

esta clase de delitos, por ejemplo, y en el caso de la normativa española, por no representar resoluciones, no tener éstas un carácter arbitrario o no actuar el funcionario a sabiendas de su injusticia. Pero es precisamente esa actuación que se condiciona a la recepción de la dádiva –aunque la misma no se produzca finalmente o no exista desde un principio intención de realizar– la que se tiene en cuenta para aludir a la quiebra de la imparcialidad, sea desde una perspectiva de lesión sea desde la de un peligro más o menos concreto. Y de nuevo en tales casos no parece será, por tanto, la existencia de precio en sí lo que permite afirmar la vulneración del principio en cuestión. Sin embargo, téngase en cuenta que en tales casos la imparcialidad que se entiende menoscabada o puesta en peligro sólo es objeto de tutela cuando dicho precio exista, porque, en caso contrario, la ejecución de un acto ilícito pero no injusto o la omisión del acto debido puede no dar lugar a respuesta penal alguna –dependerá de cada legislación y así ocurre en el caso español–, con lo que entonces parece que lo que realmente le importa al legislador evitar no es el acuerdo injusto o la omisión indebida, sino la ventaja patrimonial obtenida con ello.

Y es que, además, si se admite que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege aquélla, lo que está claro, es que la imparcialidad sufre una metamorfosis por la que se convierte en un valor absoluto que tiene más en cuenta la idea de fidelidad del funcionario público. Y podemos encontrarnos incluso con la incriminación de un peligro de peligro para la imparcialidad: así, en la instigación a un supuesto de corrupción impropia respecto a un acto no ejecutado y más aún, cabe añadir, ante un peligro todavía más remoto, en caso de admitir la sanción de la complicidad en tales supuestos.

Por todo ello, parece que cuando se recurre a la idea de imparcialidad para definir el bien tutelado en las diferentes figuras de cohecho se piensa más en aquellas modalidades vinculadas a la conclusión de un acuerdo injusto que es el que, en definitiva, puede conllevar su quiebra. Y aun con todo, sólo en aquellos casos en que el mismo –no el que da lugar a un delito de falsificación o a uno de malversación– se relaciona con la adopción de una decisión no necesariamente constitutiva pero sí en la órbita de lo que tratan de tutelar delitos de carácter prevaricador o de abuso en el cargo. El carácter fragmentario del Derecho penal permite o aconseja restringir el ámbito de aplicación de éstos, por ejemplo –y así de nuevo en el caso español–, a comportamientos activos que tengan por objeto resoluciones arbitrarias, pero no puede negarse la vinculación con este delito de las conductas a que se hace referencia en varias de las figuras de corrupción que aluden a actuaciones injustas o contrarias a los deberes del cargo. Si cuando la dádiva se orienta a su realización y en tal caso se entiende vulnerado el principio de imparcialidad, desde luego que ello no se debe a la existencia de la misma, sino a la de tales conductas; que la dádiva no aporta un mayor contenido lesivo a la quiebra de la imparcialidad parece evidente. Pero si, por otra parte, vinculamos la tutela al peligro de que se pueda materializar la actuación injusta que, sin embargo, en sí a veces no se sanciona de forma independiente de no existir la dádiva –lo que ocurre con las conductas que describen los arts. 420 o 421 del Código penal español–, qué duda cabe que el motivo de la sanción habrá de cifrarse no en el peligro para la imparcialidad –cuya vulneración no le importa al legislador penal desde el momento en que no sanciona la ejecución del acto injusto o la omisión aisladas de dádiva a que se refieren ambos–, sino en alguna otra explicación asociada a la mera idea de la recepción de un precio por parte del funcionario público.

VI

Por eso, con cierto componente a mi juicio de infracción de un deber –que muchos autores intentan objetivar–, la definición del objeto de tutela se ha tratado de formular a menudo también desde la idea del abuso en sí en el ejercicio de la función pública, aludiendo a la confusión de intereses públicos y privados, a la utilización del cargo en interés propio o, si cabe aún más explícitamente en cuanto a lo que implica la perspectiva bilateral de la corrupción en sentido estricto, a la utilización del cargo para la obtención de un beneficio o lucro ilícito o a la venta de un acto a realizar en el ejercicio del cargo.

Estamos ante las tesis que, expresamente referidas a los delitos de cohecho o a figuras similares en el ámbito del enriquecimiento ilícito, han acuñado como bien jurídico los conceptos de no venalidad o no susceptibilidad de comercio, remuneración o compra del desempeño de la función pública.

Tales posturas, obviamente, permiten sancionar conductas en las que no existe un peligro concreto para el servicio público, como en supuestos de cohecho pasivo impropio respecto de regalos recibidos en atención al cargo –incluso regalos de despedida–, conductas con independencia de la intención que se tenga al entregar o recibir la dádiva, conductas de cohecho subsiguiente o conductas vinculadas a la realización de actos lícitos y aunque no se demuestre relación alguna entre la retribución y la actividad del funcionario. En definitiva, cualquier hipótesis de corrupción, puesto que, como se ha señalado críticamente, se produce un proceso de transformación que golpea la esencia más característica de lo que es el cohecho, pasándose de una dimensión objetiva atenta al hecho a una dimensión subjetiva más atenta al autor.

Se ha afirmado en la doctrina que en todas las figuras de cohecho existe la preocupación por evitar la actuación pública en interés privado, en el marco de la corrección del servicio que los poderes públicos han de prestar a los ciudadanos, estando presente, además, ese otro particular interés del funcionario que, acaso, pueda suscitarle la oferta que se le hace o que realmente se muestra cuando la insta o la acoge: el enriquecimiento injusto con que se le tienta o que busca y/o encuentra. Ello parece evidente. Pero la protección, se dice también, se dirige más bien hacia uno de los factores que con mayor eficacia puede garantizar esa ausencia de interés privado en las actuaciones públicas, la no venalidad del ejercicio de estas funciones.

Claro está que esta concepción permite legitimar cualquier figura de cohecho. La cuestión es si el Derecho penal es el instrumento adecuado de actuación para tutelar esa cualidad en el ejercicio de la función pública. Desde luego, se acomoda perfectamente a la actual regulación española, como a muchas otras –no en relación a las penas previstas, diferentes en función de la conducta pretendida del funcionario–, permitiendo justificar incluso la incriminación de conductas de cohecho activo –o corrupción al funcionario público– no sólo propio –siempre desde la idea de peligro– y, aún más, respecto a meras ofertas no necesariamente aceptadas. Ahora bien, que el correcto funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus facetas, se perjudique o pueda perjudicarse con conductas “incorrectas” de recepción de regalos, trascendentes o intrascendentes –o de predisposición a ello–, pero sin vínculo a la ejecución de acto alguno –téngase en cuenta en todo caso la dificultad de formular el propio concepto de venalidad sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta y

sin referir el mismo, por tanto, al comportamiento que se pretende del funcionario, que si no es ilícito es difícil vincular a ese anormal funcionamiento de la Administración–, es a mi juicio cuestionable. Y, en tal caso, la proximidad entre la idea de no venalidad –como objeto jurídico realmente protegido, al margen de la *ratio legis* de estos preceptos– y las de infracción del deber del cargo o de prohibición de enriquecimiento del funcionario público derivado del ejercicio de su función en mi opinión es difícil de negar. Por otra parte, que con tal perspectiva adquiere consistencia la sustantividad del delito de cohecho es innegable; pero que, al mismo tiempo, se dificulta la distinción de conductas entre cohecho propio o impropio y la mayor penalidad de unas frente a otras, salvando puntuales observaciones sobre la idea de pluriofensividad, también.

El mantenimiento de esta postura, además, obviamente no permitiría fundamentar la existencia del delito de cohecho en otros ámbitos ajenos al de funcionamiento de la Administración, que habría que explicar desde tesis próximas sí a la idea de abuso del cargo –si bien desde una posición de poder económico o de otra índole–, pero no a la de no venalidad del ejercicio de la función pública.

Pero, en todo caso, lo que más ha de preocupar de ella es la complejidad para dotar de un contenido realmente sustantivo a esta expresión que la aleje del mero reproche por la obtención de un beneficio al que no se tiene derecho derivado del ejercicio de un cargo público y la virtualidad de la misma para satisfacer el contenido material del concepto de bien jurídico, por la dificultad de aceptar que su quiebra pueda afectar a la satisfacción de necesidades personales cuando esa venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea en la obtención de un servicio público. Una dificultad que, tal vez, podría intentar soslayarse por la vía de fundamentar la prohibición de instrumentalización del cargo no por el enriquecimiento en sí que de la misma pueda derivarse –tampoco por su vinculación desde la idea de peligro con ulteriores principios a los que el propio Derecho penal no les conceda relevancia típica–, sino por la quiebra del principio de igualdad que puede deducirse de ella si se entiende que el funcionario, sin perjudicar intereses concretos, afecta a los de todos obteniendo la ventaja económica vetada a quien no está en su situación; pero ya al margen de cualquier explicación del delito en el ámbito del correcto funcionamiento de la Administración, al margen de la propia existencia de la dádiva y con la problemática que entonces plantearía legitimar la incriminación autónoma del cohecho activo.

Una cuestión diferente, por último, es que la privilegiada posición del funcionario pueda favorecer una actuación delictiva y permitir en consecuencia una agravación penal; pero ésta siempre habría que referirla a la tutela de un bien jurídico concreto, fuera cual fuera éste, ya sea en el ámbito de la tutela de los secretos de estado, ya en el de la capacidad probatoria de los documentos o en el de la correcta gestión del patrimonio público, entre otros.

VII

Desde otra perspectiva diferente, una de las tesis que más eco ha tenido en Alemania –y de ahí, en menor medida, en otras doctrinas– ha sido la de defender como bien jurídico protegido en el delito de cohecho la confianza pública o de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, en los principios que lo informan

o en las diversas cualidades que han de desarrollar quienes actúan en desarrollo del mismo.

Ya de entrada, que este planteamiento ofrezca una perspectiva diferente de las consideradas hasta ahora dependerá del significado que se dé al concepto de confianza, lo que difícilmente ocurre con aquellas posturas que identifican la misma con el peligro para el interés a que venga referida.

Pero, y al margen de esto último, por una parte, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración no es algo específico del delito de cohecho, sino común a muchos de los delitos contra la Administración Pública; a todos, seguramente. Y, por otra, determinados comportamientos no son incorrectos porque disminuyan la confianza de los ciudadanos, sino que disminuyen esta confianza porque son incorrectos, de modo tal que la alusión a la misma nada dice todavía sobre el bien jurídico protegido. Por muy consolidada que esté la confianza que se tiene en el desarrollo de una institución, el correcto funcionamiento de ésta no puede hacerse depender de la misma –al contrario, será la confianza en una institución la que dependa de su buen funcionamiento–, de igual manera que el desconocimiento de la existencia de un delito no garantiza su ausencia, máxime en un supuesto como el de cohecho cuya cifra negra suele estimarse cercana al noventa por ciento. La Administración no podrá afirmarse que funciona o no conforme a los parámetros constitucionales que legitiman su existencia o, cuando menos, su actuación, por el hecho de que el grado de confianza en ella sea mayor o menor, lo que depende de variables tan lejanas a lo que ha de ser la delimitación de un bien jurídico concreto como la mayor o menor eficacia policial o incluso la mayor o menor transparencia informativa. Se puede compartir que el delito de cohecho implica una mezcla de intereses públicos con intereses privados que puede perjudicar el funcionamiento de la Administración –no necesariamente, si las actuaciones finalmente llevadas a cabo no lesionan interés alguno, particular o general– y puede frustrar las expectativas que los ciudadanos tienen en ella, aspectos ambos que se perturban si el ciudadano sabe que tiene que pagar los servicios de la Administración –supuestos en mi opinión, no obstante, más vinculados a la concusión y, en consecuencia, ajenos al cohecho– o que el funcionario a cambio de dinero está dispuesto incluso a cometer un delito –por la peligrosidad, abstracta, de su actitud–, aunque finalmente no llegue a cometerlo. No creo, sin embargo, que ello pueda constituir el objeto de protección del delito. En primer lugar, porque ese conocimiento es difícilmente constatable, pero es que, aunque lo fuera, si dicho dinero no llegara a ofrecerse o a solicitarse nunca, ¿cómo podría afirmarse que se está perturbando la correcta prestación de servicios públicos o incluso, desde las perspectivas denostadas, que el funcionario está quebrando su deber de fidelidad para con la institución por la mera predisposición que puede tener, en un momento dado, a la comisión de un delito cuando, por ejemplo, nunca existiera nadie dispuesto a participar en la contraprestación? En aquellos Estados tradicionalmente asociados con la idea de corrupción, no es ni siquiera la constatación pública de ésta lo que perjudica su desarrollo democrático desde la idea de eficacia indiferente, sino su misma existencia. Por eso, y en otros términos, lo que hay que plantearse es si dejaría de ser necesario someter a la intervención penal las conductas constitutivas de cohecho cuando se tuviera la certeza de que las mismas nunca iban a ser conocidas por la opinión pública, pero si la respuesta fuera negativa, difícilmente podría cifrarse el objeto de tutela en la confianza sobre su inexistencia.

VIII

Es evidente que la atención penal que debe merecer el fenómeno de la corrupción obliga a delimitar el interés que, necesitado de tutela, se entiende vulnerado con el mismo, más allá de desvaloraciones acerca de la reprobación que puedan merecer tanto el posible enriquecimiento injustificado del funcionario como la conducta influenciadora del particular, lo que sólo es posible analizando el perjuicio que se deriva de la actuación corrupta.

Es difícil, no obstante, concretar dicho perjuicio de forma unitaria, en cuanto, aun cuando en la mayoría de legislaciones todavía hoy la figura del cohecho –en sus modalidades de corrupción del funcionario o al funcionario– se ubique exclusivamente entre los delitos contra la Administración, los comportamientos corruptos surgen tanto en el sector público como en el sector privado, afectando a intereses tan diversos como la tutela de la competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros. Seguir manteniendo un único concepto de corrupción para definir conductas que pueden afectar a bienes jurídicos muy diversos, además de los equívocos que puede generar, va a suponer constatar que si bien dicho concepto refleja claramente la clase de conducta que pretende describirse –enriquecimiento derivado de la instrumentalización ilícita de una ocupación que se pone al servicio de una persona ajena a ella– no ocurre lo mismo con el desvalor que se le puede atribuir en cuanto el mismo no va a poder concretarse si no se especifica cuál es a su vez el desvalor de la conducta que desea obtenerse con la contraprestación económica.

Restringiendo el fenómeno de la corrupción al campo de actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos –más que al ámbito de funcionamiento de la Administración, ya que nada tienen que ver con éste, por ejemplo, conductas de blanqueo de capitales, falsedades o fraudes de subvenciones prometidas o realizadas a cambio de un precio– desde un primer momento se ha dudado de la sustantividad de las figuras de cohecho al remitirse la descripción de su contenido típico, en la mayoría de los preceptos, a la realización de otro comportamiento para delimitar una responsabilidad a la que, sin embargo, parece dar contenido el lucro que proviene del particular.

La vinculación con una actuación ajena a la solicitud o la recepción de una dádiva, aunque menos evidente cuanto menor sea la gravedad de la figura de cohecho considerada, es obvia –se exija o no para delimitar explícitamente lo injusto–, tanto desde la tradición histórica como desde la regulación vigente en casi todos los ordenamientos. Por ello, incluso aunque no tomemos en consideración otra clase de cohechos vinculados a ámbitos económicos o políticos, es difícil pretender encontrar un único objeto a tutelar frente a las diferentes conductas de corrupción funcional, teniendo en cuenta que se puede cohechar tanto para prevaricar como para falsificar, tanto para participar en delitos de blanqueo como para omitir la persecución de un delito. Ello quizás obligue a entender que en realidad el bien jurídico tutelado –plural– dependerá de cuál sea el acto delictivo contrapartida de la dádiva pactada, al menos cuando sea eso lo que se pretende.

Puede, no obstante, entenderse que su sustantividad surge de aceptar que lo que se sanciona en los diferentes tipos es meramente la instrumentalización del cargo para la obtención de un beneficio económico. Ello debería llevar a entender que el desvalor

de la conducta es el mismo cuando el acto objeto de acuerdo es o no delictivo o ni siquiera ilícito e incluso cuando no exista acuerdo alguno. Pero entonces será difícil tanto comprender la diferenciación de conductas que proponen las diversas legislaciones –distinguiendo el cohecho propio del impropio, en sus diversas variantes– como tratar de definir el objeto de tutela a partir del puro dato del enriquecimiento o de su pretensión. Cuanto más fijemos la atención en los tipos de cohecho impropio, si bien más fácilmente podemos defender su autonomía respecto a otros delitos cometidos por el funcionario en el ejercicio de su cargo, también es cierto que ésta no será sencillo que pueda basarse en otra idea que no sea la de elevar a la categoría de delito autónomo “el ofrecimiento y la recepción de un precio” o incluso la simple posibilidad de que éste llegue a ofrecerse o a recibirse. Entender que en tales casos estamos más allá que ante un juicio moral de reproche tutelando un interés vinculado a la satisfacción de necesidades personales o la participación de la persona en el sistema social no parece sencillo ni desde las construcciones del abuso del cargo.

Lo cierto es que de entre las tesis que, al margen de las hoy menos atendibles propuestas cifradas en la vulneración de deberes, han intentado proponer un objeto de tutela desvinculado del acto para el que se solicita o recibe la dádiva o presente, las que más acogida han tenido han sido las que atienden a las ideas de imparcialidad, por una parte, y no venalidad, por otra.

Pero como antes señalaba, no se comprende de qué modo, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide cometer un delito de falsificación o malversación motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva. Cuando se produzca o se pretenda alguno de tales delitos parece que debiera ser la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal –desde la punición de la preparación o la tentativa del delito–, no la existencia de la dádiva y aunque quiera destacarse la importancia de ésta. En las figuras de cohecho propio no vinculadas a la comisión de un delito es difícil también tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina, ya que si se prescinde de la dádiva los comportamientos dejarían de ser relevantes penalmente, con lo cual o no hay lesión del principio de imparcialidad o la misma sólo interesa si a ella se añade la posibilidad de enriquecimiento personal, con lo que sería entonces éste lo que realmente trata de evitar el legislador. Y si se admite, por otra parte, que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege tal principio, lo que está claro es que la idea de imparcialidad presentará una caracterización por la que se convierte en un valor peligrosamente próximo a las ideas de infidelidad o deslealtad en la gestión pública.

En cuanto a la ausencia de venalidad, también se señalaba la dificultad de formular el objeto de tutela sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta y referir el mismo, por tanto, al comportamiento que se pretende del funcionario, con la consecuente necesidad de considerar el interés que éste vulnera. Si se prescinde de él, la proximidad entre la idea de no venalidad y la de infracción del deber del cargo o la prohibición de enriquecimiento del funcionario es difícil de evitar, en cuanto es difícil encontrar en dicha idea en sí menoscabo alguno para el funcionamiento de la Administración. No se explica, en este sentido, cómo su quiebra puede afectar la satis-

facción de necesidades personales si la venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea en la obtención de un servicio público.

Y, por lo que respecta a la posible pluriofensividad de alguna de las figuras de cohecho, referida a la puesta en peligro del objeto de tutela en relación con el ilícito cometido con el acto a ejecutar por el funcionario, que se suma a la instrumentalización del cargo, en el modo en que ésta se quiera definir, ofrece una perspectiva de análisis interesante, en cuanto puede permitir explicar la diferente penalidad que se prevé para las diferentes figuras de cohecho y distinguir el propio del impropio; los reparos que suscita surgen, sin embargo –al margen de las consideraciones críticas formuladas respecto a cada uno de los intereses que conformen el objeto plural de tutela–, si de ella no se obtienen criterios que permitan explicar la vinculación entre los tipos más graves de cohecho y el resto de infracciones contra la Administración que tutelen intereses equivalentes a los tomados en cuenta en la calificación pluriofensiva de aquéllos.

Sin duda ha de buscarse en el dato del enriquecimiento la explicación del cohecho pasivo; y en el de su favorecimiento la del activo. Pero ello resulta insatisfactorio, particularmente pero no sólo por esto, dada la diversidad de penas previstas en atención al acto a ejecutar o a que se ejecute o no acto alguno. Si, más aún, se entienden los preceptos –y en particular los que refieren la corrupción al funcionario– desconectados del hecho que se pretende que se ejecute –inmediatamente o no– e, incluso, del cohecho pasivo, propio o impropio, la trascendencia que se da al dinero como “elemento corruptor”, con independencia de que corrompa o no o de que aún corrompiendo implique lesividad penalmente relevante de alguna clase, es absolutamente desproporcionada con respecto a los parámetros en que ha de moverse el Derecho penal.

De ahí que sean merecedoras de atención las propuestas de despenalización de las conductas de corrupción –buena parte de la doctrina ya se ha posicionado en tal sentido en relación con alguna conducta de cohecho impropio, sobre todo en relación a la sanción del particular– que comparto plenamente cuando no se pretende acto ilícito alguno o cuando el que se pretende, aun siéndolo, no es delictivo, y, aquí ya matizadamente –dependiendo de la naturaleza jurídica que se le asigne al cohecho en relación con otros tipos delictivos así como de la relación concursal que con ellos se proponga– cuando el acto pretendido es delictivo, pues la sanción de la corrupción en estos supuestos podría entenderse necesaria –no habría ya problemas de merecimiento de pena– como adelantamiento y extensión de la intervención penal en aras a proteger bienes jurídicos a cuya tutela se dirigen también los delitos de contraprestación de la dádiva al existir un referente al que poder vincular la antijuricidad material de la conducta, que es lo que entiendo imposible de hacer en el resto de figuras de cohecho.

Téngase en cuenta que el posible acto objeto de acuerdo en sí mismo considerado es irrelevante penalmente en la mayoría de los supuestos de corrupción, con la dificultad entonces de encontrar a partir de él un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela. Lo que lo hace relevante es que por o para su “posible comisión” entra en juego la solicitud, recepción, promesa o aceptación de una dádiva, con lo que es ésta en realidad la que da la auténtica medida del desvalor que el legislador asigna a las diferentes modalidades típicas de cohecho –más aún, si no existe acto alguno que ejecutar–, al margen de la incongruencia penológica que produce entonces la distinción entre cohecho propio e impropio y la diferenciación de penas que la misma conlleva. ¿Pero por

qué además sancionar al funcionario cuando dicta una resolución parcial –o actúa de cualquier otra manera– por precio y no por otro tipo de favoritismo? ¿Por qué cuando se abstiene de intervenir por la promesa de recibirlo y no por falta de diligencia? Es difícil de entender. Y aun suponiendo la existencia de una explicación perfectamente justificada, la diferenciación penológica de las diversas conductas tipificadas se escapa a toda lógica.

En definitiva, no creo que pueda afirmarse la existencia de un bien jurídico que satisfaga las características que de tal concepto deben derivarse en el análisis de los preceptos dedicados a los delitos de corrupción. Se trata de sancionar un enriquecimiento indebido o la instrumentalización del cargo para su consecución. Pero de entenderse que ello implica un desvalor penalmente relevante el mismo puede perfectamente tenerse en cuenta con agravantes que atiendan la actuación por precio o en abuso del cargo cuando la conducta ejecutada, intentada o incluso –según los casos– preparada sea delictiva. Cuando no lo sea la intervención penal se antoja demasiado anticipada por la mera presunción de una posible futura actuación delictiva que, si no lo es, no se acierta a ver por qué ha de sancionarse.

REFLEXIONES SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS ÓRDENES DE ALEJAMIENTO EN DETERMINADOS DELITOS

Virginia MAYORDOMO RODRIGO

*Prof^a. Agregada de Derecho Penal
Secretaria Académica del Instituto Vasco de Criminología*

I. INTRODUCCIÓN

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.
2. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.
3. Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio.
4. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica
5. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.
6. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.
7. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

III. SU OBLIGATORIEDAD, A DEBATE

IV. CONCLUSIONES

Casi más difícil que escribir las páginas que siguen se me hace el referirme al profesor D. Antonio Beristain en este libro homenaje tratando de plasmar todo el cariño, la admiración, el respeto y el agradecimiento que siento hacia él.

Me proporcionó durante los años que estudié Criminología otra perspectiva del fenómeno delictivo, enseñándome a “ver la otra cara de la luna”. Me dio la oportunidad de comenzar mi andadura profesional en el Instituto que había fundado años atrás. Junto con mi maestro, me ofreció su ayuda en la ardua tarea de elaboración de mi tesis doctoral. Nos ha dado apoyo valiente a mi familia y a mí en todos estos años difíciles. Y lo que es más importante: a costa de su libertad ha dado verdadero testimonio de estar realmente al lado de las víctimas.

Me siento orgullosa de encontrarme entre las personas a las que quiere.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad parece estar fuera de toda duda que, en ocasiones, durante la investigación de un hecho delictivo o tras la condena por el mismo, es necesario imponer un distanciamiento físico, de mayor o menor duración, entre el infractor y la víctima. Para neutralizar la peligrosidad del primero, para preservar la seguridad de la víctima y para evitarle, además, que su simple visión aumente el daño causado, a veces irreparable. No hace falta una gran dosis de imaginación para comprender el sufrimiento de quien es objeto de determinados delitos, y tiene que añadir a su dolor y a su miedo la rabia por cruzarse a menudo con el causante del mal.

Pensadas inicialmente para proteger a las víctimas de la violencia doméstica, con ellas se abrió un amplio campo de aplicación práctica también respecto a otras infracciones, entre ellas las cometidas por organizaciones terroristas. A finales de 2005, el Comisionado para las Víctimas del Terrorismo, Gregorio Peces-Barba, pidió a los jueces la imposición de medidas de alejamiento para evitar la situación “perversa” de que condenados por terrorismo, tras haber cumplido condena, pudieran vivir o trabajar cerca de sus víctimas.

En octubre de 2009, la Fiscal Jefe de Cataluña ha propuesto las órdenes de alejamiento como medidas para atajar la gran cantidad de hurtos que se producen en Barcelona anualmente. Estudia reclamar su aplicación para este tipo de infractores, siendo necesario para ello alguna modificación normativa, pues la actual legislación sólo prevé su imposición para los delitos y, en caso de faltas, únicamente para las cometidas contra las personas, tipificadas en los arts. 617 y 629 CP.

Los delitos por los que se puede imponer órdenes de alejamiento son: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico¹.

Las órdenes de alejamiento pueden constituir penas accesorias que acompañen a la pena principal², medidas de seguridad³, obligaciones en caso de sustitución⁴ o suspensión⁵ en la ejecución de la pena privativa de libertad y medidas cautelares⁶ a imponer cuando se esté llevando a cabo una investigación por determinados delitos.

Este importante instrumento de protección no fue introducido en el ordenamiento penal hasta el año 1995, y ha sido reformado en varias ocasiones. Si el Código Penal ha de tener una vocación de estabilidad y de permanencia, con esta figura tal pretensión no se ha hecho efectiva. El legislador parece haber ido improvi-

1. Artículo 57 CP.

2. Artículos 57 y 48 CP.

3. Artículo 105 CP.

4. Artículo 88 CP.

5. Artículo 83 CP.

6. Artículos 13, 544 bis y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

sando casi cada año soluciones ante determinadas conductas delictivas que reclamaban su imposición.

También la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores ha sido sensible a la necesidad del distanciamiento en algunos casos y en su reforma del año 2006⁷ incluyó entre las sanciones o medidas aplicables a los menores la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, sus familiares o cualesquiera otras personas que determine el Juez⁸.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN

1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

El Código Penal de 1995 introduce por primera vez la medida de alejamiento, circunscrita a la privación del derecho a *residir en determinados lugares o acudir a ellos*⁹, considerándola como pena privativa de derechos¹⁰ y de aplicación facultativa ante la comisión de determinados delitos, en función de la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente representara¹¹.

2. Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril

Dirigida a redefinir y mejorar la protección de la integridad y la libertad sexual de menores e incapaces, dio nueva redacción al art. 57 del Código Penal –sobre el que volvería la Ley Orgánica 14/1999–, añadiendo la posibilidad de imponer en sentencia como penas accesorias a determinados delitos límites de *aproximación y comunicación* con la víctima o su familia.

Además se incorpora entre las obligaciones en caso de suspensión de la ejecución de la pena¹² y entre las medidas de seguridad no privativas de libertad¹³ la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia.

7. Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

8. Artículo 7.1.i).

9. Artículo 48 CP.

10. En el art. 39.f) CP.

11. Artículo 57: “Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del periodo de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años”.

12. Nuevo apartado 1.bis) en el artículo 83.1 CP.

13. Nuevo apartado g) en el art. 105.1 CP.

3. Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio

Esta Ley viene a incidir sobre cuestiones y preceptos que ya habían sido objeto de reforma por la LO 11/1999, cuya vigencia databa de tan sólo 20 días antes¹⁴.

En lo que se refiere a las penas de alejamiento, lo más significativo es que en el art. 57 se contempla la posibilidad de imponer estas prohibiciones, por no más de seis meses, ante la *comisión de una infracción calificada de falta contra las personas* (lesiones y malos tratos, amenazas, coacciones, e injurias o vejaciones injustas). Además se amplía el ámbito de personas con quienes se prohíbe al imputado comunicarse o aproximarse, extendiéndose de la víctima y familiares a *aquellas otras personas que determine el Juez o Tribunal*.

También resulta novedoso el hecho de que, para acordar estas prohibiciones, el órgano jurisdiccional tenga que justificar su decisión *bien* en la gravedad de los hechos, *bien* en el peligro que el delincuente represente, pero no en ambas circunstancias.

En materia cautelar, las principales novedades cristalizan en los arts. 13 y 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El art. 13 permite que, como primeras diligencias para proteger a la víctima o sus allegados se puedan acordar las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis. Y, según este último precepto, cuando se investigue un delito de maltrato habitual el Juez o Tribunal puede imponer cautelarmente al imputado la prohibición de residir o de acudir a determinados lugares, barrios, municipios u otras entidades locales, o comunidades autónomas, o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas. El incumplimiento de la medida acordada dará lugar a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal.

4. Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

Supuso un paso más, especialmente relevante, en la lucha contra la violencia en el ámbito doméstico. Su articulado configuraba el denominado “estatuto integral de protección de la víctima”, posibilitando la adopción de resoluciones judiciales cautelares por el Juzgado de Instrucción que contemplasen tanto medidas penales como civiles y asistenciales.

La Ley modifica el art. 13 de la LECr, añadiéndose a la redacción anterior la posibilidad de que –como primeras diligencias– el Juez acuerde la aplicación de la orden de protección prevista en el art. 544 ter LECr. A tal fin, se agrega este último precepto que regula la aplicación de esta orden. Es imprescindible que pueda obtenerse de forma rápida, de otro modo no habrá una protección real a la víctima, siempre que existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad

14. Modificó los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 132, 153, 617 y 620 del CP, y da una nueva redacción al artículo 13 LECr, retocando también los artículos 14, 103, 104, 109, 448, 455, 707 y 713 LECr, junto con la introducción de un nuevo artículo –el 544 bis–. Vid. ARAGÜENA FANEGO, C., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544 bis.”, *Actualidad Penal*, nº 11, 13 al 19 de marzo de 2000, p. 239.

física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 153¹⁵ y resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que precise la adopción de alguna de las medidas reguladas en este artículo.

También se contempla la posibilidad de que, en aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones enumeradas en el art. 153 CP, el Juez o Tribunal que conozca de la causa también pueda acordar la orden de protección a la víctima.

5. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre

A pesar de las novedades que introdujo, la Ley 14/1999 no había tenido el efecto pretendido. En la Ley 11/2003 se adivina el deseo de combatir la impunidad de algunas de las primeras manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja, y por situar determinadas manifestaciones de violencia en la parte del Código Penal donde se ubican las conductas merecedoras de la mayor repulsa social. De este modo, *las antiguas faltas de lesiones* ejercidas en el ámbito familiar, *pasan a ser consideradas delito* en el nuevo art. 153 del Código Penal, incluyendo en este precepto cualquier menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito, así como golpes o maltrato de obra que no causaran lesión o la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos.

Esta novedad suscitó un gran debate. Cuestionada por dos Juzgados la constitucionalidad de la nueva tipificación como delito de los hechos que integraban la anterior calificación como falta, el Tribunal Constitucional inadmitió ambas cuestiones, por infundadas, mediante Autos de 7 de junio de 2004 y de 13 de septiembre de 2005¹⁶.

6. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

Se *amplía la duración máxima* de las penas de alejamiento y de no comunicación con la víctima y allegados, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios, permitiéndose incluso su mantenimiento hasta diez años después de cumplida la pena.

Se establecen por separado las tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas.

15. Téngase en cuenta que el 1 de octubre entró en vigor la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Ésta ha modificado –entre otros– los arts. 153 y 173 del Código Penal. Es un problema de simple remisión de una norma procesal (el nuevo art. 544 ter) a una norma penal, con la particularidad de que la norma penal ha sido modificada con posterioridad a la entrada en vigor de la norma procesal.

16. AAVV., *Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, 28 de junio de 2007, p. 24.

Se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos¹⁷.

Y lo más destacable a mi juicio: pasados apenas dos meses desde la anterior reforma se hace *obligatoria* en los delitos de violencia doméstica la imposición de la pena accesoria de *prohibición de aproximación* a la víctima, sus familiares o aquellas personas que determine el Juez.

En lo que se refiere a las medidas cautelares, esta ley altera la redacción del último párrafo del art. 544 bis de la LECr. Se establece que si el inculpado incumple la medida que se le ha impuesto, el Juez podrá dictar prisión provisional en los términos del artículo 503, la orden de protección prevista en el artículo 544 ter u otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal.

También se introduce una pequeña variación en el apartado 1 del art. 544 ter, determinándose que el Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un *delito* o *falta* contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

Resulta paradójico que la comisión de una falta no pueda dar lugar a que el juez o tribunal adopte la orden de alejamiento contemplada en el art. 544 bis LECr, y sí en cambio la orden de protección regulada en el art. 544 ter LECr, que tiene un contenido más extenso y que a su vez por esa vía puede motivar el que se imponga la orden de alejamiento.

7. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Antes de la reforma operada por la Ley Integral los requisitos para suspender¹⁸ o sustituir¹⁹ la pena tenían especiales características en relación a todos los miembros del ámbito familiar o doméstico. En concreto, el Juez tenía que acordar, previamente, de forma imperativa y no sólo potestativa, prohibiciones al culpable de acudir a ciertos lugares y de aproximarse o comunicarse con la víctima. Todo ello en un intento de evitar que los beneficios de estas formas alternativas de cumplimiento de la pena se convirtieran en un peligro para las víctimas.

17. Las alternativas de protección a las víctimas que ofrecen las nuevas tecnologías de control vía satélite (brazalete electromagnético, móvil y *homelink*) son cada vez más utilizadas hasta el extremo de generalizarse como un modo de proteger a las víctimas de violencia en el hogar. Vid. al respecto DURÁN FEBRER, M., "Aspectos procesales de la violencia doméstica: medidas de protección a las víctimas", *Encuentros "violencia doméstica"*, Madrid, 2004, p. 161.

18. Artículo 83.1.6ª, II CP.

19. Artículo 88.1.III CP.

La reforma ha sustituido la protección imperativa a un amplio grupo de personas a través de estas prohibiciones por la exclusiva tutela, de forma inexcusable, de la esposa o compañera.

III. SU OBLIGATORIEDAD, A DEBATE

Así las cosas, desde diferentes instituciones y sectores doctrinales se ha planteado la problemática derivada de la imposición obligatoria de la pena de prohibición de aproximación a las víctimas de violencia doméstica en virtud del art. 57.2 del Código Penal, todo ello en atención a la naturaleza jurídica de esta pena cual es ser una pena accesoria que pretende la consecución de unos fines preventivos especiales, que son la protección efectiva de la víctimas ante situaciones objetivas de riesgo. Por ello, desde algunos sectores (doctrina, judicatura, fiscalía, abogacía...) se propugna romper con el automatismo y el carácter imperativo del precepto haciendo posible la valoración judicial de la existencia objetiva del riesgo para la imposición de tal pena²⁰.

La Presidenta del Observatorio de Violencia sobre la Mujer, Montserrat Comas, planteó el día 16 de octubre de 2007 en el Congreso de los Diputados la conveniencia de eliminar la imposición automática de las órdenes de alejamiento. Explicó que esta medida se aprobó porque en aquel momento había “una absoluta desconfianza hacia los jueces”, que generalmente no eran partidarios de las medidas de alejamiento, pero “hoy no tiene sentido”, porque existen jueces especializados en violencia de género²¹. Defendió la modificación de este aspecto legislativo porque, en su opinión, en muchos casos está perjudicando a las mujeres “que no están en situación real de riesgo” y quieren convivir con su pareja. Según explicó, hay muchas órdenes imposibles de cumplir porque la propia víctima está disconforme, especialmente en el caso de los delitos leves, que antes eran considerados faltas.

El Consejo General del Poder Judicial considera desproporcionada esta medida en casos como las amenazas o agresiones sin resultado de lesión. Con la opinión del Poder Judicial coinciden algunos juristas que, desde la entrada en vigor de la Ley Integral de Violencia de Género, vienen planteando algunos problemas en su aplicación y han reclamado que se habiliten mecanismos para eliminar la pena de alejamiento si fuera conveniente y así lo solicitara la víctima.

Actualmente, estas órdenes se dictan de forma automática si existe condena y se dan situaciones en las que la víctima quiere reanudar o reanuda la convivencia con el agresor. Desde alguna asociación de juristas se ha dicho que las víctimas que reanudan la relación con el agresor “no quebrantan ninguna ley porque la pena de alejamiento la tiene el maltratador”. No es así. El quebrantamiento de condena es un delito para el que lo lleva a cabo y el inducir a una persona o cooperar con ella para incumplir la orden de alejamiento es un comportamiento que también está castigado.

20. AAVV., *Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, 28 de junio de 2007, p. 178.

21. Propuso también la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 146, que dispensa a los miembros del matrimonio a declarar en contra de su pareja, pues muchas víctimas se acogen a esta posibilidad y, tras denunciar, luego no declaran ante su agresor.

IV. CONCLUSIONES

- En casos de violencia intra familiar el infractor lo es normalmente por convicción y su reeducación ofrece especiales dificultades, pues pretende insistir en sus acciones. De lo que se desprende la imperiosa necesidad de tomar medidas contra él teniendo en cuenta la alta probabilidad de que trate de reincidir en sus actitudes de “control” sobre su víctima. Resulta imprescindible la imposición de medidas cautelares durante el transcurso del proceso y que las penas, si resulta condenado, no se limiten a las tradicionales privativas de libertad o pecuniarias, sino que incluyan, cuando ello resulte preciso, otras que afecten a derechos como la libertad ambulatoria, de residencia y de comunicación.
- Las medidas cautelares, al ser provisionales, se pueden paralizar. Pero revisar o acortar las penas de alejamiento es más complicado, sobre todo las de larga duración. Pueden plantearse graves problemas si entre el infractor y la víctima subsisten lazos afectivos y la pareja decide reanudar su vida en común. Piénsese también en el distanciamiento obligatorio de padres respecto de los hijos. Entiendo que debe propugnarse su eliminación del Código Penal como medida imperativa.
- Cuando se trata de delitos relacionados con la llamada “violencia de género”, la suspensión de la pena impuesta queda siempre condicionada a la prohibición de aproximarse a la víctima. La suspensión de la pena queda también supeditada a dicha prohibición. De modo que las condiciones para sustituir o suspender son más gravosas si el delito lo lleva a cabo un hombre contra una mujer que si se realiza por y contra cualquier otra persona que forma parte del ámbito doméstico o familiar.
- Sólo el control eficaz de la ejecución de las órdenes de alejamiento y la reacción frente al quebrantamiento de éstas pueden salvaguardar la integridad física de la víctima. Algunos casos dramáticos de mujeres asesinadas después de la interposición de las denuncias o en trámites de separación confirman que estos son los momentos de alto riesgo. No será posible tal control si no se cuenta con el apoyo de medios electrónicos. En octubre de 2009, tres meses después de que entraran en vigor los sistemas de localización GPS para maltratadores, un total de 20 víctimas de violencia de género contaban ya con uno de estos dispositivos que alertan de la proximidad del agresor y registran los quebrantamientos de las órdenes de alejamiento. Según datos de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, es el magistrado encargado del caso quien evalúa si la situación de la víctima es de tal riesgo que se hace necesaria una protección extra para garantizar que el agresor guarde las distancias impuestas²².

22. <http://elpais.co/archivo/buscando.html?query=20>.

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
269 - 276

LÍNEAS EVOLUTIVAS EN LA CRIMINALIZACIÓN DE LA INASISTENCIA FAMILIAR-CONYUGAL Y POSTCONYUGAL

Luz MUÑOZ GONZÁLEZ

*Profesora Titular de E.U. de Derecho Penal
Departamento de Derecho Público
UPV/EHU*

Como parte del homenaje del IVAC/KREI al aniversario de ANTONIO BERISTAIN, en recuerdo agradecido de una alumna que aprendió en sus clases a polemizar (con *Rashomon*, de Akira Kurosawa) sobre la complejidad de “la verdad” y con gran respeto para quien ha investigado y escrito con sapiencia sobre tantísimos temas, como, por ejemplo, el abandono familiar.

Entre los muy diversos aspectos que las infracciones penales relacionadas con la asistencia familiar-conyugal y postconyugal pueden plantear, quisiera resaltar sólo algunos, como los relativos a las personas protegidas (sujetos pasivos), los objetos del delito y las penas principales, pues pienso que son los más relevantes para desarrollar esta breve aportación histórico-evolutiva con alguna reflexión de futuro¹.

Resulta lógico que las primeras infracciones penales relacionadas con la asistencia familiar² estuvieran dirigidas a proteger a los hijos menores, pues son de partida los

1. Se trata de una materia básicamente civil que está regulada en el Código penal a través de la técnica de las leyes penales en blanco, por lo que resultan obligadas las remisiones al Derecho privado para concretar, por ejemplo, los objetos materiales, teniendo también en cuenta que los objetos jurídicos son la seguridad de determinados miembros familiares en relación a sus derechos asistenciales (de carácter civil) además del buen funcionamiento de los poderes públicos, en algunos casos concretos.

2. Formando parte de lo que se ha considerado el proceso de “publicitación del Derecho de familia”, pues anteriormente se entendía que los derechos y deberes familiares pertenecían exclusivamente al ámbito del Derecho privado.

más vulnerables y necesitados, pero hay que subrayar que dicha protección se ceñía entonces a su educación. A diferencia del primer Código penal, el de 1822, que nada regulaba al respecto³, la Reforma de 1850 (del segundo Código Penal de 1848), comenzó a regular como falta, en su artículo 483, 3º, el abandono de los hijos por los “padres de familia”, entendiendo por tal el no procurarles la educación adecuada según “su clase y facultades”. La conducta era sancionada con la pena de 3 a 15 días de arresto y reprensión.

El Código Penal de 1870 repitió la regulación de la citada Reforma y sancionó la conducta como falta contra las personas, en su artículo 603, 5º, con la pena de arresto de 5 a 15 días y reprensión, pero el siguiente Código Penal, el de 1928, la suprimió⁴.

Durante el periodo histórico de la IIª República volvió a protegerse penalmente la educación de los hijos menores, a la que se añadió la de los pupilos, de modo que el Código penal de 1932 volvió a sancionar como falta contra las personas (artículo 578,5º) a los padres que abandonasen a sus hijos no procurándoles “la educación que sus facultades permitan”, con una pena de 1 a 15 días de arresto o reprensión y, con igual pena, comenzó a sancionar (artículo 578,6º) a los tutores o encargados de los menores de dieciséis años que desobedeciesen los “preceptos sobre instrucción primaria obligatoria” o abandonasen su cuidado personal.

Por otro lado, la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, una vez admitido como causa de disolución matrimonial, protegió por vez primera, en su artículo 34, la asistencia económica postmatrimonial, es decir, derivada de los divorcios para los ex cónyuges y también para los hijos, al incriminar el impago (durante tres meses consecutivos) de las pensiones alimenticias derivadas de divorcio a favor del ex cónyuge y de los hijos, según decisión judicial (convenio judicialmente aprobado o resolución judicial)⁵. En este caso las penas variaban en función de la existencia o no de reincidencia, pues sin ella las penas eran alternativas, prisión (de 3 meses a 1 año) o multa de cuantía fija entre, 500 y 10.000 pesetas; con reincidencia, la pena era única, sólo prisión (de 3 meses a 1 año)⁶.

3. Aunque sí regulaba los abandonos físicos de los descendientes menores, línea que continuaron los Códigos siguientes de forma cada vez más depurada hasta llegar a los actuales delitos de “abandono de menores e incapaces”, que están regulados en el Código vigente junto a los delitos de “abandono de familia”.

4. Aunque este Código introdujo un nuevo delito en su artículo 536, como era el abandono de las personas desvalidas o incapacitadas a causa de su edad o estado, por parte de las personas obligadas legalmente a custodiarlas, alimentarlas o sostenerlas, teniendo los medios suficientes para ello, sancionado con pena de reclusión de 6 meses a 2 años; hay quien lo ha considerado el antecedente en nuestro Derecho penal del delito de abandono de familia, BELLO LANDROVE, F., *La familia y el Código Penal español*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1977, p. 381.

5. Los alimentos, para cónyuges e hijos, abarcaban lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según posición social y la educación e instrucción para los hijos menores, según el artículo 142 del Código Civil de 1889.

6. La Ley siguió de cerca el modelo francés de 1924, considerándolo un delito de “abandono de familia”, del que ya había otros precedentes como el de la Ley inglesa de 1824, el Código penal holandés de 1881 o el brasileño de 1890. Aunque hoy es una opinión compartida (con base en la regulación legal) que ambos delitos, el de “abandono” y el de “impagos” pertenecen al ámbito familiar, consideraron al delito de “impagos” republicano como antecedente del posterior delito de “abandono familiar”, Octavio DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Consideración jurídico-penal del, así llamado, abandono de familia”, *Boletín del Colegio de Abogados*

La instauración de la dictadura hizo que numerosas leyes republicanas fueran derogadas, como sucedió con la del divorcio y, consecuentemente, con el delito de impago de pensiones alimenticias derivadas del mismo, pero la nueva Ley de 12 de marzo de 1942 vino a criminalizar por vez primera “el delito de abandono de familia o incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, que posteriormente sería incorporado al Código franquista de 1944⁷.

La Ley reguló, por un lado, el nuevo delito de inasistencia familiar-conyugal⁸ y, por otro, reformó en algunos aspectos las faltas previstas en el Código Penal de 1932. A través del delito se otorgó la protección asistencial más amplia a los hijos menores, pupilos y a los cónyuges, al incriminar el incumplimiento de los deberes legales de asistencia, inherentes a la patria potestad, a la tutela o al matrimonio (cuando fuese el fruto de abandono malicioso del domicilio familiar o de conducta desordenada) siendo la pena la de prisión de seis meses y un día a dos años y cuatro meses (prisión menor en grado mínimo) y multa de 1.000 a 10.000 pesetas. A la vez se otorgó una protección económica del mínimo asistencial, el indispensable para el sustento, a los descendientes menores o incapaces para el trabajo, ascendientes o cónyuge que se encontrasen en situación de necesidad (a no ser que éste último se hallare separado por su culpa) por lo que la pena para su incumplimiento era lógicamente más grave, prisión de un año, ocho meses y veintidós días, a dos años y cuatro meses y multa de 7.001 a 10.000 pesetas (grado máximo), pudiendo añadirse, en ambos casos, las penas de privación del derecho a la patria potestad, tutela o autoridad marital.

Con algunos cambios, en las faltas siguió protegiéndose la educación de los hijos y de los pupilos, al sancionar con las mismas penas de arresto de 1 a 15 días o reprensión, al padre de familia que – se añadía, “sin descuidar los deberes legales de asistencia de sus hijos”– no les procurase la educación, según sus posibilidades y a los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria (artículo 578, 5º y 6º, respectivamente).

El Texto Refundido de Código Penal de 1944, que entró en vigor el 3 de febrero de 1945, incorporó numerosas figuras delictivas que se habían ido regulando a través de Leyes penales especiales, como la mencionada de 1942 y con el nombre “abandono de familia” (que desde entonces quedaría implantado) reguló, entre los delitos

de Madrid, IV, 1987, pp. 89 y ss, Polaino NAVARRETE, M., *El abandono de familia en el Derecho Penal español*, Sevilla, 1979, pp. 18 y ss.

7. Siguiendo en este caso el modelo del Código Penal italiano de 1930 y el del Código penal rumano, así como los criterios adoptados por la V Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho penal, celebrada en Madrid, en 1933, en la que se impuso la línea de abandono moral o ético.

8. Tal y como estaba redactada dio pie, desde el principio, a dos interpretaciones distintas: una, partiendo de la regulación de dos delitos autónomos, con requisitos distintos, y otra que entendía que se trataba de un tipo básico (párrafo 1º) y otro agravado (párrafo 4º) para cuya aplicación había que añadir a sus propios requisitos los previstos en el primero. Lo mismo ocurriría cuando la figura pasó al Código de 1944 y al Código de 1973, hasta la reforma de 21 de junio de 1989, en la que se reformó la ley a favor de la primera de las interpretaciones señaladas.

contra la “libertad y la seguridad”, y con el mismo planteamiento⁹, el delito en el artículo 487 y las faltas en el artículo 584, 5º y 6º

Como en la Ley de 1942, a través del delito se otorgó una protección asistencial amplia y otra restringida. En la primera quedaron amparados los hijos sometidos a la patria potestad, los pupilos sometidos a tutela y los cónyuges, frente al incumplimiento por parte de padres, tutores y cónyuges de sus deberes asistenciales¹⁰, siempre que tuviese como causa el abandono malicioso del domicilio familiar o una conducta desordenada. En la segunda, de carácter exclusivamente económico¹¹, quedaron protegidos los descendientes menores o incapaces para el trabajo, los ascendientes y el cónyuge (no separado por su culpa) siempre que se hallaren necesitados, frente al incumplimiento de su derecho a la asistencia indispensable para el sustento. Dada la dureza de las sanciones en la Ley de 1942, el Código de 1944 rebajó las penas al sancionar con prisión de un mes y un día a seis meses (arresto mayor) y multa de 1.000 a 5.000 pesetas los incumplimientos asistenciales señalados en primer lugar y con prisión de cuatro meses y un día a seis meses (arresto mayor en su grado máximo) y multa de 5.000 a 10.000 pesetas, los incumplimientos asistenciales más graves, pudiendo el Tribunal acordar, en ambos casos, la privación del derecho de patria potestad, tutela o autoridad marital que tuviere el reo.

El Código aumentó las penas de las faltas, de 1 a 30 días de prisión (arresto menor) o multa de 50 a 500 pesetas o reprensión privada, y cambió su sentido al añadir a la tradicional protección de la educación de los hijos la de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad (cuando fuesen incumplidos por motivos diferentes a los previstos en el delito, por lo que dejó de identificarse la falta con el incumplimiento del deber de educación), lo que se repetía para los pupilos menores de dieciséis años, respecto a su instrucción primaria obligatoria y sus derechos de tutela o guarda.

A lo largo de la vigencia del Código de 1973, entre el final de la dictadura y el paso a la democracia, cabe diferenciar dos periodos: el de su entrada en vigor hasta la reforma de 21 de junio de 1989 y el que va entre ésta y su derogación por el Código vigente de 1995.

Respecto del primer periodo puede repetirse lo dicho a propósito del Código de 1944 y de la protección asistencial familiar-conyugal llevada a cabo a través de las

9. Y con la misma influencia extrapenal, de la Iglesia católica, como señalaba Antonio BERISTAIN IPIÑA, en “Delitos contra la familia y la moralidad sexual”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1964, p. 313. En este sentido resulta muy claro el Preámbulo de la ley de 1942.

10. Como, por ejemplo, el derecho de alimentos (sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción) y el de convivencia para los hijos (que no regía para los tutores en relación a sus pupilos), según los artículos 154 y ss. del Código civil y, según los artículos 56 y 57 del mismo cuerpo legal, el mutuo socorro de los cónyuges (incluidos los alimentos), la protección del marido o la convivencia, aunque se llegara a plantear la fidelidad o el débito conyugal, lo que da una idea de la extensión que podía alcanzar el delito.

11. Aunque la doctrina se manifestase partidaria, como Antonio BERISTAIN IPIÑA, de incriminar solamente la inasistencia económica, *vid.* “Protección de la familia. Razones y límites de la incriminación del abandono de familia”, en *Cuestiones Penales y Criminológicas*, Reus, Madrid, 1979, pp. 226-227.

figuras delictivas de “abandono de familia” del artículo 487 (contra la “libertad y la seguridad”) y de las faltas del artículo 584,5º y 6º¹².

Entre el primer periodo y el segundo tuvieron lugar una serie de reformas políticas, civiles y penales que no se pueden soslayar, como la realizada por la Constitución de 27 de diciembre de 1978, que estableció la obligación de asistencia a los hijos (artículo 39) y el principio de igualdad de los cónyuges (artículos 14 y 32), como la reforma civil de la Ley 14/1975 que, entre otras cosas, suprimió la autoridad marital, y las Leyes civiles 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y 30/1981¹³, de 7 de julio, sobre la regulación del matrimonio y por la que se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio¹⁴, o como, entre otras, la reforma penal de 26 de mayo de 1978 de despenalización del adulterio y del amancebamiento¹⁵. A nivel de Derecho proyectado cabe resaltar la existencia de un Proyecto de nuevo Código y una Propuesta de Anteproyecto en las que se incluía la reforma de las infracciones de inasistencia familiar-conyugal¹⁶.

Mediante la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio de actualización, el Código Penal de 1973 fueron modificados el delito y las faltas de abandono de familia tradicionales y se criminalizó, por vez segunda, la inasistencia postconyugal, derivada de los procedimientos de divorcio. De este modo, por primera vez, fueron penalmente protegidas de manera conjunta la inasistencia familiar-conyugal y la postconyugal.

Aunque el artículo 487 fue reformado¹⁷ la protección asistencial continuó siendo la misma, es decir, por un lado, los derechos legales asistenciales de los hijos sometidos a la patria potestad, de los pupilos sometidos a tutela y de los cónyuges (cuyo incumpli-

12. Con la variación lógica en la cuantía de las penas de multa (que pasaron a ser en el primer caso de 5.000 a 25.000 pesetas y de 5.000 a 50.000 pesetas, respectivamente, y, en las faltas, de 250 a 2.000 pesetas) y otros cambios en materia de procedibilidad y perdón procedentes de la reforma de L.O. 8/1983, de 25 de junio, que también suprimió la referencia a la (privación) de la autoridad marital.

13. De modo que a partir de entonces están regulados en los artículos 154 y ss. del Código civil los derechos asistenciales de los hijos, los alimenticios, formativos (educación y formación integral), sanitarios, de convivencia y de custodia. Los relativos a la tutela (regulados en los artículos 215 y ss, como el ser cuidados o velados, la alimentación, la educación formación integral...etc.) proceden de varias reformas posteriores, como los de la guarda y acogimiento de menores de los artículos 172 y ss, muy similares a los de la tutela.

14. Por lo que, además de (re) instaurado el divorcio, desde entonces y según los artículos 67 y 68 del Código civil los cónyuges, jurídicamente iguales, se deben mutuo respeto, ayuda y socorro, alcanzando durante la convivencia todo tipo de auxilio que cualquiera pueda necesitar para la satisfacción de sus propias necesidades y debiendo contribuir ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio o familiares.

15. Lo que, pese a su escasa aplicación entre 1955 y 1963 según Antonio BERISTAIN IPIÑA (“Delitos...” cit., p. 309) tuvo repercusión en otras figuras delictivas, como el llamado abandono de familia, pues entonces se comenzó a sancionar como tal las conductas de infidelidad conyugal (conductas desordenadas).

16. Lo más destacable del Proyecto de 1980 fue su propuesta de un único delito, novedosamente entonces contra las relaciones familiares, en el que sólo se protegía la asistencia indispensable para el sustento de los descendientes, ascendientes y cónyuges necesitados, mientras que de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 cabe resaltar la protección de la asistencia para el sustento de ascendientes y cónyuges necesitados y la del sustento o educación de los descendientes menores o incapaces en todo caso.

17. De modo que se posibilitó la interpretación de su regulación de dos delitos autónomos. Lógicamente, también fueron actualizadas las cuantías de las multas.

miento debía seguir teniendo como causa el abandono malicioso del domicilio familiar o una conducta desordenada) y, por otro, el derecho a la mínima asistencia económica, la indispensable para el sustento de los descendientes menores o incapaces para el trabajo, los ascendientes o el cónyuge necesitados (siempre que no fuese por causa imputable a éste).

Las faltas cambiaron su contenido, numeración y sus consecuencias y finalmente fue suprimido de ellas la protección de la educación de los hijos según la posición y medios y la de la instrucción primaria obligatoria para los pupilos¹⁸.

La reforma añadió en el artículo 487 bis el nuevo delito de inasistencia económica postconyugal, judicialmente controlada, que venía a proteger, además del buen funcionamiento de los poderes públicos (por la obediencia a las resoluciones judiciales), los derechos económicos asistenciales de los cónyuges derivados de las separaciones y de los ex cónyuges derivados de los divorcios y la nulidad matrimonial, además de los relativos a los hijos. Así, el dejar de pagarles (durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos) las prestaciones económicas, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio¹⁹, era sancionado con la pena de prisión de 1 mes y un día a seis meses (arresto mayor) y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Por el excesivo apego a los procedimientos matrimoniales, quedaron fuera de la protección del artículo 487 bis los derechos de los hijos no matrimoniales, lo que fue duramente criticado por inconstitucional (contrario al artículo 39)²⁰ y por no hacer la previsión de otros impagos diferentes a los de tracto sucesivo mensual, quedó *de facto* excluida la protección en los supuestos de nulidad y en algunos supuestos de separación y divorcio (respecto de las prestaciones compensatorias previstas en el artículo 99 del Código civil).

El Código penal vigente de 1995 protege tanto la inasistencia familiar-conyugal como la derivada de los procedimientos matrimoniales, de filiación y de alimentos de los hijos en los delitos contra las “relaciones familiares” y “los derechos y deberes familiares” que están regulados en los artículos 226 y 227²¹.

En el artículo 226 hay dos tipos de protección de los derechos legales de asistencia: por un lado, la protección amplia de los derechos inherentes a la patria potestad, la

18. Por lo que a partir de entonces debía entenderse que quedaban incluidos entre los deberes de la patria potestad y de la tutela protegidos en el artículo 487.

19. Quedaban abarcadas las pensiones alimenticias y las compensatorias, pero no las indemnizaciones por nulidad ni otras prestaciones compensatorias previstas por el Código civil sustitutivas de las primeras, pues no eran periódicas, sino de pago conjunto o único. a diferencia del artículo 34 de la Ley de 1932 que cubría sólo las pensiones alimenticias derivadas de divorcio.

20. Y censurado por el Tribunal Constitucional en sus STC de 18-3-1998 y 20-4-1998.

21. Sin regulación de faltas, salvo la prevista en el artículo 619 protectora de la asistencia o auxilio de personas de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependiente (familiares o no) y la del artículo 618, 2º, procedente de la reforma de 25 de noviembre de 2003, sobre incumplimiento de las obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o procesos de alimentos a favor de sus hijos, no constitutivas de delito.

tutela, la guarda o el acogimiento familiar de hijos, pupilos y sometidos a guarda o acogimiento familiar (sin exigir que su incumplimiento se deba al abandono o a conducta desordenada) y, por otro lado, la protección económica de los descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, cuando se les deje de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para su sustento. En la regulación originaria el Código sancionaba ambas conductas con la pena de arresto de 8 a 20 fines de semana, pudiendo también imponerse motivadamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar de 4 a 10 años; tras la reforma de L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, el Código sigue sancionando todos los incumplimientos señalados con la misma pena, ahora alternativa, o prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses, repitiendo la potestativa imposición de la pena privativa de derechos señalada.

La protección del artículo 227 está relacionada con los derechos asistenciales de carácter económico judicialmente reconocidos en los procedimientos matrimoniales, de filiación y de alimentos de los hijos, por lo que, además del buen funcionamiento de los poderes públicos (obediencia a las resoluciones judiciales) a través suyo se protege a los cónyuges, ex cónyuges e hijos (matrimoniales y no matrimoniales) de los impagos de las prestaciones económicas derivadas de cualquiera de los procedimientos señalados, sean éstas de tracto sucesivo mensual (que conlleven un incumplimiento durante 2 meses consecutivos o 4 meses no consecutivos) o conjuntas o únicas²². Mientras que la pena originaria en 1995 era (como en el artículo 226) para todos los supuestos la de 8 a 20 arrestos de fin de semana, desde la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, la pena es también alternativa, o prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses²³.

REFLEXIONES FINALES

A la vista de todo lo anterior, quisiera hacer unas reflexiones de futuro, que finalmente dejaré formuladas en forma de preguntas.

Existen dos aspectos relevantes de la realidad social (y también jurídica) que entiendo muy conectados con las infracciones penales tratadas y que, en mi opinión, permiten realizar algunos cuestionamientos.

Por un lado, la pluralidad de modelos familiares y de pareja hoy existente, frente al monopolio o hegemonía anterior de la familia nuclear-matrimonial tradicional y, por otro lado, los avances en la igualdad e independencia económica de las mujeres, en general, en la pareja y en la familia (aunque se trate ésta de una cuestión compleja en la que aún queda mucho por hacer) frente a la situación de tradicional dependencia y división muy marcada de roles familiares.

22. Por lo que ahora quedan incluidas, además de las prestaciones (alimenticias y compensatorias) periódicas, mensuales o no, las indemnizaciones por nulidad y las prestaciones compensatorias no periódicas. No obstante, a diferencia de las prestaciones alimenticias de los hijos, hay que añadir que las compensatorias e indemnizatorias por nulidad para los cónyuges no fueron previstas civilmente como prestaciones estrictamente asistenciales, lo que a efectos penales plantea importantes problemas tanto teóricos como prácticos.

23. A lo que debe añadirse que, desde 1995, la reparación del daño procedente del delito comporta siempre el pago de las cuantías adeudadas.

Ciertamente estos aspectos han sido tenidos ya en consideración al regular los delitos de inasistencia familiar-conyugal y postmatrimonial.

Así, por ejemplo, en relación al matrimonio, al haberse reducido en el vigente artículo 226 la protección asistencial de los cónyuges a la asistencia económica necesaria legalmente establecida para el sustento (alimenticia), superando la de todo el conjunto de los derechos asistenciales matrimoniales²⁴. Cabe añadir la inclusión de la protección de los hijos extramatrimoniales junto a los matrimoniales en el vigente artículo 227, abarcando así la protección de familiares pertenecientes a otros modelos diferentes al nuclear-conyugal²⁵.

Mis preguntas son dos ¿o tres?

1. ¿Sería justa la equiparación de las parejas de hecho o uniones estables al matrimonio en la protección asistencial del artículo 226? Hasta hoy están excluidas, pero podría cambiarse la regulación civil (y no sólo autonómica) de sus derechos asistenciales...

2. ¿Sería justo equiparar matrimonio y parejas de hecho a los efectos del artículo 227 del Código penal, de cara a la protección del pago de las prestaciones económicas derivadas de los procedimientos judiciales respectivos?

3. ¿O tal vez, en consideración a unas prestaciones cada vez menos asistenciales (encaminadas a ser una mera deuda civil) y al nuevo perfil de las parejas (matrimoniales) en las que los miembros gozan de una mayor autonomía e independencia económica y tienen una mentalidad y unas actitudes más igualitarias en el reparto de las tareas familiares y domésticas, no debería comenzar a plantearse la des/criminalización de los impagos relacionados con los cónyuges y ex cónyuges previstos en el artículo 227?

24. Vid. LAURENZO COPELLO, P., *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 14-15.

25. Frente a la reforma de 1989 que defendió sólo el modelo familiar nuclear-conyugal, hay que recordar que el Código de 1995 realiza una mejora sistemática importante al incluir estos delitos entre aquellos contra "las relaciones familiares". En este sentido resulta interesante la *Exposición de Motivos* del Proyecto de Código de 1992 sobre la no identificación de la regulación penal con un modelo familiar determinado.

MENORES

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
279 - 286

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN EL DERECHO FRANCÉS: LA PREOCUPANTE EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO¹

Jocelyne CASTAIGNÈDE

*Profesora de Derecho penal y Criminología
Directora del Master en Criminología y
Derecho de los menores en dificultad
Universidad de Bayona – Facultad de Pau
Francia*

En los comienzos de su carrera universitaria, el Profesor Antonio BERISTAIN se interesó en la problemática del menor delincuente, más concretamente del menor infractor, tal y como a él le gustaba subrayar. El respeto que sentimos hacia el Profesor que fue nuestro maestro, y el afecto que nos une al padre jesuita que celebró el matrimonio de nuestra hija, nos lleva a ofrecerle a modo de Homenaje las siguientes reflexiones.

En efecto, el Derecho francés periódicamente centra su atención en el menor autor de una infracción para endurecer progresivamente las normas relativas a su responsabilidad, tendencia que se ha visto acelerada en la última década. Son claras las implicaciones criminológicas de dicha tendencia, pero es preciso delimitar bien el derecho si luego se pretende realizar una aproximación desde la perspectiva del criminólogo, indispensable en el momento de la aplicación del derecho, sobre todo en materia de derecho penal de menores. Por consiguiente, el concepto de responsabilidad, concepto rico y esencial, se configura como el eje de la justicia penal.

No obstante, la experiencia histórica muestra que el legislador francés ha centrado su atención más sobre las consecuencias de esta responsabilidad que sobre su reconocimiento. A comienzos del siglo XIX, el Código penal de 1810 eliminó las diferencias entre chicas y chicos y estableció la mayoría de edad penal en los 16 años. Los jueces debían examinar si los menores enjuiciados tenían capacidad de discernimiento, y

1. Traducido por: Isabel Germán. Doctora en Derecho, Master en Criminología. Investigadora (IVAC-KREI).

sólo los menores con esta capacidad podían ser condenados a una pena, rebajada en este caso por medio de la atenuante de minoría de edad. Una ley de 12 de abril de 1912 suprimió la cuestión del discernimiento para los menores de 13 años; se creó una nueva jurisdicción, el tribunal para niños y adolescentes, habilitado para juzgar a los menores de más de 13 años en el momento de los hechos. Sin embargo, el texto en que se fundamenta la justicia penal de menores es la ordenanza de 2 de febrero de 1945 relativa a la infancia delincuente, texto que parte de una nueva filosofía: el eje principal no es el acto, sino el individuo al que se le reprocha dicho acto; el modelo penal establecido está dirigido hacia la protección más que a la represión. Son tres los principios que caracterizan a este texto: primacía de la educación sobre la represión, especialización de las jurisdicciones e individualización del tratamiento. La ordenanza de 2 de febrero creó un nuevo juez especializado, el juez de los niños, y suprimió la cuestión del discernimiento, con independencia de la edad del menor. En cuanto a las sanciones penales, los menores de 13 años sólo podían ser objeto de sanciones educativas, mientras que los menores de más de 13 años podían ser condenados tanto a medidas educativas como a otras penas, siendo la medida educativa de aplicación prioritaria. Si se determinaba una pena, podía atenuarse a través de la minoría de edad, pero ésta atenuación era susceptible de desestimarse para los mayores de 16 años.

El objetivo de la justicia penal definido en la ordenanza de 2 de febrero de 1945 es la reeducación del menor; para alcanzar este objetivo, se privilegia el sistema tutelar, la elección del modelo tutelar se deriva del hecho de que el niño delincuente debe ser considerado prioritariamente como digno de protección. Pero, el contexto sociológico va a cambiar progresivamente (aumento del individualismo, cambio de los modelos familiares, temporalmente breves), mientras que el ámbito jurídico, centrado más en el respeto al derecho y la consideración de la víctima en el proceso penal, producirá efectos perversos en la justicia de menores. En ocasiones este modelo legislativo parece llevarse al límite.

La evolución reciente del concepto de responsabilidad penal del menor ilustra estos cambios de perspectiva, cuyas consecuencias todavía no han terminado, puesto que el legislador francés se propone promulgar en 2010 un Código de justicia penal de los menores. También es interesante detenerse en este concepto cuyos contornos se han precisado: desde la perspectiva del derecho, la aclaración es loable al tratarse de la determinación de la responsabilidad penal del menor (I), desde el punto de vista criminológico, el endurecimiento es lamentable al tratarse de la aplicación de la responsabilidad penal (II). Esta constatación muestra que el hecho de centrarse exclusivamente en el derecho puede ser nefasto para el individuo si no se acompaña de la perspectiva criminológica.

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR Y EL DERECHO: UNA ACLARACIÓN LOABLE

La trasgresión de una prohibición penal, definida por el buen funcionamiento de la sociedad en el marco del proceso de incriminación, conducirá a su autor a responder por sus actos ante el juez penal. Pero sólo una falta imputable al sujeto permitirá establecer su responsabilidad penal. Este esquema, muy escuetamente descrito, lleva a analizar la trilogía conceptual sobre la que se fundamenta el derecho penal general, culpabilidad, imputabilidad y responsabilidad, en relación con el derecho penal de los menores (A). Efectivamente, se observa una especificidad en esta materia respecto a la apreciación del discernimiento (B), especificidad que ha sido aclarada recientemente.

A) Responsabilidad, culpabilidad e imputabilidad

A diferencia de lo que sucede en materia civil que contempla la responsabilidad por el hecho ajeno, en materia penal se exige una falta del sujeto. La responsabilidad penal es una responsabilidad subjetiva tal y como se indica en el artículo 121-1 del Código penal de 1992: *“nadie es responsable penalmente más que de sus propios actos”*. El reconocimiento de la culpabilidad es el presupuesto del examen de la responsabilidad. Este principio del derecho penal por supuesto debe aplicarse tanto a los menores como a los adultos. Si esta constatación forma parte de la tarea del juez, su necesidad no aparecía claramente indicada en el texto de la ordenanza de 2 de febrero de 1945 que habla de los *“menores a los que se les ha imputado una infracción”*. Lo elocuente de las palabras es importante y realmente útil desde un punto de vista pedagógico de cara a los que trasgreden la ley. La ausencia de la referencia a la culpabilidad, primer componente de la responsabilidad, era mucho más lamentable que el hecho de que el antiguo Código penal no lo mencionara tampoco en los antiguos artículos 66 y 67 consagrados a los menores.

El nuevo Código penal, promulgado en 1992, y que entró en vigor en 1994, comenzará un trabajo de clarificación en un único artículo consagrado a los menores, el artículo 122-8. Este artículo mencionaba a los *“menores declarados culpables de una infracción penal”* antes de contemplar las medidas que les son aplicables. Ya existe una referencia a este concepto, pero la tarea de clarificación se detiene en la necesaria constatación de la culpabilidad. De forma totalmente paradójica, a pesar de que se ubica en un título relativo a la responsabilidad penal, el artículo 122-8 no hacía referencia a la responsabilidad penal.

El carácter incompleto de la redacción del artículo 122-8 justificaba depurar su comprensión. Hubo que esperar 10 años para que el legislador, por medio de la ley de 9 de septiembre de 2002, introdujera de forma explícita la noción de responsabilidad penal del menor en el Código penal. La pretendida irresponsabilidad penal de los menores, cuyas negativas consecuencias eran estigmatizadas por los políticos ante una opinión pública a menudo poco tolerante con los jóvenes, no tenía cabida. No hay responsabilidad sin culpabilidad, sin la comisión de una falta en la que se procura reconocer el elemento moral de la infracción, elemento moral que hace también referencia al concepto de imputabilidad.

La imputabilidad consiste en la posibilidad de considerar a un sujeto como autor de una infracción: vinculada con la culpabilidad, la imputabilidad nos lleva a la responsabilidad. La imputabilidad es un componente de la responsabilidad en el sentido de que, en ausencia de este elemento, no puede imponerse una sanción al sujeto que haya cometido una infracción penal. Así, la persona que, en el momento de los hechos, se encuentre afectada por un trastorno psíquico o neuro-psíquico tal que haya anulado su capacidad de discernimiento, no será responsable penalmente según el párrafo 1 del artículo 122-1 del Código penal, según el cual si se verifica un trastorno mental éste será causa de inimputabilidad. Este ejemplo permite demostrar una diferencia muy importante entre el Derecho penal de adultos y el Derecho penal de menores: los adultos se consideran responsables salvo que se beneficien de una causa de inimputabilidad, mientras que los menores sólo serán responsables una vez se les haya imputado previamente una infracción. Por consiguiente, en el Derecho penal de menores, el concepto de imputabilidad es esencial; así lo indica el artículo 122-8 del Código penal

en su redacción conforme a la ley de 9 de septiembre de 2002 “*los menores con capacidad de discernimiento son penalmente responsables de los crímenes, delitos y faltas por los que hayan sido declarados culpables*”. El legislador ha reunido finalmente los componentes de la responsabilidad penal en único artículo relativo al menor. La esperada clarificación ha llegado y el criterio que hará que la imputabilidad sea más operativa es el discernimiento.

B) Responsabilidad y discernimiento

La especificidad del Derecho penal de menores se había construido históricamente en torno a la noción de discernimiento pero, paradójicamente, ni en la ordenanza de 2 de febrero de 1945, ni en el Código penal de 1992 se hacía referencia a ello. A decir verdad, este criterio nunca pudo ser desestimado por los jueces como se demostró en la célebre Sentencia Laboube dictada por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo el 13 de diciembre de 1965: el pronunciamiento de una sanción contra un menor implica que este último “*haya comprendido y querido el acto*”. Esta sentencia consagra una concepción subjetiva de la infracción conforme a la regla general: “*toda infracción, incluso no intencional, implica que su autor haya actuado con conocimiento y voluntad*”. El Tribunal Supremo había resucitado la noción de discernimiento sin mencionarlo. La ley de 9 de septiembre de 2002 confirmó esta jurisprudencia al reintroducir expresamente el criterio del discernimiento como condición de la responsabilidad penal del menor. La referencia al discernimiento no puede ya ignorarse, revistiendo incluso un carácter esencial: la especificidad del derecho penal de fondo aplicable a los menores no reside en la responsabilidad sino en la imputabilidad. Sólo los menores “*con capacidad de discernimiento*” podrán responder penalmente por sus actos. La constatación del discernimiento es la condición previa que afecta a todos los menores, con independencia de su edad. No es la minoría de edad la causa de inimputabilidad, sino la ausencia de discernimiento vinculada con la minoría de edad. El derecho penal no se aplica más que a los menores con capacidad de discernimiento y no a todos los menores que hayan transgredido la ley penal.

La existencia de discernimiento se demostrará judicialmente, planteamiento que es muy frecuente en derecho civil, en la medida en que el menor capaz de discernimiento debe ser oído “*en cualquier proceso que le concierna*” conforme al artículo 388-1 del Código civil. El juez penal tiene que decidir en base a las circunstancias de la infracción y a las facultades intelectivas y mentales del menor que podrán ser valoradas por los peritos: el artículo 8 de la ordenanza de 2 de febrero de 1945 permite al juez de menores solicitar una amplia investigación de carácter social, un examen médico o un examen médico-psicológico. La libertad otorgada al juez para la apreciación del discernimiento se inscribe en la lógica de la especificidad del derecho penal de menores: la percepción del discernimiento del menor por parte del juez reside en un planteamiento más centro en la personalidad que en los hechos, lo que es coherente con el espíritu de la ordenanza de 2 de febrero de 1945.

No obstante, hay que lamentar que el legislador no haya fijado el límite de la minoría de edad penal, es decir, el límite por debajo del cual el derecho penal no sería aplicable aunque se hubiera infringido un precepto legal. Esta laguna en la legislación es evidente, habida cuenta de los compromisos de Francia adquiridos al ratificar, muy rápidamente, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de

1989. En su artículo 40-3-a este texto solicita a los Estados Partes “*el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales*”. No fija una edad mínima, dejando a los Estados una relativa libertad que se inscribe, a fin de cuentas, en el marco de los trabajos de la Asamblea General de las Naciones Unidas; las Reglas de Beijing para la administración de la justicia de menores adoptadas el 29 de noviembre de 1985 indican que el límite de la minoría de edad penal “*no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual*” del menor, según el artículo 4-1. No obstante puede considerarse que en Francia esta edad será de 13 años, puesto que a finales de 2008 la comisión Varinard, comisión encargada de debatir la reforma de la ordenanza de 2 de febrero de 1945, propuso la edad de 12 años.

Por tanto, cuando se analiza el concepto de responsabilidad penal en su vertiente de capacidad para la infracción, se constata que el legislador ha realizado un trabajo de clarificación. Al mismo tiempo, se ha interesado en la capacidad para ser sancionado, adoptando una postura más inquietante, al no tener en cuenta las aportaciones de la criminología: las condiciones de la aplicación de la responsabilidad penal del menor se inscriben en la tendencia general hacia el endurecimiento, particularmente evidente en lo que respecta a los multi-reincidentes.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR Y LA CRIMINOLOGÍA: EL LAMENTABLE ENDURECIMIENTO

Las consecuencias del reconocimiento de la responsabilidad penal de un menor confluyen en el ámbito jurídico y criminológico. La articulación de estas dos perspectivas implica al concepto de imputabilidad y, más concretamente, al concepto de imputabilidad subjetiva. Si la imputabilidad objetiva, material, permite conectar la infracción y sus consecuencias, la imputabilidad subjetiva, moral, se corresponde con la capacidad de comprender y de querer el acto y, por tanto, con la capacidad de merecer una sanción. Así considerada, la imputabilidad constituye no sólo un elemento de la responsabilidad, sino también un factor de apreciación de la sanción, y permitirá relacionar responsabilidad y capacidad penal (A). Esta orientación criminológica lleva a la descripción de los efectos jurídicos y, especialmente, al pronunciamiento de la sanción; es importante por tanto relacionar responsabilidad y sanción penal (B), relación que demuestra actualmente el endurecimiento del Derecho penal de los menores en Francia.

A) Responsabilidad y capacidad penal

La capacidad penal, concepto esencialmente criminológico, se define como la aptitud de un delincuente para recibir una sanción tras su procesamiento. Aplicada a la responsabilidad, la capacidad penal es una dimensión que permitirá delimitar la posibilidad del menor de beneficiarse de una sanción desde la perspectiva de la socialización. Prolongación de la imputabilidad subjetiva, sin embargo es diferente a ésta: no reenvía a la idea de retribución sino a la idea de readaptación social.

De esta forma, la referencia a la capacidad penal resulta esencial en el planteamiento del juez una vez haya sido constatada la responsabilidad penal del menor en

cuestión. Este planteamiento se menciona en el artículo 8 de la ordenanza de 2 de febrero de 1945 que precisa la tarea encomendada al juez de menores: “*conseguir el esclarecimiento de la verdad y el conocimiento de la personalidad del menor así como los medios apropiados para su reeducación*”. El objetivo planteado es el de la individualización de la sanción, uno de los pilares de la ordenanza de 2 de febrero de 1945, porque lo que prima es la reeducación del menor, su socialización. Por tanto, la responsabilidad aparece como un resultado que se obtendrá a través de un proceso, la responsabilización. Este neologismo de forma muestra el camino a seguir: la responsabilidad es un estado que se adquiere progresivamente, porque a la edad de 18 años al menor se le aplicará el derecho penal de adultos, con todas las consecuencias que esta mayoría de edad implica. Es en este sentido en el que hay que interpretar la norma de la primacía de la educación sobre la represión, principio planteado en el artículo 2 de la ordenanza de 2 de febrero de 1945 de forma muy explícita, y que se retoma en el artículo 122-8 del Código penal. El pronunciamiento de una pena reviste un carácter subsidiario y, en todo caso, no puede imponerse más que a los menores de más de 13 años en el momento de la comisión de los hechos.

La especificidad del derecho penal de los menores, desde la perspectiva de la aplicación de la responsabilidad penal, fue objeto de una nueva dinámica gracias a una decisión del Consejo Constitucional el 29 de agosto de 2002. Por medio de esta decisión se ha afirmado la existencia de un principio fundamental reconocido en las leyes de la República en materia de justicia de menores que consiste en “*la atenuación de la responsabilidad penal de los menores en función de la edad así como la necesidad de buscar un incremento educativo y moral de los menores delincuentes a través de medidas adaptadas a su edad y a su personalidad, pronunciadas por una jurisdicción especializada o conforme a los procedimientos apropiados*”. Este planteamiento es ciertamente simbólico; no reviste ni siquiera una utilidad de cara al futuro, puesto que la postura respecto a la delincuencia juvenil tiende a endurecerse. El legislador que pretenda ajustar el derecho penal de menores al de adultos no podrá ignorar la aportación del Consejo Constitucional.

Las normas establecidas por el legislador, al igual que la postura defendida por el Consejo constitucional, invitan a la jurisdicción de menores a que tenga en cuenta la capacidad penal del menor una vez se haya establecido su responsabilidad. La elección de la sanción dependerá de una cuestión de oportunidad, por lo que el papel del juez será muy relevante: tendrá la posibilidad de pronunciar medidas educativas “*que estime apropiadas*” conforme al párrafo 1 del artículo 2 de la ordenanza de 2 de febrero de 1945 y, asimismo, tendrá la posibilidad de pronunciar una sanción educativa para los mayores de 10 años o una pena para los mayores de 13 años, “*cuando las circunstancias y la personalidad de los menores así lo exijan*”, según el párrafo 2 del mismo artículo 2. Así, resulta posible una percepción gradual de las consecuencias de la responsabilidad, cuando el menor sea juzgado, en el marco del pronunciamiento de la sanción.

En cualquier caso, parece que el legislador francés desvirtúa cada vez más el concepto de capacidad penal: en su opinión, actualmente se corresponde con la capacidad de merecer una sanción; se ignora la perspectiva criminológica en beneficio de la perspectiva jurídica.

B) Responsabilidad y sanción penal

El Derecho penal pone el acento en la noción de imputabilidad en el momento de establecer la responsabilidad del autor de una infracción. Así, la imputabilidad objetiva permite vincular la infracción y sus consecuencia, y la imputabilidad subjetiva se corresponde con la capacidad de comprender y querer el acto y, por tanto, con la capacidad de merecer una sanción. Hasta aquí nos movemos en el ámbito jurídico. Pero esta noción se prolonga al ámbito criminológico con en concepto de capacidad penal, capacidad de sacar provecho de la sanción. Y, por supuesto, es este el enfoque que debe mantenerse para cualquier delincuente, *a fortiori* si se trata de un menor. Lo que importa es la socialización del menor, objetivo que debe primar tal y como lo indicaban los redactores de la ordenanza de 2 de febrero de 1945.

Ahora bien, parece que desde algunos años el legislador francés ya no percibe toda la riqueza del concepto de capacidad penal y ha dado marcha atrás en el plano conceptual para volver al concepto de imputabilidad subjetiva, como capacidad de merecer una sanción. Pueden encontrarse a este respecto varios ejemplos en las últimas leyes relativas al Derecho penal de menores; no citaremos más que tres que ilustran la filosofía actual en Francia: sancionar más duramente a los preadolescente, juzgar más rápidamente a los menores, castigar más severamente a los adolescentes mayores multi-reincidentes, diferentes líneas que muestran el retroceso de la perspectiva criminológica en beneficio de la respuesta jurídica y judicial.

En otro tiempo, a los menores de menos de 13 años en el momento de la comisión de los hechos no se les podía imponer más que medidas educativas. La ley de 9 de septiembre de 2002 ha modificado esto creando una nueva categoría de sanciones aplicables desde la edad de 10 años, las sanciones educativas que podrán ser pronunciadas “*cuando las circunstancias y la personalidad del menor así lo exijan*”. De esta forma, las sanciones educativas ya no son exclusivas de los preadolescentes y el tribunal de menores podrá pronunciar unan sanción educativa de entre las recogidas en el artículo 15-1 de la ordenanza de 2 de febrero de 1945: confiscación, prohibición de acudir a determinados lugares o de contactar con determinadas personas, especialmente las víctimas o los coautores, medida o actividades de asistencia o reparación, periodo de formación cívica “*que tengan por objeto recordar al menor las obligaciones que se derivan de la ley*”. Estas sanciones, cuyo contenido en ocasiones recuerdan a las medidas de suspensión con sus correspondientes condiciones que suelen aplicarse a los adultos, no han sido objeto de críticas importantes por parte del Consejo constitucional, mostrándose en esta materia benevolente con el legislador.

El segundo ejemplo de endurecimiento de la ley penal respecto a los menores se deduce de la idea de la aceleración de la justicia. La ley de 9 de septiembre de 2002 creó en este sentido los juicios rápidos que permiten llevar directamente a los tribunales al menor, sin fase de instrucción, siempre que los hechos estén claros y que los elementos relativos a la personalidad del menor no se remonten a más de un año. La ley de 5 de marzo de 2007 modificó el artículo 14-1 de la ordenanza de 2 de febrero de 1945 para sustituir este procedimiento por la presentación inmediata ante el tribunal de menores al objeto de que la respuesta judicial fuera más rápida todavía. Deben cumplirse las mismas condiciones que anteriormente pero el plazo del juicio puede abreviarse, a condición de que consientan todas las partes: el menor, su abogado y los padres. Aunque siempre se debe tener confianza en los magistrados, es un poco

inquietante saber que se va a invertir menos tiempo en hacer justicia en materia de menores. La rapidez del juicio puede resultar a veces operativa, pero a menudo poco beneficiosa; por tanto, esta disposición deberá aplicarse con prudencia para que pueda conseguirse la pretensión criminológica de la socialización del menor.

El tercer y último ejemplo es, verdaderamente, el más significativo del endurecimiento del Derecho penal de menores en Francia. Se refiere a la sanción de los reincidentes y, más concretamente, de los multi-reincidentes. Si a los menores, al igual que cualquier delincuente, independientemente de su edad, se les aplica la ley de 10 de agosto de 2007 que intensifica la lucha contra la reincidencia de los adultos y de los menores al introducir el sistema de penas mínimas de encarcelamiento para los crímenes y delitos cometidos por reincidentes, legalmente declarados como tales (un tercio del *quantum* previsto), es en relación con el problema de la atenuación de la pena a consecuencia de la minoría de edad donde se percibe el mayor endurecimiento. En un intervalo de cinco meses, a través de las leyes de 5 de marzo de 2007 y de 10 de agosto de 2007, el legislador francés ha modificado profundamente la lógica para los 16-18 años. La ordenanza de 2 de febrero de 1945 había previsto para los adolescentes más mayores que el beneficio de la atenuación de la pena a causa de la minoría de edad fuera la norma, y el rechazo de esta atenuación fuera la excepción; excepción que se basaba en las circunstancias del tipo o de la personalidad del menor. En 2007, el legislador ha suprimido la mención del carácter excepcional de este rechazo, añadiendo la comisión de una infracción violenta cometida por un reincidente como posible motivo de este rechazo. Además, para los menores de 16-18 años reincidentes y violentos la norma será el rechazo del beneficio de la atenuación de la pena como causa de la minoría de edad; estos adolescentes más mayores no podrán acogerse a este beneficio más que a través de una decisión especialmente motivada. De esta forma, el legislador ha invertido totalmente la perspectiva, demostrando que desea asimilar lo más posible el régimen jurídico aplicable a los menores de 16-18 años al régimen aplicable a los adultos. Para los reincidentes, según el legislador, la clemencia parece poco operativa.

Para terminar esta reflexión, debe subrayarse, cuando el derecho se aplica sin matices o con tan pocos matices que los efectos perversos son inevitables, cómo perjudica el derecho a las enseñanzas provenientes de la criminología, disciplina tan apreciada por nuestros maestros Antonio BERISTAIN y Jean PINATEL. La fe que ellos tenían en el individuo, aunque fuera delincuente, deben también compartirla los magistrados encargados de aplicar el derecho. Porque es obvio que, en Francia, el principio de la primacía de la educación sobre la represión, principio que inspira la ordenanza de 2 de febrero de 1945, ha sido sustituido por el principio de complementariedad de lo educativo con lo represivo. Pero lo represivo no debe predominar sobre lo educativo, tampoco para los adolescentes más mayores. A este respecto, es de esperar que el futuro Código de la justicia penal de los menores sepa combinar la educación y la represión sin olvidar la especificidad de los menores, personas a veces verdaderamente difíciles, pero personas en desarrollo. Si los redactores de este Código recordaran la riqueza del enfoque criminológico, podrá alcanzarse este objetivo; lo que es de esperar puesto que debe afirmarse el principio de la finalidad educativa de toda respuesta penal. Pero no es suficiente con fijar unos principios; lo importante es renunciar a ellos sin desvirtuarlos.

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
287 - 300

MENORES INFRACTORES/MENORES VÍCTIMAS: HACIA LA RUPTURA DEL CÍRCULO VICTIMAL

Isabel GERMÁN MANCEBO Estefanía OCÁRIZ PASSEVANT

*Instituto Vasco de Criminología
Universidad del País Vasco*

*Instituto Vasco de Criminología
Universidad el País Vasco*

“No se respeta ni ama suficientemente a los menores”

A. Beristain (1986): *Ciencia penal y Criminología*, Madrid, Tecnos, p. 184.

MENORES INFRACTORES: DEFINICIÓN Y PERFILES

El periodo de la adolescencia se caracteriza por la ambigüedad en todos los niveles: con respecto a las conductas, a las normas sociales, a la relación con los demás y con uno mismo... en general todo está marcado por la contradicción y la divergencia. La realidad de esta etapa es tan evidente que, a veces, nos dejamos cegar por su proximidad. Nos olvidamos de que el concepto “adolescencia” es relativamente reciente, y aun queda mucho por estudiar y aprender de una existencia tan cambiante, sometida a continuos ajustes sociales, técnicos y económicos. Es difícil ser objetivo con los adolescentes, pero no debemos olvidar que los jóvenes que nos rodean han sido formados en un entorno en el que nosotros hemos participado en mayor o menor medida y que, además, ellos son los destinados a reemplazarnos progresivamente.

La adolescencia se caracteriza por la cultura de la inmediatez, por la inestabilidad emocional, por la necesidad de conocer, experimentar y poner a prueba tanto la propia resistencia, como los límites y las normas familiares y sociales, considerándose una etapa de crisis evolutiva.

Actualmente, los adolescentes disfrutan de una mayor libertad personal, lo que, junto a un mayor sometimiento de éstos a nuevas formas de control social, puede derivar en situaciones de “descontrol personal, que van de las estridencias vestimentarias (*pearcing*, tatuaje, etc.), hasta el aumento en el consumo de nuevas drogas (como las

drogas de síntesis), pasando por la violencia entre iguales y los conatos de rebeldía juvenil” (Giménez-Salinas; Graupera, 2006: 26). Asimismo, se observa una cultura de “tolerancia de frustración 0” (Cabrera, 2005: 51) en una sociedad que experimenta una profunda transformación sociocultural y en la que los marcos de referencia están muy desdibujados.

La evolución de la posición personal en el estado de conflicto social en el que vive el menor va variando. Con cada cambio experimentado por el joven su inadaptación es mayor y comienza a participar de la vida, costumbres y cultura de gente nueva y, al mismo tiempo que se aleja de los amigos anteriores, se inscribe en un nuevo espacio social, un espacio de riesgo (Bayón, 2005: 27).

A la hora de delimitar el concepto “menor”, sobre todo cuando se asocia al adjetivo “infractor”, hacemos referencia al chico o a la chica mayor de 14 años y menor de 18, por la trascendencia de los comportamientos contrarios a la ley que puedan cometerse en esta franja de edad, y su relevancia jurídico-penal, criminológica y victimológica. Determinar la minoría de edad para los efectos de la responsabilidad penal ante la Ley, es un tema debatido, y existe una gran variedad de criterios para fijar la edad límite en que una persona pueda considerarse como menor. En España, cada vez que, lamentablemente, aparece un caso especialmente trágico y cruel cometido por menores, surgen muchas voces abogando acerca de la necesidad de rebajar la edad penal a los menores. Nuestra opinión como expertos en la temática del menor infractor nos hace posicionarnos en contra de esta posibilidad, considerando la educación en valores, las redes de educadores de base, la protección social del menor en ocasiones, incluso, de su familia, como los puntos clave para el tratamiento con menores infractores. No olvidemos que en términos generales se considera menor de edad a quien por su desarrollo físico y psíquico no tiene “la capacidad de autodeterminación del hombre, para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuricidad de su conducta” (Román González, 2008).

Esta cuestión tiene una gran relevancia desde la perspectiva jurídico-penal, puesto que la minoría de edad, como causa de exención de la responsabilidad separada de los demás supuestos y con un precepto específico (art. 19 Cp), es también “en cierto modo y dentro de ciertos límites” una causa de inimputabilidad basada en la falta de madurez del menor que “carece de la capacidad suficiente para motivarse por las normas” (Muñoz Conde; García Arán, 2007: 363). Ahora bien, según explica Ayo (2004: 81), atendiendo al artículo 5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que establece las bases de la responsabilidad penal de los menores, se concluye que no es posible utilizar el criterio de la imputabilidad para excluir la responsabilidad penal del menor sino “sólo y exclusivamente para excluir dicha responsabilidad conforme al código penal”. Y es que, el menor tiene capacidad para comprender el significado del hecho delictivo que ha cometido y actuar en consecuencia, pero el principio de culpabilidad debe adaptarse a su peculiar psicología y/o su grado de madurez.

Huimos, por tanto, del término “delincuente” cuando describimos a los menores que han cometido un delito, puesto que lo consideramos un etiquetamiento pernicioso que puede llegar a traducirse posteriormente en la estigmatización de estas personas. Beristain (1996: 180) utiliza acertadamente el término “infractor”, cuando se trata de menores, por considerarlo una “calificación no tan reprochante” evitándose así

las connotaciones negativas de “delincuente” o “criminal”; desde la Sociología del lenguaje es deseable que no se aplique la palabra “delito y castigo en la normativa referida a los jóvenes” (Beristain, 1988: 78), optando, en su lugar, por “infractor” y “sanción”.

A partir del Séptimo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, concretamente con la publicación de las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil en 1990, surge un término acorde con la realidad social “jóvenes en situación de riesgo social” (Vázquez; Serrano, 2005: 6-7). En el caso particular de los menores y jóvenes que padecen claramente una exclusión social, éstos pueden interiorizar un estilo de vida que puede llevarles al extremo de la comisión de hechos delictivos, lo que conlleva el prejuicio social y la estigmatización, creándose un círculo difícil de romper. Estamos ante lo que Rodríguez Manzanera (1988: 159 ss.) denomina “el círculo victimal”: aquellos supuestos en los que la víctima se convierte en infractor o los casos en los que el infractor se convierte en víctima.

Sin embargo, en los últimos años el perfil del menor infractor ha evolucionado, encontrándonos actualmente, ya no sólo con menores no integrados socialmente, procedentes de familias desestructuradas y/o entornos marginales, sino también (y sobre todo, como veremos) con menores procedentes de familias normalizadas (sin problemas económicos importantes, sin toxicomanías...), además de con menores inmigrantes, aunque estos últimos padecen en muchos casos una alta exclusión social y ausencia de integración, por lo que podrían incluirse en el primer grupo mencionado.

Tradicionalmente, el concepto de “menor infractor” iba asociado necesariamente a menor procedente de barrios o zonas desfavorecidas, de etnia gitana, con bajo o nulo aprovechamiento escolar, con familiares en prisión, etc. Sin embargo, y basándonos en el reciente estudio “Evaluación de la intervención educativa y análisis de la reincidencia en la Justicia de menores en la CAPV” (San Juan; Ocariz: 2009), la mayoría de los menores que infringen la ley en nuestra comunidad procede de familias normalizadas, entendidas éstas como grupos estructurados, en los que al menos un progenitor trabaja de manera estable, el menor acude a su centro escolar, etc. Lo que sí es cierto es que existe una diferencia clara entre el menor que comete hechos delictivos “leves” (de poca importancia jurídica) y que en consecuencia, es objeto de medidas de cumplimiento en medio abierto, y el menor que comete hechos más graves (robo con violencia y/o intimidación, por ejemplo) y que, por tanto, recibe una respuesta penal-educativa más restrictiva en cuanto a su libertad. Estamos hablando de menores que cumplen sus medidas en centros educativos.

En el primer caso, el perfil psicosocial de un menor infractor objeto de medidas en medio abierto es el de un varón, nacido en la Comunidad Autónoma del País Vasco, con una situación económica familiar suficientemente estable como para cubrir sus necesidades básicas (no requiriendo ayudas sociales, por ejemplo) y con una familia estructurada (es decir, con familiares directos que no presentan episodios de delincuencia, ni de abuso de sustancias tóxicas, etc.). Si bien es cierto que son chicos y chicas en los que, de manera importante, aparece una variable a estudiar de manera específica como es la “ruptura de vínculos” (San Juan; Ocariz: 2009). Son menores que han sufrido de manera muy próxima, y “sangrante” en ocasiones, una separación traumática por parte de sus padres, lo que ha conllevado a que muchos de ellos apenas

tengan relación con alguno de sus progenitores (generalmente la figura masculina) o directamente carezcan totalmente de ella. También en muchos casos, el menor ha sido objeto de un abandono total por parte de uno o ambos progenitores.

En el segundo caso, a pesar de que en los centros educativos nos encontramos cada vez más frecuentemente con adolescentes que, sin provenir de hogares marginales, han desviado sus referencias vitales hacia estilos de vida de riesgo, “asumiendo valores marginales y el discurso de la delincuencia como definición de su propia vida” (Bayón, 2005: 11), lo cierto es que el perfil del menor objeto de medidas de cumplimiento en centro educativo, son menores nacidos en España, con una situación socioeconómica familiar insuficiente, con una familia desestructurada, con problemas familiares de salud mental y/o física, con progenitores con consumo de tóxicos y episodios delictivos y también nos aparece nuevamente la variable “ruptura de vínculos” y el abandono.

TIPO DE INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS MENORES

Más que el volumen de la delincuencia juvenil, interesa la orientación e intensidad de la misma, lo que expresa su calidad, ya que estos aspectos hacen referencia a los bienes, valores o intereses lesionados por el infractor, así como la gravedad de la lesión (Herrero, 2005: 31).

Las infracciones cometidas por los menores son de muy diferente índole. En ocasiones pueden ir asociadas a un uso problemático de drogas y ser consecuencia de éste, ya sea como una manifestación de la denominada delincuencia funcional –que se traduce en delitos contra el patrimonio– como consecuencia de los efectos inhibidores y estimulantes de las sustancias que consumen –lesiones, riñas, conducción bajo los efectos del alcohol y otras drogas, etc.– Lo cierto es que la tipología delictiva es muy variada y a pesar de que los menores cometen más delitos que faltas, ningún hecho delictivo destaca de manera significativa frente a los demás, tal y como se puede apreciar en la siguiente tabla, elaborada a partir de un reciente estudio llevado a cabo por el Instituto Vasco de Criminología.

Hechos Delictivos	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Lesiones	95	16,8	16,8
Robo con violencia y/o intimidación	92	16,3	33,1
Hurto	78	13,9	47
Robo con fuerza	58	10,3	57,3
Maltrato	32	5,7	63
Daños	32	5,7	68,7
Violencia doméstica	26	4,7	73,4
Amenazas	20	3,5	76,9
Atentado	19	3,4	80,3
Contra el orden público	16	2,8	83,1
Contra salud publica	15	2,7	85,8
Hurto de uso	12	2,1	87,9
Robo de uso de vehículo a motor	8	1,4	89,3
Injurias	8	1,4	90,7
Agresión sexual	8	1,4	92,1
Contra la seguridad del tráfico	7	1,2	93,3
Robo	6	1,1	94,4
Vejeciones	5	,9	95,3
Agresión	5	,9	96,2
Receptación	4	,7	96,9
Falta de respeto a la autoridad	3	,5	97,4
Quebrantamiento	3	,5	97,9
Resistencia a la autoridad	3	,5	98,4
Apropiación indebida	2	,4	98,8
Otros	7	1,2	100,0
Total	564	100,0	

Pero también se observa una delincuencia que no siempre se va a asociar al uso de drogas o que puede ser respuesta a una situación de marginalidad. Se trata de la violencia en la escuela, entre el grupo de pares, y, cada vez más, violencia contra los mayores. En los últimos años, estamos asistiendo a la aparición y reincidencia en un delito especialmente grave como es la violencia hacia los padres y en concreto, hacia la

madre. Es un delito nuevo frente al cual las teorías clásicas de explicación de conductas infractoras resultan inservibles. La falta de respeto a los mayores, la falta de control de impulsos y la nula tolerancia a la frustración de nuestros adolescentes, parecen ser los factores explicativos de este nuevo fenómeno.

La percepción social vincula al menor con las conductas antisociales y con la criminalidad, generándose un sentimiento de inseguridad, amplificado por los medios de comunicación que transmiten asimismo una imagen de juventud en riesgo, sin valores, con una cultura del ocio, de lo inmediato, conflictiva y generadora de molestias, desórdenes y delincuencia.

Como consecuencia de la percepción social, los ciudadanos, por miedo a la delincuencia, demandan medidas de control y represión para recuperar la paz social. Ante esto, se adoptan políticas no siempre acertadas para hacer frente a un fenómeno que, más que necesitar una respuesta jurídica, requiere una intervención desde otras perspectivas –social, educativa, etc.–, además de demandar estrategias de carácter preventivo más que represivo.

Y es que la sociedad, como afirma Beristain (1996: 180), no encuentra fácilmente soluciones adecuadas para comprender, descifrar y solucionar los conflictos generados por los menores. Efectivamente, la reacción social frente a los actos delictivos cometidos por un menor adolescente no puede consistir en un mero castigo, sino que debe procurarse su integración social. Las infracciones cometidas por los jóvenes tienen unas causas concretas para cuyo abordaje es necesaria una política social específica (Ottenhof, 2001: 676), dirigida a los menores que entren en contacto con la ley, que atienda al interés superior del niño y, en consecuencia, de la sociedad en general.

Actualmente, cuando un menor comete un hecho delictivo no es responsable penalmente conforme al Código penal sino que, en base al artículo 19 de dicho texto legal, podrá, si es el caso, ser responsable conforme a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM).

Esta Ley, de naturaleza materialmente sancionadora-educativa, se ha inspirado en los principios de instrumentos internacionales, como las Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores de 1985, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1990 (Directrices de Riad) y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989 (especialmente su artículo 40) entre otros. Estos instrumentos recomiendan la organización de una justicia especializada, flexible y diversa, para juzgar a las personas menores de 18 años.

En atención a lo dictado a nivel internacional, el criterio rector de la LORPM es el interés superior del menor, gracias al cual se adoptarán las decisiones que mejor puedan contribuir a la educación y desarrollo de la personalidad del menor que haya manifestado con su conducta una actitud antisocial.

Ahora bien, tras la reforma de la LORPM de diciembre de 2006¹ se produce un endurecimiento de las medidas aplicables a los menores (ampliación de los supuestos

1. Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado, posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios), lo que cuestiona la primacía del principio de interés superior del menor.

Éste parece ahora ceder ante una suerte de principio de proporcionalidad más cercano al contemplado en el Derecho penal de adultos, a pesar de que, en la exposición de motivos de la reforma, se intente negar esta circunstancia al considerar que

“el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta”.

En cualquier caso, la característica más importante del proceso penal de menores reside en su finalidad: erigirse, más que en un proceso retribucionista o dirigido exclusivamente a la aplicación del *ius puniendi*, en un proceso concebido para obtener la rehabilitación y reinserción del menor y solucionar el conflicto intersubjetivo entre el agresor y la víctima, y la protección de ésta.

MENORES VÍCTIMAS

La familia actual ha variado, respecto a su forma más tradicional, en cuanto a funciones, composición –con la diversificación de los modelos de convivencia afectiva–, y rol de los padres.

Así, de constituirse como el primer agente de socialización del niño, la familia ha pasado –debido, entre otros motivos, a una concepción individualista de los derechos que privilegia el ejercicio de los derechos de autonomía de cada uno de sus componentes– a mermar su dimensión comunitaria y solidaria. Si hasta ahora la familia era la responsable de la socialización de los menores, actualmente se delega esta función en otras instituciones, como la escuela.

Se ha alterado la clásica división de funciones entre la familia –como cuidadora y educadora– y la escuela –que enseña–. Hoy, la escuela, además de procurar el desarrollo intelectual, cognitivo y cultural del los menores, debe atender su desarrollo físico, afectivo y de comportamiento.

Ahora bien, en este contexto, en el que el menor va a recibir una formación en valores y una educación de sentimientos y emociones sociales, se están viviendo situaciones conflictivas, manifestándose como un fenómeno más cultural que natural, que crean un clima agresivo y amenazador. Los comportamientos en los centros educativos pueden llegar incluso a la comisión de hechos punibles, generando una victimación directa, sobre las víctimas de hechos concretos, e indirecta, sobre el entorno de estas víctimas directas –compañeros, profesores, padres– que viven con angustia estas situaciones. En este sentido, Beristain (2004: 114, 127) nos impele a hablar de víctimas en plural, y no de víctimas en singular.

Mientras que desde la perspectiva jurídico-penal el sujeto pasivo del delito coincide con el titular del bien jurídico protegido, la Victimología contempla una noción más

amplia de víctima abarcando, además, a todas las personas que sufren las consecuencias de la acción delictiva. Además, el hecho de que no puedan individualizarse a las víctimas de los delitos no significa que éstas no existan. Las diferentes clasificaciones² de las víctimas, elaboradas desde la Victimología, nos permiten distinguir, en relación con su determinación e individualización, aquellas víctimas conocidas o determinadas de las víctimas desconocidas. Dentro de estas últimas, las víctimas colectivas presentan, a su vez, una doble vertiente, en función de la titularidad del bien jurídico lesionado, ya sea colectivo o difuso (Martínez Arrieta, 1993: 64).

Así, junto a la víctima individual, surge la víctima con una dimensión colectiva (Ottenhof, 2008: 1) que, en determinadas ocasiones, se denomina también víctima oculta precisamente porque de su propia despersonalización o anonimato se deriva una elevada cifra negra de criminalidad. La difícil identificación de la víctima, o su imposible individualización en determinados delitos, origina una victimización difusa que se diferencia de la victimación colectiva por la complejidad en concretar el colectivo afectado (Germán, 1995: 246).

Con respecto al fenómeno del acoso escolar, podemos distinguir una serie de aspectos específicos como son, en primer lugar, la existencia de conductas violentas de diversa naturaleza. Cada vez con mayor frecuencia, se producen situaciones violentas en los centros educativos (rotura de mobiliario, agresiones a profesores,...) y el acoso escolar es una forma más de este tipo de conductas. Otra cuestión interesante es la confluencia de uno o varios agresores con uno o varios líderes. En casi todas las situaciones de acoso escolar hay un líder detrás de esa conducta que consiente, fomenta o, incluso, lo realiza directamente.

Relacionado con esta última cuestión, la presencia como víctima de una o varias personas con la capacidad de defensa muy limitada se asocia, además, con la pasividad del resto de alumnos y en ocasiones también de los docentes. Y por último, en todo fenómeno de acoso escolar, el contexto educativo es un nexo de unión: hay una cierta permisividad ante episodios violentos como forma de resolución de conflictos.

En cuanto a los victimarios, son el poder y el control los principales elementos motivadores de su conducta. Así mismo, su personalidad agresiva no admite dudas en su comportamiento. También presentan una baja tolerancia a la frustración, su necesidad de refuerzo debe ser inmediato y ceñirse siempre a lo que demandan, no aceptan una negativa como respuesta, sencillamente porque no se les ha educado en unos valores de respeto a los demás y de esfuerzo para conseguir sus metas. La impulsividad, la dificultad para cumplir normas y la baja empatía caracterizan de modo significativo al

2. Para las diferentes clasificaciones de víctimas: BERISTAIN, A. (1994): *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch; HERRERA MORENO, M. (1996): *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Madrid, Edersa, pp. 137 ss.; LANDROVE DÍAZ, G. (1990): *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch.; NEUMAN, E. (1994): *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, pp. 47 ss.; RODRÍGUEZ MANZANERA, L. (1988): *Victimología. Estudio de la víctima*, México, Porrúa, pp. 81 ss. Ver también: FATTAH, E.A. (1967): "Towards a criminological classification of victims", *Internacional Criminal Police Review*, n° 22, USA, 163-169; HENTIG, H. von (1967): *The criminal and his victim*, Hamden, Archon Books.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1961): "La llamada Victimología", *Estudios de Derecho penal y Criminología*, Buenos Aires, Omeba, 19 ss.; MENDELSON, B. (1958-1959): "Une nouvelle branche de la science byo-psycho-sociale: La Victimologie", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruselas, 619-629.

menor victimario. La presencia de todas estas variables de manera muy saliente en un menor, en algunos casos específicos, pueden ser también reflejo de una personalidad psicopática.

Por otro lado, y por lo que respecta al menor víctima, se observa la influencia de diferentes factores que pueden favorecer su victimación. Por un lado, factores personales, como la inseguridad, la baja autoestima y la elevada formación conforman las características típicas de aquellos menores que sufren acoso escolar. En otras ocasiones son los factores grupales los que influyen directamente, por ejemplo la pertenencia a minorías étnicas o colectivos marginales. Junto a éstos, cuestiones como las dificultades de aprendizaje o de expresión, la orientación sexual –como, por ejemplo, la homosexualidad– pueden determinar que el menor se convierta en víctima.

Así, la relación víctima-victimario en el caso de los menores presenta unas características específicas que se traducen en una mayor vulnerabilidad (Subijana, 2006) y menor capacidad de respuesta de las víctimas ante los ataques de sus agresores. Por su parte, los menores infractores pueden aparecer también, a su vez, como víctimas, en mayor o menor grado, de circunstancias y estructuras sociales de riesgo (Beristain, 2004: 118).

En el contexto actual, en el que la estructura familiar ha perdido protagonismo en la educación de sus menores, observándose una evidente falta de valores, donde la escuela puede llegar a ser un lugar de aprendizaje de comportamientos victimizantes, y el grupo de pares puede volverse fuente de amenaza, es difícil encontrar el marco de referencia del menor, actualmente difuso, indefinido, confuso. Esta realidad puede propiciar el paso de víctima –vulnerable, sin referentes, aislada– a victimario, acogándose a los actos de insolidaridad, de rebeldía, de oposición e, incluso, de ofensa, agresión y violencia, como única forma de “sobrevivir” a una situación de escepticismo, de incertidumbre, de desaliento, en último término, de falta de esperanza.

LA RUPTURA DEL CÍRCULO VICTIMAL

Las diferentes concepciones ideológicas sobre el tratamiento de los menores infractores hacen que el estudio de esta materia esté plagado de interesantes perspectivas inter-, trans- y multidisciplinarias, situando al factor legal o jurídico “como uno más de los confluientes en el análisis científico del fenómeno delictivo de los menores” (Dolz, 2007, 23).

En este contexto, la familia adquiere un papel fundamental en el tratamiento de estos menores y debe considerarse como un núcleo de solidaridad, representando algo más que una mera unidad jurídica y económica para los menores, recordando que es el “nido donde se enseña a volar y donde se troquela la estructura psicológica fundamental de la persona” (Beristain, 1996: 189).

Junto a la familia, desde la escuela y la comunidad debe fomentarse el respeto mutuo, la tolerancia, la cultura de la no-violencia, enseñando y dirigiendo a los menores hacia la resolución pacífica de los conflictos cuando estos se presenten.

Son sobre todo la familia, la escuela y la comunidad las que deben elaborar programas integrales de atención a los menores para prevenir las situaciones de riesgo,

puesto que a la ley, de cara a los menores, “compete, ante todo, la utopía del ‘segundo nacimiento’” (Beristain, 1985: 163 ss.).

En cuanto a los menores infractores, sus acciones lesivas y su etiología, como propone Beristain (1996: 180), merecen ser conocidas, estudiadas y valoradas desde una “perspectiva seria, incluso severa”, pero que resulte menos estigmatizante y punitiva que cuando se trata de adultos delincuentes.

A este respecto, las orientaciones ideológicas y las decisiones prácticas de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores pretenden “construir un palacio de justicia basado en cuatro innovadoras columnas –educación, reparación, víctimas y valores–” (Beristain, 2004: 196). Para ello, y al objeto de conseguir una respuesta adecuada y de calidad, la ley despliega una gran flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas impuestas. Entre éstas, la ley, buscando el equilibrio educativo-sancionador, propicia respuestas como la mediación³ que constituye un enfoque diferente para lograr el objetivo responsabilizador y aporta beneficios para sus protagonistas. De este modo se recuerda la “estructura bilateral de todo proceso”, es decir, que estén presentes los derechos y pretensiones de las dos partes (Urbano; de la Rosa, 2007: 47).

La respuesta al crimen, como acertadamente apunta Beristain (2004: 129), no debe ahondar en el antagonismo sino buscar la mediación, la conciliación e incluso la reconciliación. Esta afirmación cobra una especial significación cuando se trata de menores infractores. Es imprescindible tener siempre presente que la justicia juvenil debe fomentar en los niños el respeto y desarrollo de los valores fundamentales para la convivencia (Beristain, 2004: 197). Con la mediación, de una parte, se logra la responsabilización del joven respecto a sus propias acciones y las consecuencias que de ellas se deriven, una toma de conciencia, una reflexión, que fomentará el autocontrol y la prevención de la reincidencia.

Por otro lado, a través de la mediación, la víctima participa activamente en la resolución del conflicto haciéndose presente en el proceso de una forma mucho más real, y no como un mero instrumento que permita la adopción de medidas con el menor, sino con el reconocimiento de su situación de víctima –cuya importancia ha quedado mucho más patente tras la modificación de la Ley en diciembre de 2006–, llegando, incluso, a la “dignificación de las víctimas” (Beristain, 2007: 115).

A modo de síntesis, con la mediación se pretende:

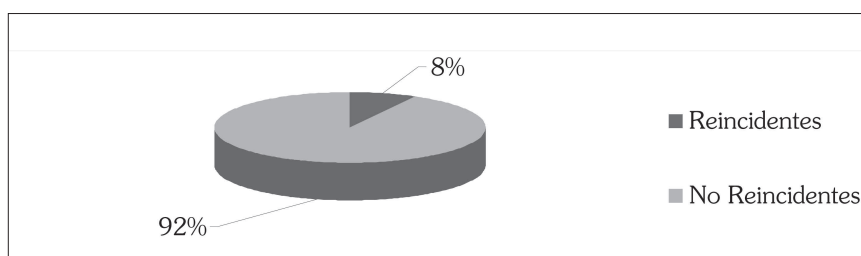
- ❖ Responsabilizar al infractor del hecho cometido y del daño infligido a la víctima dándole la oportunidad de responder ante ella de forma significativa.
- ❖ Dotar de protagonismo a la víctima en la resolución, atendiendo a sus necesidades individuales y transformación del conflicto.

3. Dentro del marco de la justicia restaurativa, junto a la mediación, encontramos la conciliación o encuentro, entendida como la petición de disculpas por parte del ofensor y la consiguiente aceptación de la víctima y la reparación o compensación que supone la satisfacción psico-emocional de la víctima tanto mediante prestaciones materiales como inmateriales. Esto conlleva la participación activa y voluntaria de los implicados en el conflicto, así como la responsabilidad asumida por el ofensor de sus actos, que promueve el deseo de llegar al resto de factores anteriores.

- ❖ Enriquecer el proceso resolutorio mediante la comunicación entre las partes y la introducción por ellas de aspectos subjetivos que suelen quedar al margen del procedimiento penal formal, consiguiendo así una mayor profundidad en la solución consensuada respecto a la mera sanción penal.
- ❖ Conseguir que las partes implicadas comprendan mejor las causas y consecuencias del hecho cometido, evitando trivializarlo o dramatizarlo.
- ❖ Proporcionar una nueva forma de respuesta penal con sentido educativo y resocializador.
- ❖ Prevenir la reincidencia.
- ❖ Acercar la justicia a los ciudadanos mediante la pacificación social y jurídica a través de mecanismos participativos e informales.
- ❖ Disminuir la carga de trabajo de la Administración de Justicia.

La mediación favorece, por tanto, que las víctimas alcancen la capacidad de resiliencia, y puedan así generar una respuesta adaptativa frente a la situación victimizante, para seguir proyectándose en el futuro a pesar de acontecimientos desestabilizadores o condiciones adversas.

Sin embargo, la mediación no siempre se encuentra enmarcada en un modelo preciso y no existe un consenso a la hora de aplicarla, por lo que apenas existen evaluaciones empíricas fiables acerca de resultados obtenidos en estos programas en nuestro país, que nos permitan saber si los objetivos buscados se cumplen en la práctica. Tratando de paliar esta ausencia, el Instituto Vasco de Criminología ha realizado recientemente una evaluación de los procesos de mediación en la Comunidad Autónoma del País Vasco del 2006 hasta el 2009 (408 mediaciones), mostrando interesantes resultados como por ejemplo la baja tasa de reincidencia⁴ (un 8%) que presentan los chicos y las chicas que finalizan una mediación en nuestra comunidad.

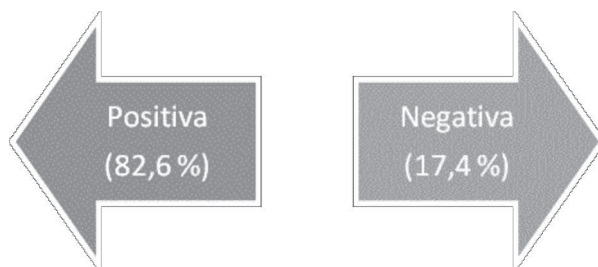


Y además, si analizamos la muestra de reincidentes, en el caso de que efectivamente, el menor cometa nuevos hechos, como se puede apreciar en la siguiente tabla, casi un 80% comete una única infracción más o, a lo sumo, dos más.

4. Entendemos por reincidencia la comisión de nuevos hechos delictivos por parte del menor, una vez finalizado el proceso de mediación.

		<i>Frecuencia</i>	<i>Porcentaje válido</i>	<i>Porcentaje acumulado</i>
Número de Reincidencias	1	20	60,6	60,6
	2	5	15,2	78,8
	3	2	6,1	81,8
	4	1	3	84,8
	5	2	6,1	90,9
	6	2	6,1	97
	10	1	3	100,0
	Total	33	100,0	
No reincidentes		375		
Total		408	100,0	

Así mismo, hay que señalar que la mayoría de las mediaciones finalizan positivamente, minimizando el peligro que existe de que se pueda convertir en un mero trámite judicial y no en una medida reparadora y educativa.



La mediación en definitiva, permite una toma de conciencia de los propios actos ya que se trata de un ejercicio de introspección y permite que el menor vea la dimensión de sus acciones. Es una salida para la culpa, permite que se restaure la imagen dañada del ofensor y rescata los aspectos sanos del individuo. Para la víctima es una ayuda para aliviar y solucionar los daños emocionales causados por el hecho y una forma de ser atendida y escuchada, lo cual le permite reducir su situación de tensión siendo parte activa del proceso de resolución del conflicto. Le permite encontrarse voluntariamente con el autor del delito y escuchar sus circunstancias, al igual que ella puede exponer sus sentimientos, temores, demandas... Da la oportunidad a las partes de definir y resolver satisfactoriamente el conflicto y recuperar el protagonismo del mismo. Además, estos programas acercan la justicia a los ciudadanos para que conozcan nuevas formas de reacción penales y de resolución de conflictos de forma más útil y cercana. De esta manera, también se fomenta una sociedad más justa y respetuosa con las libertades que anula los abusos de poder alcanzando una solución

formal no violenta. Promueve el desarrollo de actitudes individuales responsables y la recomposición de las interacciones sociales dañadas o en conflicto sin un ganador y un perdedor, sino con dos ganadores. Desde el punto de vista de la administración de la justicia, la mediación supone una descarga de la ardua tarea de labor jurisdiccional. En resumen, representa un proceso de responsabilización, un compromiso, y mejora la convivencia.

Por último, la mediación es un proceso que exige tiempo y esfuerzos, así como aproximación, diálogo, comunicación y negociación entre partes, aspectos que deben ser guiados por un grupo equipado y profesional.

Ante las infracciones, especialmente cuando provienen de los menores, no podemos estar más de acuerdo con Beristain (1994: 283) cuando aboga por una respuesta al delito y a la violencia “con talante no expiacionista, ni vengativo, sino restaurativo, y mejor aún, creativo y recreativo”, reclamando una mayor atención a las “facetas axiológicas en la pedagogía de los jóvenes, especialmente de los infractores” (Beristain, 2004: 198), con la esperanza de que “su experiencia del vivir ético, generoso, les muestre el camino para ser felices”.

BIBLIOGRAFÍA

- AYO FERNÁNDEZ, M. (2004): *Las garantías del menor infractor*, Aranzadi, Navarra.
- BAYÓN, F. (2005): “Juventud y prisión”, *Revista de estudios de juventud*, nº 69, Madrid, 9-28.
- BERISTAIN, A. (2007): *Víctimas del terrorismo. Nueva justicia, sanción y ética*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2004): *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (1996): “Menores infractores-víctimas ante las Naciones Unidas y el Consejo de Europa”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 10, San Sebastián, IVAC-KREI, 177-192.
- (1994): *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (1988): “El bienestar social ante las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (New York, 1985)”, *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 2, San Sebastián, IVAC-KREI, 71-85.
- (1986): *Ciencia penal y Criminología*, Madrid, Tecnos.
- CABRERA, J. (2005): “Nuevas drogas, juventud y prisión”, *Revista de estudios de juventud*, nº 69, Madrid, 50-60.
- DOLZ LAGO, M.J. (2007): *Comentarios a la Legislación penal de Menores*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FATTAH, E.A. (1967): “Towards a criminological classification of victims”, *Internacional Criminal Police Review*, nº 22, USA, 163-169;
- GERMÁN, I. (1995): “La víctima en el proceso penal: la protección del interés colectivo y difuso a través de la personación de las asociaciones y grupos de víctimas en el proceso”, *Cuadernos de Política criminal*, nº 55, Madrid, Edersa, 239-265.

- GIMÉNEZ-SALINAS, E.; GRAUPERA, J. (2006): "Nuevos jóvenes, nuevas formas de violencia", *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 20, San Sebastián, 23-39.
- HENTIG, H. von (1967): *The criminal and his victim*, Hamden, Archon Books.
- HERRERA MORENO, M. (1996): *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Madrid, Edersa.
- HERRERO HERRERO, C. (2005): *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, Dykinson, Madrid.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1961): "La llamada Victimología", *Estudios de Derecho penal y Criminología*, Buenos Aires, Ameba.
- LANDROVE DÍAZ, G. (1990): *Victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A. (1993). "La entrada en el proceso de la víctima", *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 15, Madrid, CGPJ, 59-93.
- MENDELSON, B. (1958-1959): "Une nouvelle branche de la science byo-psycho-sociale: La Victimologie", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruselas, 619-629.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. (2007): *Derecho penal. Parte General*, (7ª edición), Valencia Tirant lo blanch.
- NEUMAN, E. (1994): *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- OTTENHOF, R. (2008): "Les victimes de la criminalité dans un monde globalisé", *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal ReAIDP / e-RIAPL*, C-04 [en línea] 2008 [citado 2009]. Disponible en World Wide Web: <http://www.penal.org/pdf/Guadalajara-Ottenhof.pdf>.
- (2001): "La responsabilidad penal de los menores en el orden interno e internacional", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Vol. 72, 3-4 trimestres, France, Érès, 663-680.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L. (1988): *Victimología. Estudio de la víctima*, México, Porrúa.
- ROMÁN GONZÁLEZ, C. (2008): "Delincuencia juvenil", *Monografías.com*, <http://www.monografias.com/trabajos15/delincuencia-juvenil/delincuencia-juvenil.shtml>.
- SAN JUAN, C.; OCÁRIZ, E. (2009): *Evaluación de la intervención educativa y análisis de la reincidencia en la Justicia de menores en la CAPV*, Vitoria-Gasteiz, Gobierno Vasco.
- SUBIJANA, I.J. (2006): *El Principio de Protección de las Víctimas en el Orden Jurídico Penal*, Granada, Comares.
- URBANO CASTRILLO, E.; DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2007): *La responsabilidad penal de los menores. Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Cizur Menor, Aranzadi.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.; SERRANO TÁRRAGA, M.D. (eds.) (2005): *Derecho penal juvenil*, Madrid, Dykinson.

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA INTERVENCIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN EL PROCESO DE MENORES

Ana Isabel PÉREZ MACHÍO

*Prof^a. Dra. Derecho Penal UPV/EHU
Investigadora IVAC/KREI*

Sumario:

- A. Introducción: la víctima como coadyuvante;
- B. Una nueva forma de entender el proceso penal de menores. El ejercicio de la acción penal por parte de las víctimas;
- C. Técnicas de diversión como potenciadoras de la dignificación de las víctimas;
- D. Conclusiones;
- E. Bibliografía

A. INTRODUCCIÓN: LA VÍCTIMA COMO COADYUVANTE

Al margen de la esquizofrenia procesal que puede llegar a implicar la posición de la figura del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores, la tradicional prohibición de acusación particular responde fundamentalmente al interés superior del menor y a otros principios inspiradores del mismo. Así, razones sancionadoras-educativas alejan del Derecho Penal de menores finalidades cercanas al castigo y la mera venganza personal, máxime en un ámbito en el que el equilibrio entre el interés superior del menor y la protección de la víctima debe ser capaz de conciliar la reeducación y rehabilitación del menor con la satisfacción del perjudicado, su dignificación y su reconocimiento integral.

Por ello, frente al clásico “olvido” de la víctima/perjudicado, la redacción del anterior artículo 25 de la LO 5/2000, aunque impedía el ejercicio de la acción penal por parte de los particulares, articulaba un sistema de intervención en el proceso que, a mi modo de ver, cubría ampliamente las expectativas de las víctimas y por ende su protección:

“participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular. En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre ejercicio de acciones civiles.

No obstante lo anterior, cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los 16 años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia, con las siguientes facultades:

Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y aprueben.

Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.

Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción, ya sea en fase de audiencia; a estos efectos el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si ésta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.

Contra la denegación por el Fiscal de la personación del perjudicado en fase instructora, éste podrá reiterar ante el Juzgado de menores en el plazo de cinco días, y contra la denegación de la práctica de una prueba por el Fiscal no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de volver a solicitarla en el escrito de alegaciones o en la fase de audiencia.

Asimismo, con carácter previo a la remisión por el Fiscal del escrito de alegaciones con el expediente al Juzgado de Menores, el Ministerio Fiscal concederá al perjudicado que se hubiera personado un plazo de cinco días para que valore el conjunto de la prueba practicada y, en su caso, proponga aquellas que debieran realizarse en la fase de audiencia.

Cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al perjudicado personado en la causa a que manifieste lo que tenga por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas, y tras ésta se le oír en relación a los hechos probados resultantes de las mismas y a la participación del menor, sin que en ningún caso pueda realizar manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas.

Contra los autos y providencias de los Jueces de Menores que afecten al ejercicio de las facultades reconocidas en este artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 41.2.

Contra la sentencia dictada por el Juez de Menores, el perjudicado podrá interponer recurso de apelación de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.1, fundamentado en la incompetencia del Juzgado, la inadecuación del procedimiento, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que haya producido indefensión al perjudicado o la falta de apreciación de algún elemento de prueba esencial para la calificación de los hechos, pudiendo, si fuera necesario, solicitar su práctica, igualmente en los términos prevenidos por el artículo 41.1”.

A tenor del contenido del anterior artículo 25 y contra lo postulado por un grupo de autores que interpretaban la intervención de la víctima como una parte limitada del proceso penal, se dejaba margen suficiente de actuación a los particulares perjudicados, debiendo ser advertida la presencia de algunos defectos formales que bien pudieran haber sido reformados para que éstos vieran plenamente colmados sus derechos,

esto es, el hecho de que la capacidad de intervención de los ofendidos se supeditara a la edad del infractor (tener cumplidos los 16 años), a la gravedad de las conductas (sólo intervenían cuando se trataba de delitos y no de faltas) y a la modalidad de comisión del hecho (cuando se emplease violencia o intimidación o se generase grave riesgo para la vida o la integridad física).

Sin embargo, no existía fundamento jurídico alguno que justificase la restricción de la personación del perjudicado a los supuestos contemplados en el antiguo artículo 25. Independientemente de la edad del supuesto infractor y de la modalidad de comisión del ilícito penal, la víctima debe tener derecho a estar presente en los procesos de los que deviene ofendido, máxime cuando se está en presencia de conductas que lesionan o que generan un simple riesgo –al margen de la intensidad del mismo– a bienes jurídicos personalísimos (entiéndase entre los mismos, no sólo la vida y la integridad física, sino también, y no por ello menos trascendentes la integridad moral, la libertad –en todas sus vertientes–). Es por ello que algún autor, muy acertadamente, llegó a calificar como un “disparate y un agravio comparativo” el hecho de impedir la participación en el proceso de un perjudicado por un delito violento y grave cuando el autor de los hechos tuviera menos de 16 años.

Sin embargo, y a pesar de las críticas que sin duda merece la presente regulación, el contenido normativo del anterior artículo 25 desprende, como se muestra a continuación, más luces que sombras en la siempre delicada cuestión de la intervención de los perjudicados en el proceso penal de menores.

En efecto, atendida la trayectoria iniciada en el ámbito del Derecho Comparado donde se apuesta por la búsqueda de mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos frente a delitos de bagatela, el legislador del 2000 impide no sólo el ejercicio de la acción penal por parte de los particulares/víctimas, sino incluso la propia participación de los mismos en los supuestos de comisión de hechos constitutivos de faltas. La exclusiva intervención del Ministerio Fiscal, en cuanto acusación particular y garante del interés superior del menor, favorece en este ámbito delictivo el recurso a las técnicas de diversión, frente a las cuales la propia víctima ocupa un lugar destacado.

En segundo lugar, las facultades concedidas a la víctima, a tenor del contenido literal del antiguo artículo 25, dignifican su estatus y se aproximan a lo que ha de concebirse como un reconocimiento integral de la misma: derecho a estar informado de lo actuado; derecho a participar en la práctica de las diligencias de investigación y en la práctica de pruebas y derecho a proponer prueba sobre los hechos acontecidos y las circunstancias relativas a su comisión.

La imposibilidad de proponer prueba sobre circunstancias personales, familiares, sociales o psicológicas del menor se vinculaba directamente con la prohibición de acceder al informe del Equipo Técnico, como una forma no sólo de salvaguardar la intimidad del menor, sino también frente a la finalidad sancionadora-educativa que persigue la normativa de responsabilidad penal de los menores, especialmente a la hora de determinar la medida más adecuada para lograr la reeducación del menor infractor. El objetivo es, como señalan varios autores, contribuir a la consecución de la acción y eficacia de la justicia y eliminar finalidades vindicativas que, eventualmente, pudieran perseguir los perjudicados por el delito. Por ello, sólo se les permitía la aportación o introducción de medios de prueba y no la petición de medidas para el menor imputado.

Así, desde una aproximación positiva se puede concluir que la intervención del particular en el proceso de menores hasta la reforma de 2003 se caracterizaba por tratarse de una participación *sui generis* que sólo era posible a través de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, justificada por el interés de las víctimas en contribuir al esclarecimiento de los hechos, que enfatiza el papel de la víctima en el proceso penal frente a la tradicional neutralización y olvido de la misma.

B. UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER EL PROCESO PENAL DE MENORES. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LAS VÍCTIMAS

Frente al presente planteamiento que desde el 2000 ha venido conciliando el interés del menor infractor y la protección de los perjudicados, se plantea la necesidad de dotar a las víctimas de la posibilidad de ejercer la acción penal, en cuanto acusación particular, para hacer valer todos sus derechos.

El artículo 25 de la LO 5/2000 introducido con la LO 15/2003 supuso un cambio drástico en la forma de entender el proceso de menores, tradicionalmente caracterizado por el principio de oportunidad en el que el Ministerio Fiscal ejercía las labores de garante del menor y acusador. La incursión de un precepto como el mencionado, es fruto de meras demandas sociales que ante la presencia de casos especialmente graves (hay que destacar que estos supuestos son todos excepcionales) exige una actuación gubernamental para potenciar la figura de la acusación particular, en el sentido que a continuación se destaca:

“De la acusación particular.

Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta Ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

- a. Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.*
- b. Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta Ley.*
- c. Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.*
- d. Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.*
- e. Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.*
- f. Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.*
- g. Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.*
- h. Participar en las vistas o audiencias que se celebren.*

i. *Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta Ley.*

Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses”.

Aunque se alzan voces que interpretan la inclusión de este precepto como un mecanismo de control de la actividad procesal de la Fiscalía de Menores, para desterrar cualquier sombra de parcialidad, arbitrariedad o indolencia en la persecución pública de los delitos que causan mayor alarma social y, al margen de la deplorable técnica legislativa, lo cierto es que existen indicios legales para pensar que la intervención de particulares en el proceso de menores como acusadores, no sólo entorpece el desarrollo legal del proceso sino que lo equipara al previsto en el ámbito de adultos, despojándolo de los pilares básicos y fundamentales que deben imperar en todo Derecho Penal de menores: interés superior del menor, finalidad sancionadora-educativa y resocialización.

Por un lado, los partidarios del ejercicio de la acción penal por parte de los perjudicados han interpretado que la proscripción de esta facultad supone una lesión grave del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE. Ahora bien, una lectura conjunta del contenido normativo de este precepto y del artículo 125 CE permite constatar que ni se garantiza constitucionalmente un supuesto derecho a acusar ni que el ejercicio de la acción pública se configura como un derecho absoluto. En efecto, para que se garantice el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE basta únicamente con que se asegure el derecho a juez ordinario predeterminado por ley, el derecho a la defensa y asistencia de letrado y a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, entre otros. En este sentido, lejos de configurarse como un elemento sustantivo del derecho a la tutela judicial efectiva, el “derecho a acusar” forma parte del contenido material del ejercicio a la acción pública al que se refiere el artículo 125 CE que, como pone de manifiesto una parte importante de la doctrina, tratándose de un derecho de configuración legal no es absoluto, sino limitado a procesos específicos y con los requisitos que las leyes establezcan: “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, en la forma y respecto aquellos procesos penales que la ley determine [...]*”. Así, como destaca Cano Paños, esta remisión a la normativa ordinaria a los efectos de una configuración legal específica de la acción popular determina la posibilidad de una eventual eliminación de la misma en un concreto ámbito jurídico, como así ocurre en la legislación penal de menores, por lo que no resulta contrario a la Constitución la prohibición del ejercicio de la acción popular en el proceso para exigir la responsabilidad penal a los menores.

Por otro lado, la posibilidad de que las víctimas se personen como acusación particular a partir de 2003, definitivamente rompe el espíritu que informa la totalidad de la presente normativa. El principio de oportunidad que imperaba hasta dicha fecha otorgaba al Ministerio Fiscal el monopolio del ejercicio de la pretensión sancionadora para lograr una salvaguarda absoluta del interés educativo del menor, en aras de evitar intervención alguna de carácter vindicativo, que preside la acusación particular por parte de perjudicado o víctima.

Junto a estos razonamientos jurídicos, la propia redacción del precepto presenta una técnica legislativa no sólo defectuosa, sino en distintas ocasiones contradictoria,

residiendo, precisamente en su contenido normativo, uno de los mayores obstáculos para facilitar un correcto ejercicio de la acción penal, tal y como se tendrá ocasión de demostrar a continuación.

Uno de los aspectos más criticados resulta de la interpretación conjunta del derecho a instar la imposición de medidas (letra b. del artículo 25) y el derecho a proponer pruebas. Aunque nada se especifica en relación a la solicitud de medidas, la letra d. del artículo 25, en sede de propuesta de pruebas, manifiesta específicamente la imposibilidad de que las mismas versen sobre aspectos personales, familiares, educativos, sociales o psicológicos del menor; circunstancia que ha sido interpretada doctrinalmente como el veto al informe del Equipo Técnico, al que por respeto al derecho de la intimidad del menor sólo tendrán acceso el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores. Como bien es sabido, la medida objeto de aplicación debe regirse por el principio del interés superior del menor y por las finalidades resocializadoras y sancionadoras-educativas adecuadas a las circunstancias personales que rodean al menor infractor, de tal forma que el desconocimiento de dicha situación individual difícilmente podrá conciliar los objetivos perseguidos por la normativa de menores, centrándose, más bien en motivos puramente retributivos, punitivos y vindicativos la solicitud de la específica medida.

Contra el presente planteamiento existe, sin embargo, un grupo de autores que no creen vulnerado el interés superior del menor frente a la introducción en el proceso del ejercicio de la acción particular. Para este grupo de autores, la posibilidad de que los perjudicados o víctimas puedan proponer medida no resulta contraria a la salvaguarda de la tutela del menor, puesto que, a pesar de no tener acceso al informe del Equipo Técnico y no disponer de la información suficiente para determinar la medida más adecuada a la realidad que rodea al infractor, será el Juez de Menores, en última instancia, el que dicte la medida más apropiada a dichas circunstancias, representando, en este sentido, el baluarte de la tutela que debe desprenderse del proceso frente al menor.

Resulta del todo coherente el presente planteamiento, al adjudicar al Juez de Menores, en última instancia, la facultad de proceder a la garantía del respeto del interés superior del menor. Sin embargo, atendida la imposibilidad de las víctimas/perjudicados de acceder al informe del Equipo Técnico y la facultad del Juez de Menores de omitir atención alguna a sus propuestas, cuando dichas pretensiones resulten manifiestamente contrarias al mencionado interés y a la finalidad sancionadora-educativa, la eficacia de la participación de los perjudicados, en cuanto acusación particular, parece reducirse a los supuestos en los que existe una armonía entre las pretensiones de la Fiscalía y las procedentes de la acusación particular. Por todo ello, da la impresión de que la introducción de la acusación particular en el proceso de menores a partir de 2003, además de ser el resultado de una determinada demanda social, es la traducción del “derecho al pataleo”, facultad que cuando se ciña a los postulados inspiradores del proceso de menores tendrá una repercusión real, pero que, persiguiendo finalidades meramente vindicativas y retributivas, se reducirá a un mero reconocimiento jurídico, sin ningún tipo de influencia procesal.

Otro aspecto del contenido del artículo 25 digno de traer a colación se centra en la facultad del acusador particular de “ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor” (letra g. del mencionado precepto). Los artículos 14 y 51 de la LORMP permiten al Juez de menores en ejecución de sentencia un margen de maniobra casi absoluto a la hora de modificar, reducir, sustituir o dejar sin efecto

la medida impuesta al menor. Para ello y hasta el 2003, el Juez de Menores, antes de adoptar una decisión al respecto, debía oír al Ministerio Fiscal, letrado del menor, Equipo Técnico y, en su caso, a la entidad pública encargada de la ejecución. Según el artículo 20.2 LORMP todos los procedimientos tramitados a un mismo menor o joven se archivarán en el expediente personal que del mismo se haya abierto en la Fiscalía, documento que deberá ser objeto de análisis si se pretende proceder a cualquier tipo de modificación o sustitución de la medida objeto de aplicación. La facultad concedida al acusador particular por la letra g. del artículo 25 tropieza, en este sentido, al igual que sucedía en relación a la proposición de medida, con la finalidad y los objetivos educativos y pedagógicos que persigue la presente normativa.

Nuevamente nos encontramos ante un documento al que el acusador particular no tendrá acceso, habida cuenta de la información privilegiada contenida en el mismo, no limitada, en exclusiva, a cuestiones fácticas de la específica infracción ilícita, sino también extensiva a otro tipo de causas penales que existieran anteriormente, incluso a datos relativos a la situación personal, familiar, psicológica e incluso social del menor infractor que, por respeto al principio de interés superior del menor, el acusador particular no puede examinar. Por ello, careciendo de la facultad de acceso a toda esta información, la intervención del acusador particular en esta fase sólo parece estar motivada por razones de carácter vindicativo y retributivo, habiendo sido más honesto, como muy acertadamente destaca Gómez Recio, prescindir de su intervención en ejecución de sentencia, como de hecho sucede en la jurisdicción de adultos, donde no se oye al perjudicado sobre la concesión del condenado del tercer grado penitenciario o sobre el adelantamiento de su libertad condicional.

La propia normativa internacional reguladora del estatuto de la víctima en el proceso penal destaca la importancia de concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, sin que como consecuencia de ello deba interpretarse un absoluto e ilimitado derecho a ser considerada parte procesal, sino más bien como un conjunto de obligaciones estatales dirigidas a garantizar: el respeto a la dignidad personal; el derecho a ser oída durante las actuaciones y a facilitar los elementos de prueba; el derecho a recibir información que incluirá unos mínimos, esto es, el tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyos; el tipo de apoyo que puede recibir; el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia; las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellos; el modo y las condiciones en que podrá obtener protección; la medida y las condiciones en que pueda acceder a asesoramiento jurídico o a asistencia jurídica gratuita; los requisitos para tener derecho a una indemnización y, residiendo en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de los derechos que puede utilizar, entre otros. El desarrollo normativo interno del presente instrumento se produce a través de la Instrucción 8/2005 sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal que sigue la trayectoria iniciada por la Unión Europea y proclama un reconocimiento integral de las víctimas para lograr la reparación del daño inferido por el hecho delictivo a través de la protección y atención con respecto a su dignidad, a su derecho a declarar, a comprender y a ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y fundamentalmente a recibir información sobre el curso del proceso penal, sobre mecanismos de carácter asistencial (ubicación del Servicio de Atención a las Víctimas, del Servicio de Orientación Jurídica del Servicio Asistencial y Ayudas) y, sobre su negativa a ser informada. Precisamente con la última reforma del año 2006

sufrida en la normativa reguladora de la responsabilidad penal del menor se incorpora a la LO 5/2000 un nuevo artículo 4, íntegramente referido a los derechos de la víctima y de los perjudicados.

Dice dicho artículo 4.

“Derechos de las víctimas y de los perjudicados.

El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

De manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

Las víctimas y los perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el secretario judicial les informará en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruyéndoles de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informará de que, de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere.

Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

Sin perjuicio de lo anterior, el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.

En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Del mismo modo, el secretario judicial notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente”.

La norma reitera en parte lo ya dispuesto en el artículo 25, pero también colma alguna de las lagunas que éste ha generado como el derecho a que se comunique a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de menores que puedan afectar a sus intereses, en especial la sentencia, en consonancia con la Instrucción del año 2005 ya mencionada.

En este sentido, no existiendo obligación ni disposición normativa interna que exija la concesión a las víctimas de delitos de una condición de parte procesal, su dignificación y reconocimiento integral no comporta necesariamente su intervención como acusador particular, sobre todo frente a procedimientos en los que dicha participación impide la conciliación con otro tipo de intereses.

Razones de carácter jurídico y de justicia material ponen en entredicho la institución del acusador particular en el proceso de menores. Junto a la improcedencia de articular un ilimitado derecho a acusar, la versatilidad de las víctimas y perjudicados

para erigirse en baluartes de pretensiones vindicativas, así como su escasa operatividad procesal cuando se verifique la existencia de aspiraciones contrarias a las finalidades perseguidas por la normativa de menores, suscita cuanto menos la búsqueda de otras alternativas que sitúen a las víctimas en el lugar procesal que les corresponde.

C. TÉCNICAS DE DIVERSIÓN COMO POTENCIADORAS DE LA DIGNIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Contra la ubicación de las víctimas como acusadores particulares hay que enfatizar la participación del perjudicado en el sobreseimiento en cuanto agente reeducador, a través de la potenciación de las fórmulas de conciliación y reparación ya previstas en la Ley Orgánica 5/2000, pero plagadas de defectos formales que dificultan su puesta en práctica, tal y como se contempla en el contenido literal del artículo 19:

“Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”.

A través de las fórmulas de diversión, como pone de manifiesto mayoritariamente la doctrina, se ayuda a la víctima a perder sus temores al entrar en contacto directamente con el menor infractor, desdramatizándose la situación y permitiendo una perfecta conciliación entre el interés superior del menor que debe informar todo el proceso de menores y la satisfacción de los legítimos intereses de la víctima, no centrados exclusivamente en una mera compensación de carácter económico, sino también de tipo emocional. Sin embargo, desde el punto de vista formal, la actual regulación del sobreseimiento prevista en el artículo 19 tropieza fundamentalmente con dos obstáculos que dificultan la virtualidad de esta alternativa como fórmula de potenciación del perjudicado en el proceso de menores. Se trata, por un lado, del ámbito de aplicación objetivo al que se hace extensible esta figura y, por otro, de las consecuencias que comporta la negativa de la víctima a conciliarse o a ser reparada por el menor infractor.

En primer lugar, para que se produzca el sobreseimiento es necesario que la conducta cometida, aun tratándose de delitos en los que se haya empleado violencia o intimidación, no merezca el calificativo de grave. Así, la necesidad de concretar qué se entiende por conductas no graves obliga a recurrir a la normativa que, a tal efecto, se contempla en el Código Penal general, habida cuenta de la subsidiariedad de dicho cuerpo legal, frente a lo no regulado en la normativa de menores. El artículo 13 del Código Penal en relación con el artículo 33 distingue entre delitos graves, menos graves y leves según las penas inherentes a cada uno de ellos, estableciéndose así un paralelismo entre esta categoría de comportamientos y las conductas constitutivas de delitos graves, menos graves y faltas, respectivamente. La relación entre la presente diferenciación y el primero de los requisitos necesarios para que opere el sobreseimiento, esto es, que no se trate de conductas graves, implica que éste sólo procede frente a delitos menos graves y a faltas, a pesar de que estas últimas debieran haber sido objeto de abolición, atendiendo a la dinámica que obra en esta materia en el ámbito del Derecho Comparado que procede a la desjudicialización de las faltas o delincuencia de bagatela.

Otro de los requisitos que dificulta en gran medida, el recurso a la técnica del sobreseimiento y que debería ser objeto de revisión reside en la conciliación con la víctima o en el compromiso de reparación del daño. Entendida la conciliación como forma de satisfacción psicológica de la víctima a cargo del menor infractor, que debe arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse y la reparación como una forma de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado, no parecen existir discusiones doctrinales acerca, por un lado, de la necesidad de exigir un cierto grado de compromiso por parte del menor infractor a la hora de proceder a la conciliación o la reparación como presupuesto del instituto del sobreseimiento y, por otro, a no coaccionar a la parte más débil a aceptar forzosamente la realización de una satisfacción psicológica o un trabajo que no se desea. Sin embargo, nada se explicita respecto a la posibilidad de que sea la propia víctima la que se niegue a conciliarse o a ser reparada. En estos casos, como se exige la confluencia de voluntades del menor y la víctima, la ausencia de una de ellas inhabilita el sobreseimiento para proceder a la aplicación de alguna de las medidas previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000. En aquellos supuestos de ausencia de consentimiento del menor, el propio principio de oportunidad que ha promovido la solicitud de sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal, puede implicar la propuesta de una determinada medida. Ahora bien, en aquellos casos en los que el Ministerio

Fiscal, el Equipo Técnico y las circunstancias del caso lo aconsejen, la negativa de la víctima a ser reparada o a conciliarse con el menor supondrá nuevamente la incoación del expediente del menor y, por ende, la propuesta de una determinada medida, que a tenor del contenido del artículo 5 del Real Decreto 1774/2004 residirá en la realización de tareas socioeducativas o en la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, cuando el Equipo Técnico lo considere más adecuado al interés superior del menor.

Con todo ello, la negativa del perjudicado a conciliarse o a ser reparado constituye uno de los mayores lastres de la actual regulación en vigor y donde con mayor énfasis se consigue potenciar la figura de la víctima. Se produce, así, un alejamiento de la finalidad de lograr una solución extrajudicial del conflicto. Por ello no se alcanza a comprender cómo algunos autores interpretan que la conciliación entre el menor y víctima y la reparación del daño dan más importancia al interés superior educativo y resocializador del menor que a la propia satisfacción y reparación de la víctima si, atendiendo mínimamente al contenido normativo del artículo 19, se deduce que las posibilidades fácticas de conciliar y de reparar se someten directamente a la voluntad de la víctima, afectando no sólo a dicho instituto sino también a la posibilidad de sobreseer el caso.

Así, si bien es cierto que el rol atribuido a las víctimas en la materialización de los instrumentos de mediación, reparación y conciliación evita su doble victimación, lo cierto es que la regulación contemplada a tal efecto en la Ley Orgánica 5/2000 debe ser revisada para superar los obstáculos que impiden el recurso a estas técnicas, pudiendo hacerse extensivas a todo tipo de conductas al margen de la intensidad de las mismas y fomentando la posibilidad de que las víctimas sean previamente oídas, a efectos de evitar la desvirtualización de éstas ante su negativa a ser conciliadas o reparadas. Para ello, sería fundamental que el Juez de menores tuviera la posibilidad de escuchar sus argumentaciones a efectos de disuadirlas de su negativa a sobreseer el caso si el Ministerio Fiscal, el Equipo Técnico y las circunstancias del caso lo aconsejan. Sin embargo, al margen de las presentes deficiencias formales, lo cierto es que con las técnicas de diversión se consigue situar a la víctima en el lugar procesal que le corresponde, haciéndole participe activo en el proceso penal y dotándole del protagonismo que se viene demandando socialmente, sin que por ello se frustren las expectativas reeducativas y resocializadoras que todo proceso penal de menores debe perseguir.

D. CONCLUSIONES

Asistimos a un momento en el que existe una enorme preocupación en torno a la protección de la víctima en el proceso penal que debe ser contemplado como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial de la víctima. Sin embargo, el presente movimiento de atención a los intereses de los afectados no debe interpretarse de modo absoluto para la totalidad de procedimientos penales, puesto que, tal y como se ha mantenido a lo largo del presente trabajo, el derecho a la tutela judicial efectiva y el ejercicio de la acción penal se conforma como un derecho de configuración legal, limitado a los supuestos predeterminados legalmente.

La especialidad del proceso penal de menores y el interés en que exista un alejamiento de los postulados tradicionales del Derecho Penal de adultos atribuyen a este primero una serie de especificidades traducidas en la primacía del interés superior del

menor y en la persecución de finalidades sancionadoras-educativas como ejes fundamentales de todo el proceso.

Así, no teniendo el proceso de menores finalidad retributiva alguna, sino educativa, la intervención de ofendidos o perjudicados como acusación particular únicamente puede estar orientada hacia objetivos de carácter vindicativo. La presencia de las víctimas está suficientemente garantizada a través del ejercicio de la acción civil, de su intervención en las fórmulas de diversión y de su participación en el proceso, tal y como se interpretaba con anterioridad al 2003 y, en especial, atendido el contenido del actual artículo 4 en lo que se refiere a su derecho a la información sobre fuentes de asistencia y sobre las diferentes resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores.

La dignificación de las víctimas no debe residir en la absoluta e ilimitada potenciación del ejercicio de la acción penal, en detrimento de la persona del infractor que, tratándose de un menor de edad, debe insertarse en un proceso con todas las garantías y presidido por el principio de interés superior del mismo que cede ante el desproporcionado protagonismo que han adquirido las víctimas/perjudicados desde su consideración como acusadores particulares.

En este sentido, resulta sorprendente cómo el legislador cede en innumerables ocasiones a presiones sociales que equiparan el rol de la acción particular en el proceso de adultos con el papel ejercido en el de menores, en detrimento de una materia que siempre ha estado presidida por la especial tutela que debe desprenderse hacia los menores infractores y su interés superior. Así, finalidades sancionadoras-educativas, la protección del interés superior del menor, la necesidad de que la medida objeto de aplicación se oriente a la resocialización y reeducación del menor, atendidas las circunstancias personales, familiares, sociales y psicológicas del mismo y la necesidad de potenciación de las fórmulas de diversión deben ser esgrimidos como argumentos que evidencien una necesidad de vuelta a postulados anteriores, donde la víctima, sin ser acusador particular, estaba suficientemente reconocida, sin necesidad de participación activa alguna en el proceso. La salvaguarda de los derechos de las víctimas no se debe medir por la intensidad de su intervención en un procedimiento tan delicado como el de los menores infractores, sino más bien a través de la puesta en práctica de fórmulas donde adquieran la notoriedad y la importancia que les corresponde.

En primer lugar, la dignificación de la víctima en cuanto coadyuvante respecto a cualquier clase de infracción sin límites de carácter temporal o de intensidad de la acción. De esta forma se evitará la siempre criticada distinción entre víctimas de primera y de segunda clase. La limitación de la intervención del particular frente a supuestos graves cometidos por mayores de 16 años carece de fundamento jurídico alguno, salvo el interpretar que la confrontación con la víctima respecto a menores de 16 años puede resultar más impactante que con los de dicha edad, sin embargo, dicho argumento cede ante las posibilidades reales de la prueba testifical que, según la redacción del anterior artículo 25, el perjudicado podía ejercitar. En estos supuestos, una interpretación extensiva de la presente prueba puede llegar a justificar la intervención de los perjudicados como coadyuvantes, frente a cualquier menor infractor, al margen del tipo de ilícito cometido y de la edad de los mismos, favoreciendo su intervención en el proceso, su derecho a estar informados, así como otra serie de derechos que, aunque no redunden en el ejercicio de la acción penal, no lesionan su derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, la potenciación de las fórmulas de diversión, esto es, mediación, reparación o conciliación, facilita un acercamiento entre ambas a raíz del cual los perjudicados pueden ser reparados no sólo económicamente, sino también moralmente.

Junto a ello, como se recoge en la Instrucción 8/2005 de tutela y protección de las víctimas en el proceso penal y atendidas algunas de las propuestas emitidas por la doctrina, por lo que respecta a las víctimas en el proceso de menores, su condición de coadyuvante, así como su participación en las técnicas de diversión se debe complementar con la garantía del reconocimiento del derecho íntegro a estar informadas, en el sentido desprendido del artículo 4 de la LO 5/2000, que se traduce en lo siguiente: favorecimiento de la actuación de las oficinas del Servicio de atención a las víctimas, desde el momento del conocimiento del hecho delictivo y el seguimiento en los días posteriores y, en su caso, acompañamiento a la Policía, al Forense y a los distintos actos procesales; especial sensibilidad para con las víctimas menores; personalizar y humanizar las comunicaciones y atenciones para con los testigos de cargo, en determinadas circunstancias, cuidando la recepción y comprensión de las notificaciones dirigidas al mismo y, llegado el caso, su traslado, entrada y permanencia en las dependencias oficiales, evitando el que podría ser el siempre innecesario y contraproducente visionado o enfrentamiento tanto del agresor como de su círculo.

En definitiva, la participación de la víctima en el proceso en los términos existentes con anterioridad a 2003, junto a un reconocimiento íntegro del derecho a ser informado, dota a este colectivo de un reconocimiento jurídico, sin vulnerar el pilar básico que debe imperar todo el proceso penal de menores, esto es, el interés superior del menor y las finalidades sancionadoras-educativas, cuya consecución reside en el cumplimiento de una medida acorde a las circunstancias del hecho y a las personales, familiares, sociales y psicológicas del menor infractor.

E. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAZÁN SERRANO, Ana / IZQUIERDO CARBONERO, Francisco Javier: *Derecho Penal de Menores. Actualizado con el Reglamento de Menores -R.D. 1774/2004-*. Edit. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Barcelona, 2004.
- BARREDA HERNÁNDEZ, Armando: "La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil", en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. II, 2001, pp. 513 a 587.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: "La acusación particular en el proceso penal de menores. ¿La represión como alternativa?", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 76, 2004, pp. 283 a 319.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*. Edit. Trivium. Madrid, 2001.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: "La acusación particular en el proceso penal de menores: primeras reflexiones tras la reforma 15/2003", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 620, 2004, pp. 1 a 8.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel / LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel: "El proceso de penal de menores (I)", en *Derecho Penal Juvenil*, editado por Vázquez González y Serrano Tárraga. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 249 a 292.

- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: “Justicia de menores: Aspectos de un procedimiento en crisis ante la crisis de los procedimientos penales”, en *Actualidad Penal*, 1996-2, pp. 953 a 967.
- *Comentarios a la legislación penal de menores. Incorporación de las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma: *El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares*. Edit. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2007.
- GÓMEZ RECIO, Fernando: “La introducción en la LORPM del acusador particular”, en *www.noticiasjuridicas.com*, pp. 1 a 8.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: *Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (comentarios, concordancias y jurisprudencia)*. Edit. Comares, Granada, 2004.
- MARTÍN BRAÑAS, Carlos: “La incorporación de la acusación particular al proceso de menores”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 3, 2004, pp. 50 a 57.
- MARTÍN OSTOS, José: “Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores”, en *Menores Privados de Libertad. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp. 153 a 189.
- MINGO BASAÍL, María Luisa: “Posición de las víctimas en el proceso penal de menores. De la prohibición a la aceptación de la acusación particular”, en *La Ley*, 2004-4, pp. 1885 a 1898.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La víctima en el proceso de reforma de menores”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, vol. II, 2000, pp. 467 a 525.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Edit. Bosch. Madrid, 2001.
- *Derecho Penal de Menores Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Edit. Bosch. 3ª edic. Madrid, 2005.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: “La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores”, en *Justicia Penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, coordinado por Gómez Colomer y González Cussac. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, pp. 195 a 210.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro: *Ley Orgánica de responsabilidad de los menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Edit. Difusa. Madrid, 2005.
- SAN JUAN LÓPEZ, Raúl: “Intervención de la víctima en el proceso penal de menores”, en *www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0153.htm.*, pp. 1 a 3.
- SANZ HERMIDA, Ágata María: *El nuevo proceso penal del menor*. Edit. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2002.
- VENTURA FACI, Ramiro / PELÁEZ PÉREZ, Vicente: *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Edit. Colex. Madrid, 2000.

DERECHO PROCESAL

REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN POPULAR EN EL PROCESO PENAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA

Magistrado Sala II Tribunal Supremo

*Para Antonio Beristain, Maestro y Amigo del Alma,
con el recuerdo y la gratitud por tus enseñanzas deustenses,
y con agradecimiento por tu voz a veces tan crítica
como siempre necesaria, en favor de un derecho penal más
humanizado*

I. INTRODUCCIÓN¹

Con anterioridad a la Constitución, la única regulación legal de la acción popular estaba constituida por los arts. 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se referían a ella de una manera fragmentaria.

Dice el art. 101 que la acción penal es pública y todos los españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley, lo que vine a reiterarse en el art. 270.

Un salto cualitativo en el reconocimiento de esta singular institución, que no tiene precedentes en los sistemas penales de nuestro entorno cultural, está constituido por el explícito reconocimiento que de la acción popular se efectuó en el art. 125 de la Constitución a cuyo tenor “...los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine...”.

En idéntico sentido de facilitación del propio ejercicio de la acción popular se pronuncia el art. 19 LOPJ que establece que los ciudadanos de nacionalidad espa-

1. El presente escrito es un resumen de una ponencia más extensa desarrollada en un Curso de Formación de Jueces y Magistrados. Junio 2008.

ñola podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley. Especialmente relevante en cuanto a la efectividad de su ejercicio es el art. 20-3º de la LOPJ que determina que “...no podrían exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular...”, precisión que parece ser una manifestación del principio de reconocimiento de los obstáculos que impiden a los ciudadanos su participación en la vida política, económica, cultural y social del art. 9-3º de la Constitución y su necesaria remoción. También podemos referirnos al art. 406 de la LOPJ que establece que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces podrá incoarse, también mediante el ejercicio de la acción popular.

Obviamente, el devenir histórico de la acción popular ha ido acompasado a la situación política de España; no podía ser de otra manera, ya que siendo su ejercicio, no tanto una manifestación de la soberanía popular como lo fue en Roma, sino una manifestación de la democracia participativa, de la intervención del ciudadano en la cosa pública, resulta obvio que su incompatibilidad es clara en los regímenes políticos no democráticos, que no permiten la participación de los ciudadanos en la vida política, ni por tanto en la Administración de Justicia.

Por ello, durante mucho tiempo, la acción popular quedó fosilizada en los textos legales y en los pocos casos en los que se intentó su ejercicio, éste fue imposibilitado por el sistema judicial mediante las exigencias de fianzas elevadas al actor popular imposibles de prestar.

Esta etapa, claramente abolicionista de la acción popular comenzó a resquebrajarse con la vigencia de la Constitución, y definitivamente a dar paso a otra, claramente expansiva, a partir de la vigencia de la LOPJ cuya precisión sobre las fianzas admisibles fue esencial para modificar las inercias judiciales.

II. CONCEPTO Y NOTAS FUNDAMENTALES

En feliz expresión de Calamandrei, la acción popular puede catalogarse como un “*lujo del derecho*”, pues es escuela de ciudadanía y signo inequívoco de democracia. No obstante hay que relativizar estos “*piropos*” porque esta institución es prácticamente desconocida en los países de nuestro entorno cultural, como ya se ha dicho, sin que por ello se pueda predicar un déficit democrático o cívico.

1. En primer lugar, hay que partir del reconocimiento constitucional de la acción popular que se recoge en el art. 125

Dada su ubicación sistemática, se puede cuestionar su naturaleza de derecho fundamental, ya que éstos se encuentran en la Sección I Capítulo II, Título I de la Constitución, arts. 14 a 29 más la objeción de conciencia del art. 30 en virtud de la expresa remisión que a ello se hace en el art. 53.

A ello se puede añadir que este derecho a la acción popular no se encuentra recogido en ningún Tratado Internacional de los firmados por España.

La actual doctrina del Tribunal Supremo, superadora de planteamientos diferentes anteriores, estima que la acción popular es un *ius ut procedatur* en el que el juez debe verificar si los hechos denunciados pueden tener incidencia penal, efectuando la

correspondiente encuesta judicial, determinando las responsabilidades a que hubiese dado lugar, pero en modo alguno el acusador popular tiene el derecho a la obtención de una condena, él no es el titular del *ius puniendi*.

De su consagración constitucional, se derivan dos consecuencias, como afirma Gimeno Sendra:

- a) La constitucionalización de la acción popular vincula al Poder Legislativo que no podrá derogarla, sí, modular su ejercicio como luego se verá y
- b) Sin llegar a ser un derecho fundamental *strictu sensu*, constituye un *ius ut procedatur* que afecta al principio de la tutela judicial efectiva, por lo que la práctica judicial no puede poner obstáculos insalvables a su ejercicio o que la dificulten.

2. Es un derecho de configuración legal

No hay más que releer el art. 125 de la Constitución, el art. 19 LOPJ o el art. 101 y 270 de la LECriminal para observar que el *leiv motiv* de estos artículos es que tales preceptos se refieren a la ley ordinaria para el ejercicio de la acusación popular.

Los derechos fundamentales de configuración legal son aquellos cuyo contenido, extensión y ámbito queda regulado en la ley ordinaria, precisan un desarrollo legal, por eso, permiten variaciones y modificaciones que el legislador ordinario pueda introducir con la sola salvedad de no poder vaciar de contenido el núcleo esencial del derecho.

3. Es un derecho cívico-activo

Siguiendo con la clasificación de derechos subjetivos que efectuó Jellinek, estima Vicente Gimeno que el derecho a la acusación popular hay que encuadrarlo en el *status activae civitatis*, es un derecho cívico *quivis ex populo*, como se ha dicho en referencia a la *Instituta* y así se recoge por Justiniano, basta estar en plenitud de derechos. La propia Constitución determina la titularidad de la misma “a los ciudadanos”. Ello supone que la acción popular queda excluida a los extranjeros, y tal vez tenga que ser revisada esta limitación a la luz del concepto de “ciudadanía europea”. Los ciudadanos extranjeros sólo podrán ejercer la acción penal si son perjudicados por el delito.

En este sentido hay que recordar que el Tratado de la Unión Europea en su art. 12 prohíbe toda discriminación y por ello no se admite que un ciudadano de la Unión Europea sea considerado extranjero en otro país de la Unión. No obstante, como también recuerda el autor citado, no dejaría de ser paradójico que un ciudadano de la Unión pueda ejercer la acción popular en España, y no lo pueda ejercer en su país de origen porque, como ya hemos dicho, no existe esta institución en los países de nuestro entorno.

Por otra parte, es un *derecho activo* porque a través de su ejercicio los ciudadanos pasan a ejercitar en *igualdad* con el Ministerio Fiscal una función pública como es la de acusar.

4. Legitimación de las personas jurídicas, instituciones u organismos

Sin perjuicio de reconocer que en un primer momento tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo fue contraria a la legitimación de las personas jurídicas para actuar como acusadores populares, hoy la cuestión está resuelta afirmativamente.

La STC 62/83 –síndrome tóxico–, fue la primera que abordó el tema de la acción popular, y aunque desestimó el recurso de amparo instado por la cuantía de la fianza impuesta, le reconoció a la acción popular el carácter de derecho fundamental.

Más restrictiva fue la doctrina sentada en la STC 147/85; *con posterioridad* acogándose a la doctrina integradora que estima que la acción popular es un derecho fundamental pero que *no* se deriva directamente del art. 24-1, se pronunciaron en sentido positivo las SSTC 34/94, 50/98 y 79/99.

Prácticamente esta es la *posición actual* del Tribunal Constitucional como lo acredita las recientes SSTC 311/2006 y 8/2008.

Obviamente, la admisión de las personas jurídicas y las instituciones y organismos públicos como legitimados para el ejercicio de la acción popular, lleva consigo extender dicha legitimación a asociaciones o entidades privadas. En tal sentido, las Asociaciones de Consumidores o Usuarios, la protección del medio ambiente, en definitiva las entidades que tiene por actividad la defensa de intereses difusos y por tanto colectivos, tienen legitimación para el ejercicio de la acción popular.

5. Exclusiones a su ejercicio

En síntesis, puede decirse que los excluidos del ejercicio de la acción pública son los mismos que están excluidos de la acción penal en los términos referidos en el art. 102 LECriminal.

6. Excepciones al ejercicio de la Acción Popular

En determinadas jurisdicciones no está permitida la acción popular. Estas excepciones constituyen una manifestación de la naturaleza de esta institución como de configuración legal, lo que supone que el legislador ordinario puede establecer limitaciones y prohibiciones a su ejercicio.

Es constante la jurisdicción de la Sala I –Civil– del Tribunal Supremo que tiene declarado que la acción popular consagrada en el art. 125 de la C.E. no es aplicable en la actualidad al proceso civil –STS de 3 de Mayo de 2000–.

Tampoco está reconocida en la Jurisdicción Militar.

Las SSTC 64/99, 81/99 y 280/2000 deniegan el amparo a diversas asociaciones a las que en la instancia se les había denegado por la jurisdicción militar su personación como acusación popular. En síntesis, afirma el Tribunal Constitucional que “...la acción popular sólo existe cuando la ley lo establezca, sin que su existencia venga inexorablemente ligada a un imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva...”.

Tampoco existe en el Derecho Penal del Menor por prohibición expresa contenida en su art. 25 “...en este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares...”.

La vigente Ley del Suelo, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008 de 20 de Junio del 2008, reconoce la acción popular en el ámbito de actuación de dicha Ley en su artículo 48.

7. Sobre las costas de la Acusación Popular

En materia de costas del proceso es reiterada la doctrina de la Sala II que tiene declarado que el ejercicio por personas físicas o jurídicas de la acción popular, aunque prosperen sus tesis acusatorias, no puede dar lugar a condenar al imputado a las costas de dicha acusación popular.

En este sentido SSTs de 24 de Octubre de 1998, 16 de Noviembre de 1998, 29 de Marzo de 1999, 12 de Febrero de 2001 y 31 de Octubre de 2002.

Ahora bien, tratándose de Acusaciones Populares en defensa de intereses generales o difusos, el criterio expuesto puede no ser el más adecuado y así lo reconocen las SSTs 149/2007, 381/2007. Especialmente relevante es la STS de 17 de Noviembre de 2005 –nº 1318/2005–. Esta última impone al condenado las costas de la Acusación Popular; se trataba de un delito medioambiental en el que la acusación popular estaba ejercida por una asociación.

III. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR

Son cuatro:

1. Necesidad de formular querella.
2. Exigencia de prestar fianza.
3. Intervención mediante abogado y procurador.
4. Que el hecho ofrezca *prima facie* los caracteres de delito o falta.

Por lo que se refiere a la formulación de querella, esta es imprescindible si con ella se inicia el proceso penal. En el caso de que se trate de un proceso ya iniciado bien por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, la jurisprudencia de la Sala II con un criterio muy expansivo ha venido a exonerar del requisito de la querella al actor popular. Hay que decir que la ley no contempla este caso ni por tanto excepciona de la presentación de querella al actor popular en tal caso. Se está ante una interpretación jurisprudencial.

Por lo que se refiere a la fianza esta debe ser proporcionada y adecuada a la capacidad económica del actor popular. El art. 20 de la LOPJ en su párrafo 3º señala que:

“...no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impiden el ejercicio de la acción popular...”.

En tal sentido, se pueden citar entre otras las SSTC 62/1983, 113/1984 y 147/1985 que tempranamente sentaron la doctrina de que podría llevar a una efectiva

indefensión, prohibida por el art. 24-1º de la Constitución, la exigencia por el órgano judicial de fianzas en una tal cuantía a quienes pretendieran interponer querrela para el ejercicio de la acción popular que en la práctica desembocaría en una efectiva imposibilidad de su ejercicio.

En lo que se refiere a la *intervención de abogado y procurador*, caso de existir varias acusaciones populares, se plantea el problema de la litigación conjunta ex art. 113 LECriminal.

La STC 193/91 concedió el amparo solicitado por el actor popular contra la decisión del juzgado de actuar bajo una misma y única dirección letrada a las varias acusaciones populares. Sostiene el Tribunal Constitucional que las partes acusadoras pueden encomendar su representación y asesoramiento jurídico a persona de confianza, sin que el art. 113 LECriminal sea obstáculo. Sólo en el caso de que se de la suficiente convergencia entre las diversas partes acusadoras de suerte que de no actuar conjuntamente se daría una repetición de diligencias, podría aceptarse la misma dirección letrada.

En el caso estudiado no se daba, y por ello concedió el amparo.

Idéntica doctrina se dio en la STC 154/1997 de 29 de septiembre aunque en este caso verificó que sí existió una convergencia de posiciones y aplicó el art. 113 que tiene por finalidad evitar dilaciones indebidas.

Recientemente ante el ejercicio de una acción popular por los mismos hechos que motivaron el ejercicio de una primera acción popular por una asociación, se acordó que la segunda asociación querellante actuara bajo la misma dirección y representación que la primera tras verificar la identidad de ambas querellas y con apoyo en el artículo 113 de la LECriminal. Se trata del auto de 15 de Junio 2009, Causa Especial Recurso 20153/2009.

En general hay que reconocer que la doctrina de la Sala II ha sido, en gran medida, muy favorable a la legitimación de la acción popular, sin duda, a mi juicio, influenciada por el aire democratizador que esta institución tuvo a partir de la Constitución y también –como ya previó Francisco Silvela– por una inconfesada y apriorística desconfianza al Ministerio Fiscal por su conexión con el Poder Ejecutivo al ser el Fiscal General del Estado cargo de confianza nombrado por el Gobierno.

También existen, no obstante, algunas llamadas de atención y en tal sentido la STS 1300/93 de 5 de junio ya exigía el máximo cuidado en los casos:

“...en los que con el simple enunciado de ejercer una acción popular ya se puede tener derecho a una intervención inmediata en el proceso, sin haber demostrado previamente su interés directo en la cuestión y sin que pueda servir de sustento a ese interés (y este es el caso) la defensa genérica de la moral pública...”. En el mismo sentido, STS 438/2001.

IV. ABUSOS DE LA ACCIÓN POPULAR

Llegados a este punto, y antes de pasar al estudio de las dos últimas sentencias dictadas por esta Sala sobre la acción popular (casos Botín-Santander y caso Atutxa) es conveniente reflexionar sobre el abuso que de la acción popular se ha estado haciendo

en los Tribunales y sobre las medidas que pudieran adoptarse, no para su supresión o eliminación pura y simple, sino para cortar tales abusos.

Con Gimeno Sendra, se puede coincidir en el rol que pueda seguir jugando la acción popular en lo que se refiere a la defensa de “*intereses difusos*” como los sindicatos en referencia a los delitos contra la seguridad en el trabajo, las asociaciones de derechos humanos en el delito de tortura, los ecologistas o asociaciones de consumidores en los delitos ecológicos, de urbanismo, contra la salud pública, etc., etc., todas estas organizaciones merecen el calificativo de parte legítima –aunque no directamente perjudicados– en la presunción de tales delitos.

Ahora bien, no cabe tampoco olvidar la proliferación de querellas políticas que suponen una intolerable instrumentalización del proceso penal para fines ajenos a la justicia, con un desgaste, también intolerable, para los operadores judiciales y el propio colectivo judicial. En la Sala II existen suficientes datos concretos que avalan lo dicho.

A mi juicio, debería llamarse la atención sobre el mayor rigor de los juzgados ante los que se intenta ejercer la acción popular. Hay que ser riguroso en la existencia de la querella y fianza, y sobre todo en la averiguación de un verdadero interés en la defensa de los intereses difusos que se propone actuar el acusador popular. Creo que la admisión de la acusación popular ha sido *con frecuencia rutinaria*, y ciertamente sin una pasividad del operador judicial no se puede explicar el abuso en el ejercicio de la acusación popular.

Esta reflexión sobre los abusos de la acción popular y la necesidad de acotamiento no es una situación reciente.

Algunas referencias más recientes:

1. La *Fiscalía General del Estado* en bastantes ocasiones ha llamado la atención sobre la extraordinaria amplitud que la acción popular está reconocida en la jurisprudencia. Ya en la Memoria de la Fiscalía del año 1996, en las pp. 701 a 721 se hacían diversas reflexiones en tal sentido, que se repiten en la Memoria del año 1999 redactadas por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

Vale la pena retener este párrafo:

“...la necesidad de establecer una moderna regulación, de ámbito mucho más restrictivo, que evite los abusos y arbitrariedades que, en procesos de gran trascendencia pública y extraordinaria gravedad, se han dado con notable apoyo mediático y que no han venido a aportar nada al esclarecimiento de los hechos y, en definitiva, a la administración de justicia...”.

Con anterioridad, ya la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989 apuntaba que no son siempre intereses puros de colaboración con la Administración de Justicia, los que animan al ejercicio de la acusación popular sino un oportunismo mediático.

2. En el *Pacto de Estado* para la reforma de la Justicia, firmado el 28 de Mayo de 2001, en el punto 17, relativo a la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre los puntos a contemplar se preveía en el apartado b) del referido punto 17:

“...La modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular...”.

3. La reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dada por la Ley 38/2002 sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

En la Exposición de Motivos se dice con claridad que dicha ley “...es fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia...”.

Pues bien, en dicha ley se incluyó un artículo, el 782, cuyo contenido literal es como sigue:

“...1. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal.

Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas acordadas.

2. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:

- a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.*
- b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días...”.*

Basta observar que en el actual art. 782-2º letra a) se dice que

“...podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados no personados, para que dentro del plazo... comparezcan a defender su acción...”

De entrada, esta invitación *ex novo* a intervenir en el proceso abreviado o búsqueda de acusador no existía antes de la reforma de la Ley 38/2002, como ya se ha dicho, y de otro lado, tal invitación a los perjudicados sería innecesaria si dentro del concepto de “acusador particular” del art. 782-1º se entendiese incluido el actor popular, pues en tal sentido carecería de sentido esa invitación o búsqueda de perjudicado. Si hubiera un actor popular, el proceso continuaría. Por lo tanto, cuando en dicho párrafo 1º se habla de “acusador particular”, éste no es el acusador popular.

En este momento, sólo me limitaré a reiterar la reflexión de que esta Ley 38/2002 es “fruto” del Pacto de Estado por la Justicia y que en éste se recoge la previsión de una regulación de la acción popular deslindándola de la particular.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1045/07 DE 17 DE DICIEMBRE Y SUS VOTOS PARTICULARES (CASO BOTÍN)

1. Supuesto de hecho

En la causa, el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron el sobreseimiento. Después de esta petición se persona la Asociación para la defensa de Inversores y Clientes ejercitando la acción popular: también lo hizo como acusación particular Iniciativa per Catalunya-Verds.

El Juez Central aceptó las acusaciones efectuadas, dictando los autos correspondientes y remitiendo la causa a la Audiencia Nacional, cuya Sección III en auto de 20 de Diciembre dictó el Sobreseimiento Libre de las actuaciones por estimar que carecían de legitimación las dos acusaciones populares para acusar *en solitario*, a la vista de lo preceptuado en el art. 782 LECriminal.

Recurrida la decisión por las dos acusaciones populares, la Sala II, por mayoría confirmó la decisión de la Audiencia Nacional, rechazando los recursos de casación formalizados. Se contabilizaron cinco votos particulares en contra de la decisión y dos votos particulares concurrentes con la decisión de la mayoría –siete– aunque con argumentación diferente.

2. Argumentos de la sentencia de la mayoría

Se formalizaron por ambos recurrentes idénticas denuncias a través de dos motivos encauzados por la vía de la vulneración de derechos constitucionales. En el primer motivo se alegaba la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción del art. 24-1º y que no ha existido modificación legal en la Ley 38/2002, y en el segundo, se alegaba la vulneración del art. 125 porque el derecho de la acusación popular es un derecho fundamental y autónomo e independiente de otras acusaciones.

Las respuestas de la Sala fueron las siguientes:

- a) El ejercicio de la acusación popular, no obstante su reconocimiento constitucional ex art. 125, no es un derecho fundamental al estar excluido del Capítulo II, Título I de la Constitución. No está incluido en ninguno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales firmados por España, tampoco está reconocido en las democracias europeas de las que forma parte España y, además, podría constituir un privilegio de “*los españoles*”, pues sólo a ellos se refiere la LECriminal. A este respecto, conviene precisar que, la Constitución se refiere a “*los ciudadanos*”, por lo que, a mi juicio, el término “*españoles*” pudiera ser interpretado desde el concepto de ciudadanía europea.
- b) Es un derecho de configuración legal, por lo tanto, el legislador ordinario está habilitado para determinar en qué procesos y en qué condiciones puede ejercitarse la acción popular. La Sala no admite que el fundamento de la acción popular lo constituya una desconfianza hacia el Ministerio Fiscal que de la misma se derive la legitimidad para que pueda dirigir la acusación en solitario el acusador popular.

- c) El hecho nuevo que justifica el cambio de jurisprudencia se encuentra justificado en la redacción actual del art. 782 dada por la Ley 38/2002. No puede sostenerse que nada ha cambiado entre el viejo art. 790-3º y el actual 782, ambos de la LECriminal. Todo el debate parlamentario en torno al actual art. 782 y al término “*acusador particular*” tuvo por finalidad la idea de distinguir a éste del acusador popular, de suerte que cuando se nombra a aquel se excluye a éste. Se cita a este respecto la enmienda nº 133 (12) por su claridad y que se cita textualmente en el auto recurrido de la Audiencia Nacional “*...Este párrafo pone de manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa quivis ex populo, sin haber sido perjudicado por el delito...*” –f.jdco. primero, párrafo 14 de la sentencia de la mayoría–.
- d) La limitación operada es consecuencia de la configuración legal a que está sometida la regulación de la acción popular. Por otra parte la interpretación que se sostiene es ajustada al tenor literal del art. 782, y por lo tanto no puede ser tachada de interpretación “*contra legem*”, ni tampoco “*praeter legem*”.

En la propia LECriminal se distingue entre el acusador popular y el acusador particular. De los arts. 102 y 270 se deriva la distinción conceptual entre acusador particular y el acusador popular.

3. En los votos particulares (siete en total) hay que distinguir dos grupos:

- a) Dos votos concurrentes con la decisión de la mayoría, si bien con una argumentación de tipo procesal propia.
- b) Votos contrarios con la decisión de la mayoría, a los que me referiré.

Los cinco votos con distintos matices vienen a sostener una idéntica posición, a saber, que cuando el art. 782 se refiere al acusador particular, dentro de este concepto ha de estimarse incluido el actor popular, y, en consecuencia, el recurso de casación debió ser estimado con nulidad del auto de la Audiencia Nacional de 20 de Diciembre, devolución de la causa a dicho Tribunal para la continuación del proceso y colaboración del juicio oral contra los imputados. *Sus argumentos*, entre otros, son los siguientes:

- Nada ha cambiado la Ley 38/2002. Una modificación tan relevante como la que propugna la Sentencia debería haber sido más explícita y no emboscada.
- En el modelo de estado constitucional de derecho, no existe un principio de confianza entre instituciones, sino un sano principio de desconfianza.
- Se desactiva al actor popular en el momento cumbre del proceso, al privarle de dirigir la acusación en solitario, y ello lesiona el principio del derecho a la tutela judicial efectiva.
- La decisión de la mayoría deja en manos del Ministerio Fiscal la persecución de delitos contra bienes difusos en los que no existen víctimas directas, cuando, precisamente, en la defensa de tales bienes difusos (delitos contra la Administración, medioambientales, Hacienda, etc.) encuentra la acción popular su propio campo.
- El reconocimiento de abusos en el ejercicio de la Acusación Popular y la conveniencia de una más precisa regulación legal no justifica la cercenación

de posibilidades de actuación del actor popular que se deriva de la sentencia de la mayoría. En ocasiones el ejercicio de la acción popular ha sido el único mecanismo eficaz para posibilitar el enjuiciamiento y condena de hechos gravísimos.

- La interpretación del término “*acusación particular*” empleada en el art. 782 no debe efectuarse de forma aislada, sino integrándola con otros preceptos de la misma Ley en los que se refiere a partes personadas, acusaciones personadas, partes acusadoras.

VI. LA STS 54/2008 DE 8 DE ABRIL Y SUS VOTOS PARTICULARES (CASO ATUTXA)

1. Supuesto de hecho

La causa se inicia por delito de desobediencia contra el entonces Presidente del Parlamento Vasco y otras personas.

La causa se tramita en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dada la condición de aforados de los imputados. El Ministerio Fiscal formuló querrela así como el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias. La Instructora acuerda el sobreseimiento de la causa por no ser los hechos constitutivos de delito, recurren la Acusación Popular exclusivamente y con ella, en solitario, se formaliza la acusación, se abre el juicio oral y se dicta sentencia absolutoria.

El Ministerio Fiscal sostuvo la tesis absolutoria.

Contra esta sentencia se formaliza recurso de casación. La decisión de la Sala II fue la de estimar el recurso de la acusación popular, y revocando el fallo absolutorio, condenar a todos los absueltos en la instancia. Obviamente existieron votos particulares. Cuatro en contra de la decisión de la mayoría, un quinto, también contrario pero por otros razonamientos.

Realmente, visto el posicionamiento de la Sala en la anterior sentencia 1045/07, de alguna manera quedaba prefigurado el resultado de esta causa a salvo, como ocurrió, de un trasvase de votos del sector mayoritario de dicha sentencia a favor de los minoritarios en aquella sentencia, que, de este modo, conformaron una nueva mayoría en la sentencia 54/2008.

Dicho más claramente, los mayoritarios de la sentencia del caso Botín quedaron en minoría en la sentencia del caso Atutxa en virtud de un cambio de dirección del voto de algunos Magistrados.

De esta suerte el voto mayoritario estaba integrado también por nueve y el minoritario por cinco.

2. Argumentos de la sentencia de la mayoría

En síntesis ya estaban anunciados en los votos particulares del “caso Botín”.

En definitiva, se viene a decir que el art. 782-1º exige como escenario que el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular soliciten un sobreseimiento. En tal caso no

procede en solitario mantener la acusación el actor popular. Pero si el escenario es el de un Ministerio Fiscal que no acusa y no hay (o no puede haber) acusación particular personada por no existir perjuicio, y existe una acusación popular personada, entonces sí puede esta en solitario mantener la acusación. En palabras de la propia Sentencia f.jdco. primero apartado II:

“...En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico...”.

3. Argumentos de los votos particulares

Me centraré exclusivamente en los aspectos relativos a la acción popular.

Los votos particulares vienen a sostener las tesis mayoritarias de la sentencia del “caso Botín”, ya expuestos.

En la argumentación se incidió en las diversas enmiendas parlamentarias que dieron como resultado el actual art. 782 LECriminal, y en concreto se hizo referencia a la enmienda nº 133 del Grupo Parlamentario Catalán que decía:

“...la finalidad de la enmienda es esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales del acusado particular –como representante del perjudicado por la acción delictiva– y el actor o acusador particular...”.

así mismo se hizo referencia a enmiendas semejantes de los Grupos Parlamentarios PNV y PSOE.

La distinción que se efectúa en la Sentencia del “caso Atutxa” atenta al principio de igualdad ante la Ley, pues, paradójicamente, los imputados por delitos sin víctimas ni perjudicados, estarían expuestos a acusaciones populares, lo que no ocurriría en los otros delitos con víctimas, y ello les convertiría en ciudadanos de peor condición.

Se rechaza el pre-judicio de pasividad ante el Ministerio Fiscal olvidando que éste es un órgano constitucional, integrado en el Poder Judicial regido por un Estatuto Orgánico, contiene diversos mecanismos internos de control que refuerzan su independencia y los fines de la institución.

Frente a esta situación, mal remedio puede ser una acción popular sin exigencia de control sobre los intereses que dice proteger y cuando la experiencia acredita que la *“...desviación al sistema de justicia penal de conflictos escasamente jurídicos, o simplemente la utilización del proceso penal para finalidades ajenas a su propio cometido, parece vehiculares, actualmente, a través del ejercicio de la acción popular en no pocas ocasiones...”*.

También se señala que con este cambio jurisprudencial queda en cuestionamiento el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9-3º de la Constitución *“...por lo que debe velar muy especialmente esta Sala, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria...”*.

Finalmente, se aboga en los votos particulares por una regulación sistemática de la acción penal por parte del Poder Legislativo.

VII. REFLEXIONES FINALES Y UNA CONCLUSIÓN

Como *primera reflexión*, hay que partir del hecho de que la acción popular no está equiparada en clave de absoluta igualdad a la acción pública que ejercita el Ministerio Fiscal, ni tampoco a la que ejercita el perjudicado/víctima.

Existen hasta tres diferencias que acreditan un trato legal diferente en relación a la acción popular: el actor popular debe formalizar querrela, prestar fianza y en materia de costas, salvo alguna excepción, por otra parte justificada a mi juicio, debe soportar los gastos procesales derivados del ejercicio de su acción aunque sus tesis se vean recogidas en la sentencia. El acusador particular está exento de presentar querrela, prestar fianza y las costas causadas le son impuestas al condenado.

Como *segunda reflexión*, estas diferencias no son sino una manifestación de tratarse de un derecho constitucionalizado ex art. 125 pero de configuración legal, por lo que el legislador ordinario puede determinar el contenido y ámbito de la acción popular en el proceso penal, de igual manera que le ha excluido de otros ordenes jurisdiccionales –civil, militar y menores–.

Como *tercera reflexión*, y en relación al proceso de Sumario que es, recuérdese, el único proceso por delito –para todo delito– arbitrado originariamente en la LECriminal, a excepción del juicio de faltas, hay que examinar el tratamiento que se efectúa del sobreseimiento previsto en los arts. 634 y siguientes de la Ley, singularmente en el art. 642 y concordantes.

Determina este artículo que cuando el Ministerio Fiscal solicitase el sobreseimiento y “... *no se hubiere presentado en la causa querellante particular... podrá el Tribunal acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los interesados en el ejercicio de la acción penal...*”.

¿Quién es el querellante particular? ¿Quiénes son los interesados?

A mi juicio sólo puede ser el perjudicado o víctima, porque el supuesto contemplado en dicho artículo es que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, y, no existiendo perjudicado personado, se le notifique dicha petición del Ministerio Fiscal –si el Tribunal lo considera oportuno– a dicho perjudicado por si le interesa personarse y seguir con la acusación.

Sólo desde este planteamiento tiene sentido la prevención del art. siguiente, el 643 que determina que “...*si fuese desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal, se les llamará por edictos...*”. Obviamente no puede estar en paradero desconocido, como ya apuntaba Fairen Guillén toda la comunidad de ciudadanos españoles.

Es difícil no coincidir con esta interpretación dada la claridad de la Ley.

Cuarta reflexión relativa a la previsión de la Ley 38/2002. Es en el actual art. 782-1º donde se reproduce prácticamente la misma expresión del anterior art. 790-3º, en cuanto al vinculante sobreseimiento para el Juez instructor cuando éste sea pedido por el Ministerio Fiscal y el acusador particular, y a continuación, en el párrafo 2º se introduce la búsqueda del acusador particular a que se refiere el art. 642 que había sido omitido en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 7/1988, de suerte que actualmente existe una *absoluta equiparación* en lo relativo a la búsqueda del acusa-

dor particular tanto en el Sumario, ex art. 642 a 644 que en el procedimiento abreviado, ex art. 782, pues ahora el régimen es exactamente el mismo como lo acredita la comparación de los respectivos articulados.

Realmente no podría ser de otra manera porque el *principio de unidad* del Ordenamiento Jurídico y los derechos de la víctima/perjudicada no hubieran permitido un tratamiento diferente en función de que se tratase del Sumario o del Procedimiento Abreviado.

Tal vez una posible explicación de la doctrina amplia de la Sala II haya de encontrarse, como ya apuntaba Silvela, en la desconfianza o pasividad del Ministerio Fiscal en relación a la investigación de casos que pudieran inquietar al Poder Ejecutivo, dada la naturaleza de cargo de su confianza, del Fiscal General del Estado y la estructura jerárquica de este Ministerio. Creo que esta situación ha quedado superada. La última reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal –Ley 24/2007– y la profundización en su independencia (sin perjuicio de que se deba avanzar en esa línea), no permite, a mi juicio, seguir sosteniéndose esa sistemática desconfianza hacia su papel, ni menos postular que la desconfianza entre poderes sea el criterio que debe regir entre los mismos en un Estado de Derecho consolidado como el nuestro.

Las dos sentencias dictadas por la Sala II –“caso Botín” y “caso Atutxa”– si bien se ha dicho, creo que benévolamente, que no son contradictorias, sino complementarias, son a mi juicio claramente contradictorias porque sin reconocer que el propio campo de la acusación popular estaría en la defensa de los intereses difusos o colectivos, lo que la doctrina llama los derechos de la tercera generación: medio ambiente, ordenación del territorio, seguridad en el trabajo, etc. etc., lo que debe de quedar claro es si se autoriza, en exclusiva, dirigir la acusación al actor popular y en concreto en qué tipos de delito.

Por ello, y como *conclusión*, creo que el legislador debe abordar una regulación completa de la acción popular en el proceso penal ante la confusión y falta de seguridad jurídica que no ha podido ofrecer la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, y en concreto determinar si es posible la apertura de juicio oral exclusivamente a instancias del acusador popular.

No se trata, como apresuradamente se ha dicho, de que se postule la supresión de la acción popular porque puede desviarse de sus fines lícitos, argumento que no sería atendible. El funcionamiento claramente patógeno de una institución no debe ser argumento para *sic et simpliciter* suprimir dicha institución, supresión que, por otra parte, sería imposible dado el reconocimiento constitucional de la acción popular.

Más limitadamente lo que se dice es si hoy, en la sociedad actual puede admitirse que un ciudadano, cualquier ciudadano, pueda ser llevado a juicio como imputado y sometido, de entrada, a la pena de banquillo, cuando un Ministerio Fiscal promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, no encuentra ningún ilícito penal (y recuérdese que el Tribunal que discrepe de esa decisión puede remitir la causa a su superior), y cuando o no hay víctimas ni perjudicados, o los que existan no interesan la continuación del procedimiento.

Impedir esta posibilidad a la acusación popular no es eliminarla, sino ser consecuente con su reconocimiento constitucional y su configuración legal, por lo que el legislador ordinario está legitimado para determinar su ámbito.

Llegados a este punto, considero inaplazable la regulación sistemática de ésta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José: *La Acción Popular II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, p. 227 nº de Justicia 1989.
- FAIREN GUILLÉN: “El art. 125 de la Constitución: La acción popular y su fortalecimiento”, p. 606, *II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Ministerio de Justicia-1989.
- GIMENO SENDRA, Vicente: “La acusación popular”. *Revista del Poder Judicial* nº 31. Septiembre 1993, pp. 89 y 90.
- GIMENO SENDRA, Vicente: “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción popular. Los casos Botín y Atutxa”. *La Ley* nº 6970 de 18 de Julio 2008.
- Memoria Fiscalía General del Estado del año 1999*, pp. 405 a 409 redactadas por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- Sobre propuestas para una futura regulación legal de la Acción Popular. Ver OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana. *El ejercicio de la acción popular*, pp. 161 y ss. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2003.

DERECHO PROCESAL

REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN POPULAR EN EL PROCESO PENAL DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA

Magistrado Sala II Tribunal Supremo

*Para Antonio Beristain, Maestro y Amigo del Alma,
con el recuerdo y la gratitud por tus enseñanzas deustenses,
y con agradecimiento por tu voz a veces tan crítica
como siempre necesaria, en favor de un derecho penal más
humanizado*

I. INTRODUCCIÓN¹

Con anterioridad a la Constitución, la única regulación legal de la acción popular estaba constituida por los arts. 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se referían a ella de una manera fragmentaria.

Dice el art. 101 que la acción penal es pública y todos los españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley, lo que vine a reiterarse en el art. 270.

Un salto cualitativo en el reconocimiento de esta singular institución, que no tiene precedentes en los sistemas penales de nuestro entorno cultural, está constituido por el explícito reconocimiento que de la acción popular se efectuó en el art. 125 de la Constitución a cuyo tenor “...los ciudadanos podrán ejercer la acción popular...en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine...”.

En idéntico sentido de facilitación del propio ejercicio de la acción popular se pronuncia el art. 19 LOPJ que establece que los ciudadanos de nacionalidad espa-

1. El presente escrito es un resumen de una ponencia más extensa desarrollada en un Curso de Formación de Jueces y Magistrados. Junio 2008.

ñola podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la Ley. Especialmente relevante en cuanto a la efectividad de su ejercicio es el art. 20-3º de la LOPJ que determina que “...no podrían exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular...”, precisión que parece ser una manifestación del principio de reconocimiento de los obstáculos que impiden a los ciudadanos su participación en la vida política, económica, cultural y social del art. 9-3º de la Constitución y su necesaria remoción. También podemos referirnos al art. 406 de la LOPJ que establece que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces podrá incoarse, también mediante el ejercicio de la acción popular.

Obviamente, el devenir histórico de la acción popular ha ido acompasado a la situación política de España; no podía ser de otra manera, ya que siendo su ejercicio, no tanto una manifestación de la soberanía popular como lo fue en Roma, sino una manifestación de la democracia participativa, de la intervención del ciudadano en la cosa pública, resulta obvio que su incompatibilidad es clara en los regímenes políticos no democráticos, que no permiten la participación de los ciudadanos en la vida política, ni por tanto en la Administración de Justicia.

Por ello, durante mucho tiempo, la acción popular quedó fosilizada en los textos legales y en los pocos casos en los que se intentó su ejercicio, éste fue imposibilitado por el sistema judicial mediante las exigencias de fianzas elevadas al actor popular imposibles de prestar.

Esta etapa, claramente abolicionista de la acción popular comenzó a resquebrajarse con la vigencia de la Constitución, y definitivamente a dar paso a otra, claramente expansiva, a partir de la vigencia de la LOPJ cuya precisión sobre las fianzas admisibles fue esencial para modificar las inercias judiciales.

II. CONCEPTO Y NOTAS FUNDAMENTALES

En feliz expresión de Calamandrei, la acción popular puede catalogarse como un “*lujo del derecho*”, pues es escuela de ciudadanía y signo inequívoco de democracia. No obstante hay que relativizar estos “*piropos*” porque esta institución es prácticamente desconocida en los países de nuestro entorno cultural, como ya se ha dicho, sin que por ello se pueda predicar un déficit democrático o cívico.

1. En primer lugar, hay que partir del reconocimiento constitucional de la acción popular que se recoge en el art. 125

Dada su ubicación sistemática, se puede cuestionar su naturaleza de derecho fundamental, ya que éstos se encuentran en la Sección I Capítulo II, Título I de la Constitución, arts. 14 a 29 más la objeción de conciencia del art. 30 en virtud de la expresa remisión que a ello se hace en el art. 53.

A ello se puede añadir que este derecho a la acción popular no se encuentra recogido en ningún Tratado Internacional de los firmados por España.

La actual doctrina del Tribunal Supremo, superadora de planteamientos diferentes anteriores, estima que la acción popular es un *ius ut procedatur* en el que el juez debe verificar si los hechos denunciados pueden tener incidencia penal, efectuando la

correspondiente encuesta judicial, determinando las responsabilidades a que hubiese dado lugar, pero en modo alguno el acusador popular tiene el derecho a la obtención de una condena, él no es el titular del *ius puniendi*.

De su consagración constitucional, se derivan dos consecuencias, como afirma Gimeno Sendra:

- a) La constitucionalización de la acción popular vincula al Poder Legislativo que no podrá derogarla, sí, modular su ejercicio como luego se verá y
- b) Sin llegar a ser un derecho fundamental *strictu sensu*, constituye un *ius ut procedatur* que afecta al principio de la tutela judicial efectiva, por lo que la práctica judicial no puede poner obstáculos insalvables a su ejercicio o que la dificulten.

2. Es un derecho de configuración legal

No hay más que releer el art. 125 de la Constitución, el art. 19 LOPJ o el art. 101 y 270 de la LECriminal para observar que el *leiv motiv* de estos artículos es que tales preceptos se refieren a la ley ordinaria para el ejercicio de la acusación popular.

Los derechos fundamentales de configuración legal son aquellos cuyo contenido, extensión y ámbito queda regulado en la ley ordinaria, precisan un desarrollo legal, por eso, permiten variaciones y modificaciones que el legislador ordinario pueda introducir con la sola salvedad de no poder vaciar de contenido el núcleo esencial del derecho.

3. Es un derecho cívico-activo

Siguiendo con la clasificación de derechos subjetivos que efectuó Jellinek, estima Vicente Gimeno que el derecho a la acusación popular hay que encuadrarlo en el *status activae civitatis*, es un derecho cívico *quivis ex populo*, como se ha dicho en referencia a la *Instituta* y así se recoge por Justiniano, basta estar en plenitud de derechos. La propia Constitución determina la titularidad de la misma “a los ciudadanos”. Ello supone que la acción popular queda excluida a los extranjeros, y tal vez tenga que ser revisada esta limitación a la luz del concepto de “ciudadanía europea”. Los ciudadanos extranjeros sólo podrán ejercer la acción penal si son perjudicados por el delito.

En este sentido hay que recordar que el Tratado de la Unión Europea en su art. 12 prohíbe toda discriminación y por ello no se admite que un ciudadano de la Unión Europea sea considerado extranjero en otro país de la Unión. No obstante, como también recuerda el autor citado, no dejaría de ser paradójico que un ciudadano de la Unión pueda ejercer la acción popular en España, y no lo pueda ejercer en su país de origen porque, como ya hemos dicho, no existe esta institución en los países de nuestro entorno.

Por otra parte, es un *derecho activo* porque a través de su ejercicio los ciudadanos pasan a ejercitar en *igualdad* con el Ministerio Fiscal una función pública como es la de acusar.

4. Legitimación de las personas jurídicas, instituciones u organismos

Sin perjuicio de reconocer que en un primer momento tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo fue contraria a la legitimación de las personas jurídicas para actuar como acusadores populares, hoy la cuestión está resuelta afirmativamente.

La STC 62/83 –síndrome tóxico–, fue la primera que abordó el tema de la acción popular, y aunque desestimó el recurso de amparo instado por la cuantía de la fianza impuesta, le reconoció a la acción popular el carácter de derecho fundamental.

Más restrictiva fue la doctrina sentada en la STC 147/85; *con posterioridad* acogándose a la doctrina integradora que estima que la acción popular es un derecho fundamental pero que *no* se deriva directamente del art. 24-1, se pronunciaron en sentido positivo las SSTC 34/94, 50/98 y 79/99.

Prácticamente esta es la *posición actual* del Tribunal Constitucional como lo acredita las recientes SSTC 311/2006 y 8/2008.

Obviamente, la admisión de las personas jurídicas y las instituciones y organismos públicos como legitimados para el ejercicio de la acción popular, lleva consigo extender dicha legitimación a asociaciones o entidades privadas. En tal sentido, las Asociaciones de Consumidores o Usuarios, la protección del medio ambiente, en definitiva las entidades que tiene por actividad la defensa de intereses difusos y por tanto colectivos, tienen legitimación para el ejercicio de la acción popular.

5. Exclusiones a su ejercicio

En síntesis, puede decirse que los excluidos del ejercicio de la acción pública son los mismos que están excluidos de la acción penal en los términos referidos en el art. 102 LECriminal.

6. Excepciones al ejercicio de la Acción Popular

En determinadas jurisdicciones no está permitida la acción popular. Estas excepciones constituyen una manifestación de la naturaleza de esta institución como de configuración legal, lo que supone que el legislador ordinario puede establecer limitaciones y prohibiciones a su ejercicio.

Es constante la jurisdicción de la Sala I –Civil– del Tribunal Supremo que tiene declarado que la acción popular consagrada en el art. 125 de la C.E. no es aplicable en la actualidad al proceso civil –STS de 3 de Mayo de 2000–.

Tampoco está reconocida en la Jurisdicción Militar.

Las SSTC 64/99, 81/99 y 280/2000 deniegan el amparo a diversas asociaciones a las que en la instancia se les había denegado por la jurisdicción militar su personación como acusación popular. En síntesis, afirma el Tribunal Constitucional que “...la acción popular sólo existe cuando la ley lo establezca, sin que su existencia venga inexorablemente ligada a un imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva...”.

Tampoco existe en el Derecho Penal del Menor por prohibición expresa contenida en su art. 25 “...en este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares...”.

La vigente Ley del Suelo, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008 de 20 de Junio del 2008, reconoce la acción popular en el ámbito de actuación de dicha Ley en su artículo 48.

7. Sobre las costas de la Acusación Popular

En materia de costas del proceso es reiterada la doctrina de la Sala II que tiene declarado que el ejercicio por personas físicas o jurídicas de la acción popular, aunque prosperen sus tesis acusatorias, no puede dar lugar a condenar al imputado a las costas de dicha acusación popular.

En este sentido SSTs de 24 de Octubre de 1998, 16 de Noviembre de 1998, 29 de Marzo de 1999, 12 de Febrero de 2001 y 31 de Octubre de 2002.

Ahora bien, tratándose de Acusaciones Populares en defensa de intereses generales o difusos, el criterio expuesto puede no ser el más adecuado y así lo reconocen las SSTs 149/2007, 381/2007. Especialmente relevante es la STS de 17 de Noviembre de 2005 –nº 1318/2005–. Esta última impone al condenado las costas de la Acusación Popular; se trataba de un delito medioambiental en el que la acusación popular estaba ejercida por una asociación.

III. REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR

Son cuatro:

1. Necesidad de formular querella.
2. Exigencia de prestar fianza.
3. Intervención mediante abogado y procurador.
4. Que el hecho ofrezca *prima facie* los caracteres de delito o falta.

Por lo que se refiere a la formulación de querella, esta es imprescindible si con ella se inicia el proceso penal. En el caso de que se trate de un proceso ya iniciado bien por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, la jurisprudencia de la Sala II con un criterio muy expansivo ha venido a exonerar del requisito de la querella al actor popular. Hay que decir que la ley no contempla este caso ni por tanto excepciona de la presentación de querella al actor popular en tal caso. Se está ante una interpretación jurisprudencial.

Por lo que se refiere a la fianza esta debe ser proporcionada y adecuada a la capacidad económica del actor popular. El art. 20 de la LOPJ en su párrafo 3º señala que:

“...no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impiden el ejercicio de la acción popular...”.

En tal sentido, se pueden citar entre otras las SSTC 62/1983, 113/1984 y 147/1985 que tempranamente sentaron la doctrina de que podría llevar a una efectiva

indefensión, prohibida por el art. 24-1º de la Constitución, la exigencia por el órgano judicial de fianzas en una tal cuantía a quienes pretendieran interponer querrela para el ejercicio de la acción popular que en la práctica desembocaría en una efectiva imposibilidad de su ejercicio.

En lo que se refiere a la *intervención de abogado y procurador*, caso de existir varias acusaciones populares, se plantea el problema de la litigación conjunta ex art. 113 LECriminal.

La STC 193/91 concedió el amparo solicitado por el actor popular contra la decisión del juzgado de actuar bajo una misma y única dirección letrada a las varias acusaciones populares. Sostiene el Tribunal Constitucional que las partes acusadoras pueden encomendar su representación y asesoramiento jurídico a persona de confianza, sin que el art. 113 LECriminal sea obstáculo. Sólo en el caso de que se de la suficiente convergencia entre las diversas partes acusadoras de suerte que de no actuar conjuntamente se daría una repetición de diligencias, podría aceptarse la misma dirección letrada.

En el caso estudiado no se daba, y por ello concedió el amparo.

Idéntica doctrina se dio en la STC 154/1997 de 29 de septiembre aunque en este caso verificó que sí existió una convergencia de posiciones y aplicó el art. 113 que tiene por finalidad evitar dilaciones indebidas.

Recientemente ante el ejercicio de una acción popular por los mismos hechos que motivaron el ejercicio de una primera acción popular por una asociación, se acordó que la segunda asociación querellante actuara bajo la misma dirección y representación que la primera tras verificar la identidad de ambas querellas y con apoyo en el artículo 113 de la LECriminal. Se trata del auto de 15 de Junio 2009, Causa Especial Recurso 20153/2009.

En general hay que reconocer que la doctrina de la Sala II ha sido, en gran medida, muy favorable a la legitimación de la acción popular, sin duda, a mi juicio, influenciada por el aire democratizador que esta institución tuvo a partir de la Constitución y también –como ya previó Francisco Silvela– por una inconfesada y apriorística desconfianza al Ministerio Fiscal por su conexión con el Poder Ejecutivo al ser el Fiscal General del Estado cargo de confianza nombrado por el Gobierno.

También existen, no obstante, algunas llamadas de atención y en tal sentido la STS 1300/93 de 5 de junio ya exigía el máximo cuidado en los casos:

“...en los que con el simple enunciado de ejercer una acción popular ya se puede tener derecho a una intervención inmediata en el proceso, sin haber demostrado previamente su interés directo en la cuestión y sin que pueda servir de sustento a ese interés (y este es el caso) la defensa genérica de la moral pública...”. En el mismo sentido, STS 438/2001.

IV. ABUSOS DE LA ACCIÓN POPULAR

Llegados a este punto, y antes de pasar al estudio de las dos últimas sentencias dictadas por esta Sala sobre la acción popular (casos Botín-Santander y caso Atutxa) es conveniente reflexionar sobre el abuso que de la acción popular se ha estado haciendo

en los Tribunales y sobre las medidas que pudieran adoptarse, no para su supresión o eliminación pura y simple, sino para cortar tales abusos.

Con Gimeno Sendra, se puede coincidir en el rol que pueda seguir jugando la acción popular en lo que se refiere a la defensa de “*intereses difusos*” como los sindicatos en referencia a los delitos contra la seguridad en el trabajo, las asociaciones de derechos humanos en el delito de tortura, los ecologistas o asociaciones de consumidores en los delitos ecológicos, de urbanismo, contra la salud pública, etc., etc., todas estas organizaciones merecen el calificativo de parte legítima –aunque no directamente perjudicados– en la presunción de tales delitos.

Ahora bien, no cabe tampoco olvidar la proliferación de querellas políticas que suponen una intolerable instrumentalización del proceso penal para fines ajenos a la justicia, con un desgaste, también intolerable, para los operadores judiciales y el propio colectivo judicial. En la Sala II existen suficientes datos concretos que avalan lo dicho.

A mi juicio, debería llamarse la atención sobre el mayor rigor de los juzgados ante los que se intenta ejercer la acción popular. Hay que ser riguroso en la existencia de la querella y fianza, y sobre todo en la averiguación de un verdadero interés en la defensa de los intereses difusos que se propone actuar el acusador popular. Creo que la admisión de la acusación popular ha sido *con frecuencia rutinaria*, y ciertamente sin una pasividad del operador judicial no se puede explicar el abuso en el ejercicio de la acusación popular.

Esta reflexión sobre los abusos de la acción popular y la necesidad de acotamiento no es una situación reciente.

Algunas referencias más recientes:

1. La *Fiscalía General del Estado* en bastantes ocasiones ha llamado la atención sobre la extraordinaria amplitud que la acción popular está reconocida en la jurisprudencia. Ya en la Memoria de la Fiscalía del año 1996, en las pp. 701 a 721 se hacían diversas reflexiones en tal sentido, que se repiten en la Memoria del año 1999 redactadas por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.

Vale la pena retener este párrafo:

“...la necesidad de establecer una moderna regulación, de ámbito mucho más restrictivo, que evite los abusos y arbitrariedades que, en procesos de gran trascendencia pública y extraordinaria gravedad, se han dado con notable apoyo mediático y que no han venido a aportar nada al esclarecimiento de los hechos y, en definitiva, a la administración de justicia...”.

Con anterioridad, ya la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1989 apuntaba que no son siempre intereses puros de colaboración con la Administración de Justicia, los que animan al ejercicio de la acusación popular sino un oportunismo mediático.

2. En el *Pacto de Estado* para la reforma de la Justicia, firmado el 28 de Mayo de 2001, en el punto 17, relativo a la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre los puntos a contemplar se preveía en el apartado b) del referido punto 17:

“...La modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular...”.

3. La reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dada por la Ley 38/2002 sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

En la Exposición de Motivos se dice con claridad que dicha ley “...es fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia...”.

Pues bien, en dicha ley se incluyó un artículo, el 782, cuyo contenido literal es como sigue:

“...1. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal.

Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas acordadas.

2. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:

- a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.*
- b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días...”.*

Basta observar que en el actual art. 782-2º letra a) se dice que

“...podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados no personados, para que dentro del plazo... comparezcan a defender su acción...”

De entrada, esta invitación *ex novo* a intervenir en el proceso abreviado o búsqueda de acusador no existía antes de la reforma de la Ley 38/2002, como ya se ha dicho, y de otro lado, tal invitación a los perjudicados sería innecesaria si dentro del concepto de “acusador particular” del art. 782-1º se entendiese incluido el actor popular, pues en tal sentido carecería de sentido esa invitación o búsqueda de perjudicado. Si hubiera un actor popular, el proceso continuaría. Por lo tanto, cuando en dicho párrafo 1º se habla de “acusador particular”, éste no es el acusador popular.

En este momento, sólo me limitaré a reiterar la reflexión de que esta Ley 38/2002 es “fruto” del Pacto de Estado por la Justicia y que en éste se recoge la previsión de una regulación de la acción popular deslindándola de la particular.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1045/07 DE 17 DE DICIEMBRE Y SUS VOTOS PARTICULARES (CASO BOTÍN)

1. Supuesto de hecho

En la causa, el Ministerio Fiscal y la acusación particular solicitaron el sobreseimiento. Después de esta petición se persona la Asociación para la defensa de Inversores y Clientes ejercitando la acción popular: también lo hizo como acusación particular Iniciativa per Catalunya-Verds.

El Juez Central aceptó las acusaciones efectuadas, dictando los autos correspondientes y remitiendo la causa a la Audiencia Nacional, cuya Sección III en auto de 20 de Diciembre dictó el Sobreseimiento Libre de las actuaciones por estimar que carecían de legitimación las dos acusaciones populares para acusar *en solitario*, a la vista de lo preceptuado en el art. 782 LECriminal.

Recurrida la decisión por las dos acusaciones populares, la Sala II, por mayoría confirmó la decisión de la Audiencia Nacional, rechazando los recursos de casación formalizados. Se contabilizaron cinco votos particulares en contra de la decisión y dos votos particulares concurrentes con la decisión de la mayoría –siete– aunque con argumentación diferente.

2. Argumentos de la sentencia de la mayoría

Se formalizaron por ambos recurrentes idénticas denuncias a través de dos motivos encauzados por la vía de la vulneración de derechos constitucionales. En el primer motivo se alegaba la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción del art. 24-1º y que no ha existido modificación legal en la Ley 38/2002, y en el segundo, se alegaba la vulneración del art. 125 porque el derecho de la acusación popular es un derecho fundamental y autónomo e independiente de otras acusaciones.

Las respuestas de la Sala fueron las siguientes:

- a) El ejercicio de la acusación popular, no obstante su reconocimiento constitucional ex art. 125, no es un derecho fundamental al estar excluido del Capítulo II, Título I de la Constitución. No está incluido en ninguno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales firmados por España, tampoco está reconocido en las democracias europeas de las que forma parte España y, además, podría constituir un privilegio de “*los españoles*”, pues sólo a ellos se refiere la LECriminal. A este respecto, conviene precisar que, la Constitución se refiere a “*los ciudadanos*”, por lo que, a mi juicio, el término “*españoles*” pudiera ser interpretado desde el concepto de ciudadanía europea.
- b) Es un derecho de configuración legal, por lo tanto, el legislador ordinario está habilitado para determinar en qué procesos y en qué condiciones puede ejercitarse la acción popular. La Sala no admite que el fundamento de la acción popular lo constituya una desconfianza hacia el Ministerio Fiscal que de la misma se derive la legitimidad para que pueda dirigir la acusación en solitario el acusador popular.

- c) El hecho nuevo que justifica el cambio de jurisprudencia se encuentra justificado en la redacción actual del art. 782 dada por la Ley 38/2002. No puede sostenerse que nada ha cambiado entre el viejo art. 790-3º y el actual 782, ambos de la LECriminal. Todo el debate parlamentario en torno al actual art. 782 y al término “*acusador particular*” tuvo por finalidad la idea de distinguir a éste del acusador popular, de suerte que cuando se nombra a aquel se excluye a éste. Se cita a este respecto la enmienda nº 133 (12) por su claridad y que se cita textualmente en el auto recurrido de la Audiencia Nacional “*...Este párrafo pone de manifiesto que el Legislador entendió que el acusador popular es quien actúa quivis ex populo, sin haber sido perjudicado por el delito...*” –f.jdco. primero, párrafo 14 de la sentencia de la mayoría–.
- d) La limitación operada es consecuencia de la configuración legal a que está sometida la regulación de la acción popular. Por otra parte la interpretación que se sostiene es ajustada al tenor literal del art. 782, y por lo tanto no puede ser tachada de interpretación “*contra legem*”, ni tampoco “*praeter legem*”.

En la propia LECriminal se distingue entre el acusador popular y el acusador particular. De los arts. 102 y 270 se deriva la distinción conceptual entre acusador particular y el acusador popular.

3. En los votos particulares (siete en total) hay que distinguir dos grupos:

- a) Dos votos concurrentes con la decisión de la mayoría, si bien con una argumentación de tipo procesal propia.
- b) Votos contrarios con la decisión de la mayoría, a los que me referiré.

Los cinco votos con distintos matices vienen a sostener una idéntica posición, a saber, que cuando el art. 782 se refiere al acusador particular, dentro de este concepto ha de estimarse incluido el actor popular, y, en consecuencia, el recurso de casación debió ser estimado con nulidad del auto de la Audiencia Nacional de 20 de Diciembre, devolución de la causa a dicho Tribunal para la continuación del proceso y colaboración del juicio oral contra los imputados. *Sus argumentos*, entre otros, son los siguientes:

- Nada ha cambiado la Ley 38/2002. Una modificación tan relevante como la que propugna la Sentencia debería haber sido más explícita y no emboscada.
- En el modelo de estado constitucional de derecho, no existe un principio de confianza entre instituciones, sino un sano principio de desconfianza.
- Se desactiva al actor popular en el momento cumbre del proceso, al privarle de dirigir la acusación en solitario, y ello lesiona el principio del derecho a la tutela judicial efectiva.
- La decisión de la mayoría deja en manos del Ministerio Fiscal la persecución de delitos contra bienes difusos en los que no existen víctimas directas, cuando, precisamente, en la defensa de tales bienes difusos (delitos contra la Administración, medioambientales, Hacienda, etc.) encuentra la acción popular su propio campo.
- El reconocimiento de abusos en el ejercicio de la Acusación Popular y la conveniencia de una más precisa regulación legal no justifica la cercenación

de posibilidades de actuación del actor popular que se deriva de la sentencia de la mayoría. En ocasiones el ejercicio de la acción popular ha sido el único mecanismo eficaz para posibilitar el enjuiciamiento y condena de hechos gravísimos.

- La interpretación del término “*acusación particular*” empleada en el art. 782 no debe efectuarse de forma aislada, sino integrándola con otros preceptos de la misma Ley en los que se refiere a partes personadas, acusaciones personadas, partes acusadoras.

VI. LA STS 54/2008 DE 8 DE ABRIL Y SUS VOTOS PARTICULARES (CASO ATUTXA)

1. Supuesto de hecho

La causa se inicia por delito de desobediencia contra el entonces Presidente del Parlamento Vasco y otras personas.

La causa se tramita en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dada la condición de aforados de los imputados. El Ministerio Fiscal formuló querrela así como el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias. La Instructora acuerda el sobreseimiento de la causa por no ser los hechos constitutivos de delito, recurren la Acusación Popular exclusivamente y con ella, en solitario, se formaliza la acusación, se abre el juicio oral y se dicta sentencia absolutoria.

El Ministerio Fiscal sostuvo la tesis absolutoria.

Contra esta sentencia se formaliza recurso de casación. La decisión de la Sala II fue la de estimar el recurso de la acusación popular, y revocando el fallo absolutorio, condenar a todos los absueltos en la instancia. Obviamente existieron votos particulares. Cuatro en contra de la decisión de la mayoría, un quinto, también contrario pero por otros razonamientos.

Realmente, visto el posicionamiento de la Sala en la anterior sentencia 1045/07, de alguna manera quedaba prefigurado el resultado de esta causa a salvo, como ocurrió, de un trasvase de votos del sector mayoritario de dicha sentencia a favor de los minoritarios en aquella sentencia, que, de este modo, conformaron una nueva mayoría en la sentencia 54/2008.

Dicho más claramente, los mayoritarios de la sentencia del caso Botín quedaron en minoría en la sentencia del caso Atutxa en virtud de un cambio de dirección del voto de algunos Magistrados.

De esta suerte el voto mayoritario estaba integrado también por nueve y el minoritario por cinco.

2. Argumentos de la sentencia de la mayoría

En síntesis ya estaban anunciados en los votos particulares del “caso Botín”.

En definitiva, se viene a decir que el art. 782-1º exige como escenario que el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular soliciten un sobreseimiento. En tal caso no

procede en solitario mantener la acusación el actor popular. Pero si el escenario es el de un Ministerio Fiscal que no acusa y no hay (o no puede haber) acusación particular personada por no existir perjuicio, y existe una acusación popular personada, entonces sí puede esta en solitario mantener la acusación. En palabras de la propia Sentencia f.jdco. primero apartado II:

“...En tales casos, el Ministerio Fiscal, cuando interviene como exclusiva parte acusadora en el ejercicio de la acción penal, no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico...”.

3. Argumentos de los votos particulares

Me centraré exclusivamente en los aspectos relativos a la acción popular.

Los votos particulares vienen a sostener las tesis mayoritarias de la sentencia del “caso Botín”, ya expuestos.

En la argumentación se incidió en las diversas enmiendas parlamentarias que dieron como resultado el actual art. 782 LECriminal, y en concreto se hizo referencia a la enmienda nº 133 del Grupo Parlamentario Catalán que decía:

“...la finalidad de la enmienda es esclarecer la diferencia, ya reconocida doctrinal y jurisprudencialmente, entre las figuras procesales del acusado particular –como representante del perjudicado por la acción delictiva– y el actor o acusador particular...”.

así mismo se hizo referencia a enmiendas semejantes de los Grupos Parlamentarios PNV y PSOE.

La distinción que se efectúa en la Sentencia del “caso Atutxa” atenta al principio de igualdad ante la Ley, pues, paradójicamente, los imputados por delitos sin víctimas ni perjudicados, estarían expuestos a acusaciones populares, lo que no ocurriría en los otros delitos con víctimas, y ello les convertiría en ciudadanos de peor condición.

Se rechaza el pre-judicio de pasividad ante el Ministerio Fiscal olvidando que éste es un órgano constitucional, integrado en el Poder Judicial regido por un Estatuto Orgánico, contiene diversos mecanismos internos de control que refuerzan su independencia y los fines de la institución.

Frente a esta situación, mal remedio puede ser una acción popular sin exigencia de control sobre los intereses que dice proteger y cuando la experiencia acredita que la *“...desviación al sistema de justicia penal de conflictos escasamente jurídicos, o simplemente la utilización del proceso penal para finalidades ajenas a su propio cometido, parece vehiculares, actualmente, a través del ejercicio de la acción popular en no pocas ocasiones...”*.

También se señala que con este cambio jurisprudencial queda en cuestionamiento el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9-3º de la Constitución *“...por lo que debe velar muy especialmente esta Sala, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria...”*.

Finalmente, se aboga en los votos particulares por una regulación sistemática de la acción penal por parte del Poder Legislativo.

VII. REFLEXIONES FINALES Y UNA CONCLUSIÓN

Como *primera reflexión*, hay que partir del hecho de que la acción popular no está equiparada en clave de absoluta igualdad a la acción pública que ejercita el Ministerio Fiscal, ni tampoco a la que ejercita el perjudicado/víctima.

Existen hasta tres diferencias que acreditan un trato legal diferente en relación a la acción popular: el actor popular debe formalizar querrela, prestar fianza y en materia de costas, salvo alguna excepción, por otra parte justificada a mi juicio, debe soportar los gastos procesales derivados del ejercicio de su acción aunque sus tesis se vean recogidas en la sentencia. El acusador particular está exento de presentar querrela, prestar fianza y las costas causadas le son impuestas al condenado.

Como *segunda reflexión*, estas diferencias no son sino una manifestación de tratarse de un derecho constitucionalizado ex art. 125 pero de configuración legal, por lo que el legislador ordinario puede determinar el contenido y ámbito de la acción popular en el proceso penal, de igual manera que le ha excluido de otros ordenes jurisdiccionales –civil, militar y menores–.

Como *tercera reflexión*, y en relación al proceso de Sumario que es, recuérdese, el único proceso por delito –para todo delito– arbitrado originariamente en la LECriminal, a excepción del juicio de faltas, hay que examinar el tratamiento que se efectúa del sobreseimiento previsto en los arts. 634 y siguientes de la Ley, singularmente en el art. 642 y concordantes.

Determina este artículo que cuando el Ministerio Fiscal solicitase el sobreseimiento y “... *no se hubiere presentado en la causa querellante particular... podrá el Tribunal acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los interesados en el ejercicio de la acción penal...*”.

¿Quién es el querellante particular? ¿Quiénes son los interesados?

A mi juicio sólo puede ser el perjudicado o víctima, porque el supuesto contemplado en dicho artículo es que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de la causa, y, no existiendo perjudicado personado, se le notifique dicha petición del Ministerio Fiscal –si el Tribunal lo considera oportuno– a dicho perjudicado por si le interesa personarse y seguir con la acusación.

Sólo desde este planteamiento tiene sentido la prevención del art. siguiente, el 643 que determina que “...*si fuese desconocido el paradero de los interesados en el ejercicio de la acción penal, se les llamará por edictos...*”. Obviamente no puede estar en paradero desconocido, como ya apuntaba Fairen Guillén toda la comunidad de ciudadanos españoles.

Es difícil no coincidir con esta interpretación dada la claridad de la Ley.

Cuarta reflexión relativa a la previsión de la Ley 38/2002. Es en el actual art. 782-1º donde se reproduce prácticamente la misma expresión del anterior art. 790-3º, en cuanto al vinculante sobreseimiento para el Juez instructor cuando éste sea pedido por el Ministerio Fiscal y el acusador particular, y a continuación, en el párrafo 2º se introduce la búsqueda del acusador particular a que se refiere el art. 642 que había sido omitido en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 7/1988, de suerte que actualmente existe una *absoluta equiparación* en lo relativo a la búsqueda del acusa-

dor particular tanto en el Sumario, *ex art.* 642 a 644 que en el procedimiento abreviado, *ex art.* 782, pues ahora el régimen es exactamente el mismo como lo acredita la comparación de los respectivos articulados.

Realmente no podría ser de otra manera porque el *principio de unidad* del Ordenamiento Jurídico y los derechos de la víctima/perjudicada no hubieran permitido un tratamiento diferente en función de que se tratase del Sumario o del Procedimiento Abreviado.

Tal vez una posible explicación de la doctrina amplia de la Sala II haya de encontrarse, como ya apuntaba Silvela, en la desconfianza o pasividad del Ministerio Fiscal en relación a la investigación de casos que pudieran inquietar al Poder Ejecutivo, dada la naturaleza de cargo de su confianza, del Fiscal General del Estado y la estructura jerárquica de este Ministerio. Creo que esta situación ha quedado superada. La última reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal –Ley 24/2007– y la profundización en su independencia (sin perjuicio de que se deba avanzar en esa línea), no permite, a mi juicio, seguir sosteniéndose esa sistemática desconfianza hacia su papel, ni menos postular que la desconfianza entre poderes sea el criterio que debe regir entre los mismos en un Estado de Derecho consolidado como el nuestro.

Las dos sentencias dictadas por la Sala II –“caso Botín” y “caso Atutxa”– si bien se ha dicho, creo que benévolamente, que no son contradictorias, sino complementarias, son a mi juicio claramente contradictorias porque sin reconocer que el propio campo de la acusación popular estaría en la defensa de los intereses difusos o colectivos, lo que la doctrina llama los derechos de la tercera generación: medio ambiente, ordenación del territorio, seguridad en el trabajo, etc. etc., lo que debe de quedar claro es si se autoriza, en exclusiva, dirigir la acusación al actor popular y en concreto en qué tipos de delito.

Por ello, y como *conclusión*, creo que el legislador debe abordar una regulación completa de la acción popular en el proceso penal ante la confusión y falta de seguridad jurídica que no ha podido ofrecer la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, y en concreto determinar si es posible la apertura de juicio oral exclusivamente a instancias del acusador popular.

No se trata, como apresuradamente se ha dicho, de que se postule la supresión de la acción popular porque puede desviarse de sus fines lícitos, argumento que no sería atendible. El funcionamiento claramente patógeno de una institución no debe ser argumento para *sic et simpliciter* suprimir dicha institución, supresión que, por otra parte, sería imposible dado el reconocimiento constitucional de la acción popular.

Más limitadamente lo que se dice es si hoy, en la sociedad actual puede admitirse que un ciudadano, cualquier ciudadano, pueda ser llevado a juicio como imputado y sometido, de entrada, a la pena de banquillo, cuando un Ministerio Fiscal promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, no encuentra ningún ilícito penal (y recuérdese que el Tribunal que discrepe de esa decisión puede remitir la causa a su superior), y cuando o no hay víctimas ni perjudicados, o los que existan no interesan la continuación del procedimiento.

Impedir esta posibilidad a la acusación popular no es eliminarla, sino ser consecuente con su reconocimiento constitucional y su configuración legal, por lo que el legislador ordinario está legitimado para determinar su ámbito.

Llegados a este punto, considero inaplazable la regulación sistemática de ésta.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José: *La Acción Popular II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, p. 227 nº de Justicia 1989.
- FAIREN GUILLÉN: “El art. 125 de la Constitución: La acción popular y su fortalecimiento”, p. 606, *II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Ministerio de Justicia-1989.
- GIMENO SENDRA, Vicente: “La acusación popular”. *Revista del Poder Judicial* nº 31. Septiembre 1993, pp. 89 y 90.
- GIMENO SENDRA, Vicente: “La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acción popular. Los casos Botín y Atutxa”. *La Ley* nº 6970 de 18 de Julio 2008.
- Memoria Fiscalía General del Estado del año 1999*, pp. 405 a 409 redactadas por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- Sobre propuestas para una futura regulación legal de la Acción Popular. Ver OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana. *El ejercicio de la acción popular*, pp. 161 y ss. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid 2003.

EL SISTEMA DE RECLUTAMIENTO Y LA FORMACIÓN DE MAGISTRADOS EN FRANCIA. *L'ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE*¹

Iñaki ESPARZA LEIBAR

*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco
Euskal Herriko Unibertsitatea*

Por estimular, por no dejar indiferente, por generar pensamiento y debate. A Antonio Beristain.

- I. Introducción.
- II. El Poder Judicial en la Constitución francesa de 1958.
- III. *L' École Nationale de la Magistrature* (ENM).
- IV. El sistema de reclutamiento y formación de magistrados en Francia:
 - a) El acceso: El tribunal, las pruebas, los candidatos;
 - b) La formación;
 - c) Las pruebas y las calificaciones.
- V. Conclusiones.

1. *Con la colaboración de **María Hernández Rodríguez**, estudiante de último año del *double diplôme en droits français et espagnol* en Paris 1 (*Panthéon-Sorbonne*).

Este trabajo ha sido realizado durante una estancia en la École Nationale de la Magistrature francesa, en su sede principal de la ciudad de Burdeos, durante los meses de agosto y septiembre de 2009. Queremos expresar nuestro agradecimiento por su inestimable colaboración a M. Jean-François Thony Directeur de l'ENM, y a M. Philippe Astruc, Directeur adjoint, chargé des recrutements, de la formation initiale et de la recherche, y a todo el personal de la institución, por su excelente acogida –habida cuenta de que no existían precedentes de la visita de investigadores extranjeros– y permanente auxilio.

La posibilidad de materializar la mencionada estancia ha sido también posible gracias a los recursos procedentes de los siguientes proyectos de investigación, radicados en la UPV/EHU y cuyos equipos integramos:

1. Proyecto titulado “El Derecho penal frente a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Referencia: SEJ2007-64691.

2. Proyecto titulado “Derechos Fundamentales y Unión Europea”, financiado por el Gobierno Vasco. Referencia: GIC07/86-IT-448-07.

I. INTRODUCCIÓN

La constatación de que el sistema judicial español no puede hoy en día ser considerado eficiente, el hecho de que no sea posible, por tanto, defender que disponemos de una justicia de calidad, debe llevarnos a reflexionar y además debe obligarnos a buscar, discutir y proponer mejoras que permitan finalmente poder referirnos a nuestro Poder Judicial como capaz de dispensar un servicio, que es esencial, de calidad a la sociedad a la que sirve. Por lo demás, todos estamos obligados a esforzarnos por alcanzar dicho objetivo, irrenunciable en la medida en que la Constitución española diseña la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental. Por ello, aprovechando la reflexión abierta sobre la modernización de la Justicia en España, queremos contribuir a la misma con las páginas que siguen.

En la búsqueda que afrontamos fijamos nuestra atención en un sistema tan próximo –y no me refiero obviamente sólo al aspecto geográfico, sino que quiero subrayar el inmediato parentesco entre ambos sistemas jurídicos– como desconocido, el francés. ¿Cómo está diseñado el Poder Judicial en Francia? ¿De qué manera son reclutados quienes ejercerán la potestad jurisdiccional como magistrados profesionales? ¿Cuál es su formación? ¿De qué manera son evaluados? Advertimos desde ahora, que comparar realidades distintas (aunque sean, como es el caso, modelos similares) no es sencillo y que las muestras y los resultados deben ser tratados con suma ponderación, pero también queremos insistir en que el Derecho Comparado es un instrumento de primer orden para vislumbrar primero y generar después alternativas e instrumentos para el progreso y la mejora.

Iniciamos nuestra aproximación al modelo escogido proporcionando algunos datos que muestran la dimensión de la cuestión: Francia cuenta en la actualidad con aproximadamente 60 millones de habitantes. Su Poder Judicial está dotado con, a fecha 1 de enero de 2009, 8.451 Magistrados² –la ratio x 100.000 habitantes, es ligeramente inferior a 10 Magistrados³– ante quienes, contando todos los tribunales

2. No tienen la consideración de magistrado profesional, ni por tanto su estatus, unos 21.000 jueces no profesionales, entre los que se hallan los jueces de proximidad, los jueces en provisión temporal, los consejeros de las magistraturas de trabajo, etc., quienes normalmente reciben algún tipo de formación específica en la École Nationale de la Magistrature; mientras que la totalidad de los 8.451 Magistrados profesionales actualmente en activo, sirviendo en la jurisdicción francesa, han sido íntegramente formados en la ENM, a través de sus programas.

3. No obstante, hay que tener en cuenta que en su seno, la magistratura francesa agrupa con naturalidad –de hecho su formación, acceso, capacitación en la ENM, juramento, etc., son idénticos– dos categorías de profesionales del derecho, que en nuestro sistema están mucho más alejadas, claramente separadas tras superar la oposición. Por un lado los magistrados propiamente/*magistrats du siège*, y por otro los representantes del Ministerio Fiscal/*magistrats du parquet*. Los primeros ejercen la función jurisdiccional y, en consecuencia, dictan resoluciones desde una posición de independencia. Son además garantes del correcto desarrollo del proceso. Los segundos (aproximadamente un tercio en cada promoción) no resuelven litigios; en lo esencial, gestionan el ejercicio de la acción penal (en régimen de monopolio) y velan por la defensa de los derechos de las personas más vulnerables, se ocupan también de la defensa del interés colectivo. No se hallan en una posición de independencia sino que jerárquicamente dependen, en última instancia, del ministro de justicia. Es destacable que en la práctica y en ambos casos, magistrados y representantes del Ministerio Fiscal, a lo largo de su carrera profesional cambian, en ambas direcciones y frecuentemente no en una, sino en varias ocasiones de función. Como ejemplo, basta echar una ojeada al currículum vitae de muchos de los integrantes del cuerpo docente de la ENM, incluido su Director, para comprobarlo.

que integran las jurisdicciones civil y penal, el año 2008 ingresaron unos 16,5 millones de asuntos⁴. Pese a que las cifras de resultados son, en su conjunto, algo mejores que en España, la ciudadanía francesa percibe en general la justicia y su funcionamiento como algo incomprensible, lento y frustrante, no es por tanto una institución muy popular. Un diagnóstico, en suma, coincidente en lo esencial con el español. Si comparamos los datos con los que corresponden a España –según el Informe estadístico elaborado por el CGPJ para el año 2008, y con la proyección análoga para 2009– nos encontramos con que en nuestro país viven unos 44 millones de habitantes, para la gestión de cuya litigiosidad el Poder Judicial cuenta con una plantilla de 4.674 Jueces y Magistrados⁵, siendo la ratio de jueces por cada 100.000 habitantes también de en torno a 10. Los datos estadísticos, en este caso plurianuales, de dicho Informe muestran que la litigiosidad se viene incrementando cada año, desde hace varios, en todos los órdenes jurisdiccionales, de forma mucho más rápida de lo que las plantillas de Jueces y Magistrados deberían hacerlo –si ésta fuera la única variable que barajáramos para enfrentar dicho incremento– para mantener el necesario equilibrio. De tal manera que los datos de demora en la resolución de asuntos, pese a los improbables esfuerzos del personal jurisdiccional y no jurisdiccional funcionalmente ligado y de algunas administraciones, no cesan de incrementarse. El año 2008 ingresaron 9.048.785 asuntos sumados todos los órdenes; se resolvieron 8.649.663, mientras que permanecían en trámite 2.788.188, una cifra global, demasiado imprecisa y además y pese a ello, a todas luces excesiva.

Aunque su número relativo no es la única cuestión relevante –pensemos en otros eslabones de la cadena que imperativamente interactúan con los jueces y magistrados y de cuya efectividad y correcta dotación y funcionamiento también depende la calidad de la justicia (v. gr., los secretarios judiciales, el ministerio fiscal, la oficina judicial, los peritos, etc.)– la escasez de jueces puede llegar a ser, de hecho lo sería sin duda, un problema de primer orden. Pero más allá de la ratio mencionada y constatado que el mero incremento de efectivos a la par que la litigiosidad no sólo no soluciona por sí mismo el problema, sino que además crearía otro gravísimo de naturaleza financiera. La ratio de jueces por número de habitantes tendrá que ser, por lo tanto, la que estudios técnicos integrales establezcan como adecuada, dentro de unas horquillas que permitan una razonable flexibilidad, pero además todo el personal al servicio del Poder Judicial (personal jurisdiccional y no jurisdiccional) tendrá que trabajar, con seguridad, no más pero si de otra manera, mejor, con mayor eficiencia.

4. Fuente: Informe “La actividad judicial en 2008” elaborado por el Ministerio de Justicia francés, publicado con fecha de julio de 2009. Aprovechando la propia estructura del informe, ofrecemos desglosados varios segmentos de actividad de alguno de los tribunales más significativos, para ilustrarnos sobre el número de asuntos de nuevo ingreso, el grado de resolución y los asuntos acumulados en stock en el último año: V. gr., *Tribunaux d'instance* (civil, contentieux général) asuntos de nuevo ingreso: 628.700; asuntos resueltos: 600.677; stock al final del ejercicio: 530.289. *Cours D'Appel* (civil) asuntos de nuevo ingreso: 218.305; asuntos resueltos: 217.412; stock al final del ejercicio: 219.776. *Cours D'Appel* (penal) asuntos de nuevo ingreso: 52.721; asuntos resueltos: 52.337; stock al final del ejercicio: 30.914.

5. Evidentemente no se computan aquí los Jueces que sirven en los 7.680 Juzgados de Paz existentes en España, ni tampoco los Magistrados suplentes, los Jueces sustitutos ni los Jueces de provisión temporal, a los que se refiere, entre otros, el art. 298.2 LOPJ.

Dejando por tanto a un lado la relevante cuestión del tamaño óptimo de la plantilla judicial, que no abordaremos en éste trabajo, insistiendo además en que dicha plantilla no puede simple e incesantemente aumentar. Somos de la opinión de que un estudio comparativo –en este caso proponemos el modelo francés– que nos aporte otras perspectivas, sobre todo nos interesa en este momento el reclutamiento, pero también la formación de jueces, orientado todo ello a la eficiencia, a un hacer de forma distinta, y a la óptima gestión de los recursos especialmente humanos, es del máximo interés. No es baladí la circunstancia de que las profundas y recientes reformas adoptadas en la materia –recientes hasta el punto de que algunas de ellas se pondrán en práctica con la promoción 2009 de la “École Nationale de la Magistrature”– son fruto de medio siglo de experiencia en el país vecino. La plantilla existente, una vez que sea la adecuada desde la perspectiva del número de efectivos –incluso antes– debe ser lo más eficiente posible, y ello hará finalmente que el funcionamiento de los tribunales sea más fácilmente comprensible y, consecuentemente, mejor valorada la institución por los ciudadanos, titulares del derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva. La que traemos a colación no es una reflexión sobre la única reforma posible, o la única necesaria para conseguir el objetivo mencionado de la justicia de calidad, pero es de las que podemos considerar imprescindibles para su consecución.

II. EL PODER JUDICIAL EN LA CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1958

La Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 –texto fundacional de la V República– establece en su artículo primero el modelo de estado del que se dota el pueblo francés, afirmando que Francia se constituye como una República, entre otros atributos, democrática y social que asegura la igualdad de todos sus ciudadanos ante la ley. Francia se constituye por tanto como un Estado social y democrático de Derecho, de tal suerte que la totalidad de la actividad jurídicamente relevante que en su marco tiene lugar, y la totalidad de sus actores (públicos y privados) deberán estar sometidos a lo establecido por la ley. La determinación de lo que en cada caso se ajusta o no a la ley, corresponde hacerla a los magistrados que integran el Poder Judicial al que el texto constitucional dedica su breve Título VIII (arts., 64 a 66.1) que se refieren a los aspectos esenciales del mismo. Al respecto establece el art. 64 que corresponde al Presidente de la República (quien entre otras atribuciones nombra, y cesa, al Primer Ministro y al resto de integrantes del Gobierno, y quien preside el Consejo de Ministros) garantizar la independencia de la autoridad judicial. El Presidente de la República estará asistido en su cometido por el “Conseil Supérieur de la Magistrature”.

Determina igualmente la Constitución francesa que una Ley Orgánica regulará el estatuto jurídico de los magistrados⁶. A renglón seguido establece el propio texto constitucional la inamovilidad de dichos magistrados. El “Code de l’Organisation Judiciaire” garantiza además la imparcialidad de éstos servidores públicos⁷ y declara la gratuidad

6. Se trata de la LO n° 2001-539, de 25 de junio de 2001, relativa al estatuto de los magistrados y al Conseil Supérieur de la Magistrature.

7. Vid., Libro I, disposiciones comunes a los órdenes jurisdiccionales; Título I, principios generales; Art. L111-5, reformado por la Ordonnance n° 2006-673, de 8 de junio de 2006. “L’impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d’incompatibilité fixées par le statut de la magistrature”.

de la justicia en las condiciones establecidas por la ley. Finalmente, el art. 66 de la Constitución francesa prohíbe la privación arbitraria de la libertad, asignando a la autoridad judicial la garantía de la libertad individual.

Tenemos por lo tanto, y muy sintéticamente expresado, un Poder Judicial diferenciado del resto de poderes del estado, integrado por magistrados independientes, inamovibles, responsables e imparciales, que imparten justicia ateniéndose al principio de igualdad de todos quienes ante ellos solicitan la tutela de sus derechos e intereses legítimos, y potencialmente cualquier ciudadano puede hacerlo ya que se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Sobre los magistrados descansa la garantía de la, esencial en un estado democrático de derecho, libertad individual, además de ser a ellos a quienes con carácter de exclusividad corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, lo que realizan dictando resoluciones ajustadas a derecho para la resolución de conflictos o para el restablecimiento de infracciones del ordenamiento. Por lo tanto, al igual que ocurre en España –y en cualquier otro estado de derecho– el Poder Judicial y los magistrados que lo integran son una pieza clave en la garantía de su existencia, por lo que siempre serán merecedores de la máxima atención.

III. L' ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE (ENM)

Se trata de la única escuela de formación para los magistrados profesionales en Francia, por lo tanto y en el sentido dicho en páginas anteriores, tanto para el personal jurisdiccional estrictamente, como para los representantes del Ministerio Fiscal, que en Francia gozan de idéntico estatus. La ENM es un establecimiento nacional y público de carácter administrativo, dependiente del Ministro de Justicia “Garde des Sceaux”, que, no obstante, cuenta con autonomía administrativa y financiera, garantizada por un presupuesto propio de en torno a los 50 millones de Euros para el ejercicio 2009⁸.

La Ordonnance n° 58-1270 de 22 de diciembre de 1958, relativa al estatuto de la magistratura, en sus artículos 14, modificado por la Ley n° 2007-287 de 5 de marzo de 2007, y siguientes, confía a la École Nationale de la Magistrature, las siguientes funciones principales:

- a) La organización de los concursos de acceso.
- b) La formación profesional de los alumnos de la ENM, “auditeurs de justice” y futuros magistrados.
- c) La formación continua de los magistrados en activo.
- d) La formación de futuros magistrados provenientes de otros estados que hayan suscrito con Francia acuerdos de cooperación en tal sentido.

8. Como antecedente inmediato de la situación actual, es preciso mencionar que en 1959 se creó – Ordonnances de 22 de diciembre de 1958 y de 7 de enero de 1959– con sede en París, el Centro Nacional de Estudios Judiciales, que en 1970 adoptó su denominación actual École Nationale de la Magistrature. En una clara apuesta por la descentralización, la sede de la ENM quedó fijada en Burdeos. En relación con la naturaleza jurídica, la dependencia y las funciones atribuidas a la École Nationale de la Magistrature, vid., Décret n° 72-355 du 4 mai 1972 relatif à l'École Nationale de la Magistrature. Última versión consolidada de 10 de febrero de 2009.

Con la promoción de 2009 –coincidiendo con la circunstancia de ser la primera que ingresa tras el 50 aniversario de la creación de la institución– la ENM empleará para alcanzar los fines que le han sido asignados un nuevo sistema de formación, la reforma de 2008 es una de las más relevantes de las que se ha beneficiado la ENM desde el inicio de su andadura, que veremos en páginas posteriores. El programa pedagógico para la formación inicial ha sido enteramente reelaborado, siendo su finalidad primordial la formación de magistrados que sean simultáneamente competentes técnicos en derecho, además de personas capaces de afrontar el proceso de toma de decisiones correctamente, con garantías; siendo al mismo tiempo titulares de arraigadas cualidades humanas.

La actividad de la ENM gira en consecuencia con las competencias que le han sido asignadas, en torno a los siguientes tres ejes:

1. El reclutamiento y la formación inicial

De ello nos ocuparemos detalladamente en el próximo capítulo –por tratarse de una de las cuestiones que más han llamado nuestra atención y que más nos interesa destacar– sin perjuicio de que ya podemos adelantar que a partir de 2009 tanto los concursos de acceso como la formación inicial se centrarán en la puesta en valor de las competencias y capacidades fundamentales que se predicen del magistrado, localizarlas en primer lugar, a través del concurso de acceso, para poder desarrollarlas a continuación, por medio del nuevo programa pedagógico⁹.

La ENM recluta a su alumnado principalmente por medio de los clásicos concursos-oposición, para candidatos recién egresados, cuya preparación requiere, entre otras cosas, de cierta capacidad económica. En relación con esta cuestión y con el objetivo de reforzar la diversidad socio-económica del colectivo de magistrados, garantizando así la esencial igualdad de oportunidades, han sido recientemente creadas las llamadas clases preparatorias/“classes préparatoires” que, además de los estrictamente académicos, toman en cuenta criterios económicos y sociales para determinar la admisión. Añadido al concurso-oposición, la ENM reserva hasta un tercio de sus plazas para candidatos que acrediten una experiencia profesional de, por lo menos, 4 años. En todo caso, corresponde al Ministro de Justicia establecer anualmente el número de plazas que corresponden a cada modalidad.

Dentro del organigrama de la ENM, la Dirección de la formación inicial radica en Burdeos, donde durante 31 meses (10 de formación en la ENM y 21 de “stage” o periodo de prácticas –a lo largo de todo el territorio nacional, principalmente en órganos jurisdiccionales, pero también en la estructura del ministerio fiscal, en servicios de investigación, en bufetes de abogados, etc.– integralmente supervisados por la ENM) los miembros de la promoción en curso podrán confrontar la teoría y la metodología que les ha sido enseñada con la práctica profesional y la realidad social, económica y humana.

9. En relación con el sistema de reclutamiento y su evolución, vid., FILLON, C.; BONINCHI, M.; LECOMPTE, A., “Devenir Juge: mode de recrutement et crise des vocations de 1830 à nos jours”, Collection Droit et Justice PUF, febrero de 2008. También, BOIGEOL, A., “Les transformations des modalités d’entrée dans la magistrature”, Revue Pouvoirs, 1995.

2. La formación continua

Dentro de la ENM, la Dirección que se ocupa de la formación continua tiene su sede en París, y a ella corresponde organizar las acciones formativas –que se desarrollarán tanto en Francia como en otros lugares de la Unión Europea– destinadas a quienes ya son magistrados en ejercicio. Instaurada en 1972, la formación continua reviste desde el primero de enero de 2008, carácter obligatorio, de manera que los más de 8.400 magistrados existentes, deberán atender mientras estén en activo, a su formación continua, que se considera una prolongación de la formación inicial, dedicando a ello 5 días cada año. Por medio de la misma se desea garantizar a los magistrados tanto la actualización permanente como la profundización de conocimientos.

3. La cooperación internacional

La ENM cuenta en su organigrama con un Departamento Internacional, también radicado en París, que desde su creación ha entablado, sobre la base de la confianza y la reciprocidad, relaciones de cooperación técnica con más de sesenta países. La finalidad de la actividad internacional es la de promover el modelo jurídico continental, a través del prisma de la experiencia francesa.

Las iniciativas amparadas en este apartado pueden ser de diversa naturaleza, v. gr., la formación de magistrados extranjeros en Francia o la realización de cualquier tipo de asistencia técnica o apoyo en el extranjero.

IV. EL SISTEMA DE RECLUTAMIENTO Y FORMACIÓN DE MAGISTRADOS EN FRANCIA

En nuestra opinión, el sistema de reclutamiento y formación –que a lo largo del planeta muestra infinidad de posibilidades o formatos, casi ninguno de ellos descartable a priori, por extravagante que, *prima facie*, pueda parecer– merece en el caso particular francés un detenido análisis, dado que en el país vecino ha sido reciente y profundamente reformado. Tomaremos como referencia ilustrativa la promoción de 2009¹⁰ de la ENM, la primera que se beneficiará de la reforma en la formación, compuesta por 137 alumnos/“auditeurs de justice”¹¹, provenientes de tres concursos de acceso –modalidad concurso-oposición o de derecho común– diferenciados, más una vía adicional y complementaria, que llamaremos concurso de méritos, “recrutement sur titres”, ampliada en 2007¹².

10. Vid., ENM “Programme pédagogique formation initiale. Promotion 2009”. Dicha promoción ingresa en la ENM para el inicio de su capacitación el 24 de agosto de 2009. Es interesante constatar el dato de que el 75’85% del alumnado de la promoción de 2009, son mujeres.

11. La cifra de alumnos admitidos en la promoción de 2009, certifica una sostenida tendencia a la baja en el ingreso en la ENM, a partir del año 2006 –recordemos que corresponde al Ministro de Justicia fijar cada año el número de plazas de magistrado que deben ser cubiertas– así, en 2005 fueron 287 los integrantes de la promoción, en 2006 fueron 289, en 2007 la promoción la integraron 252 alumnos, mientras que finalmente en 2008 fueron 207 auditores, frente a los 137 de la promoción de 2009.

12. Hasta 2007 el número de candidatos que ingresaban “sur titres” era de un 20% (1/5), mientras que desde 2007 se ha incrementado notablemente dicha modalidad de ingreso, hasta llegar al límite del 33% (1/3) de los candidatos.

Antes de proseguir conviene recordar que la LOPJ se refiere al reclutamiento de jueces en España en su artículo 301.3¹³. Un somero análisis de las reformas que han afectado al sistema de reclutamiento de jueces en nuestro país, a través de las sucesivas formulaciones del mencionado precepto, evidencia una decidida opción del Legislador por un sistema básico de concurso-oposición como única vía de acceso a la categoría de juez, con alguna flexibilidad excepcional en relación con las demás categorías, para “juristas de reconocida competencia”.

Volviendo al sistema francés, los mencionados concursos lo son de acceso a la ENM –que es la única institución formativa del personal jurisdiccional en el vecino país– no al estatuto jurídico de Magistrado. Se trata por tanto del comienzo de una etapa inicial de formación, que se prolongará, como se ha dicho, durante 31 meses y que es remunerada. Como contraprestación a dicha capacitación, e inversión pública, cada alumno adquiere al final de la formación un compromiso formal de servicio público al estado –más concretamente al Ministerio de Justicia– de un mínimo de 10 años de duración¹⁴. La obtención de una declaración de aptitud, realizada por parte de una comisión/“jury” independiente de la ENM, tras la satisfactoria superación de sucesivas pruebas, previamente programadas, determina el acceso del candidato al estatus de Magistrado en su plenitud.

a) El acceso: El tribunal, las pruebas, los candidatos

El acceso a la carrera judicial se caracteriza por la existencia de una gran diversidad en las formas de reclutamiento, si bien la vía del concurso –seguida de una formación de 31 meses en la ENM– que, convocada por el ministro de justicia, se celebra anualmente es, con mucho (más del 85% de los magistrados acceden por dicha vía) el principal modo de selección de los candidatos¹⁵.

El acceso a la ENM queda, como se ha dicho, condicionado a la superación de determinadas pruebas, cuyos programas, modalidades de realización de los diferentes ejercicios, y baremo son previamente hechos públicos, siendo evaluados los candida-

13. Art. 301.3 LOPJ “El ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de Juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial”. A ello añade el propio artículo 301 en su apartado nº 5 que: “También ingresarán en la Carrera Judicial por la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo, o de Magistrado, juristas de reconocida competencia en los casos, forma y proporción respectivamente establecidos en la ley. Quienes pretendan el ingreso en la carrera judicial en la categoría de Magistrado precisarán también superar un curso de formación en la Escuela Judicial”.

14. De no cumplirse dicho compromiso, el “auditeur de justice” deberá reembolsar el salario percibido. Durante el periodo de formación los “auditeurs de justice” tienen asignada una remuneración de unos 1.650 € mensuales brutos, más dietas.

15. Están igualmente previstas otras formas de acceso a la magistratura, son las formas excepcionales que complementan al concurso y que dotan al Ministerio de un instrumento de reclutamiento más flexible, que en un momento dado puede ser necesario utilizar, v. g., “concours complémentaires”, “recrutement latéral”, “magistrats à titre temporaire”, etc.

tos por una comisión o jurado “jury” cuya composición a partir de 2009, será de 11 miembros, de los cuales 3 no van a ser juristas¹⁶. Se trata concretamente de:

16. Hasta 2009, la composición del jurado era de 13 miembros, con un perfil jurídico absolutamente mayoritario, v. gr., no había ni un psicólogo ni un experto en materia de recursos humanos. Con la ampliación, cualitativa, de la composición del jurado se pretende favorecer una visión transversal o cruzada de los candidatos. Se trata de incorporar una perspectiva externa que no adolezca de la visión “deformada” o clónica, limitada en todo caso, que las personas de igual formación puedan tener, es la “mirada de Cándido”, la que se pretende incorporar. En cualquier caso, tanto en la antigua composición del jurado, como en la nueva, 5 de sus miembros serán magistrados del orden jurisdiccional. La ENM propone al ministro de justicia, quien la acuerda para cada periodo, la lista de miembros del jurado.

En el caso de España, la vigente versión del *art. 304 de la LOPJ* establece al respecto: “1. El Tribunal que evaluará las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, por las categorías de Juez y de Abogado Fiscal respectivamente, estará presidido por un Magistrado del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia o un Fiscal de Sala o Fiscal del Tribunal Supremo o de una Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia, y serán vocales dos Magistrados, dos Fiscales, un catedrático de universidad de disciplina jurídica en que consistan las pruebas de acceso, un Abogado del Estado, un abogado con más de diez años de ejercicio profesional y un Secretario Judicial de la categoría primera, que actuará como Secretario. 2. El nombramiento de los miembros del Tribunal, a que se refiere el apartado anterior, será realizado por la Comisión de Selección de la siguiente manera: el Presidente, a propuesta conjunta del Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Fiscal General del Estado; los dos Magistrados, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial; los dos Fiscales, a propuesta del Fiscal General del Estado; el catedrático, a propuesta del Consejo de Coordinación Universitaria; el Abogado del Estado y el Secretario Judicial, a propuesta del Ministerio de Justicia; y el abogado, a propuesta del Consejo General de la Abogacía. El Consejo de Coordinación Universitaria y el Consejo General de la Abogacía elaborarán ternas, que remitirán a la Comisión de Selección para la designación, salvo que existan causas que justifiquen proponer sólo a una o dos personas”. El perfil del tribunal evaluador es y ha sido siempre 100% jurídico en nuestro país.

El *art. 305 de la LOPJ* se refiere a la composición de la Comisión de Selección: “1. La Comisión de Selección, a la que se refiere el artículo anterior, estará compuesta por un vocal del Consejo General del Poder Judicial y un Fiscal de Sala, que la presidirán anualmente con carácter alternativo, por un Magistrado, un Fiscal, el Director de la Escuela Judicial, el Director del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia y un miembro de los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial, así como un funcionario del Ministerio de Justicia con nivel mínimo de Subdirector general, ambos licenciados en Derecho, que actuarán alternativamente como Secretarios de la Comisión. 2. La composición de la Comisión de Selección se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, mediante Orden del Ministro de Justicia. Los miembros de la misma serán designados por un periodo de cuatro años, de acuerdo con las siguientes reglas: a) El vocal del Consejo General del Poder Judicial, el Magistrado y el miembro de los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial, por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. b) Los Fiscales, por el Fiscal General del Estado. c) El funcionario del Ministerio de Justicia, por el Ministro de Justicia. 3. Los acuerdos de la Comisión de Selección serán adoptados por mayoría de sus miembros. En caso de empate, decidirá el voto de su Presidente. 4. La Comisión de Selección, además de lo dispuesto en el artículo anterior, será competente para: a) Proponer el temario, el contenido de los ejercicios y las normas complementarias que han de regir la oposición para el acceso a las Carreras Judicial y Fiscal, sometiéndolos a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Pleno del Consejo General del Poder Judicial. b) Realizar los trámites administrativos precisos para la distribución de los aprobados a las respectivas Escuelas según la opción que hayan realizado, conforme se dispone en el artículo 301.2. 5. Las resoluciones previstas en el presente artículo y en el apartado 2 del artículo anterior agotarán la vía administrativa y serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo”.

Finalmente, dispone el *art. 306 de la LOPJ* que: “1. La oposición para el ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal por la categoría de Juez y de Abogado Fiscal se convocará al menos cada dos años, realizándose la convocatoria por la Comisión de Selección prevista en el apartado 1 del artículo 305, previa propuesta del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia, atendiendo al número máximo de plazas que corresponda ofrecer de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 301 y en atención a las disponibilidades presupuestarias. 2. En ningún caso podrá el Tribunal seleccionar en las pruebas previstas en el artículo 301 a un número de candidatos superior al de las plazas que hubieran sido convocadas según lo dispuesto en dicho artículo. 3. Los que hubiesen superado la oposición como aspirantes al ingreso en la Carrera Judicial, tendrán la consideración de funcionarios en prácticas”.

- * Un Magistrado de la “Cour de Cassation” (Président).
- * Un miembro del Consejo de Estado (Vice Président).
- * Un Profesor (Catedrático) de derecho.
- * 4 Magistrados (del orden jurisdiccional).
- * Un abogado.
- * Un psicólogo.
- * Una persona cualificada en materia de reclutamiento (recursos humanos).
- * Una persona cualificada, ajena a las categorías mencionadas. Podría tratarse de un prestigioso periodista, un historiador, un filósofo, etc., de hecho, para la primera implementación de la nueva composición, en 2009, se ha contado en este apartado con un ex alto funcionario de la ONU.

La organización del concurso para el acceso a la ENM se delega en su Director y se ejecuta anualmente por la Subdirección de reclutamiento. Consta de dos tipos de pruebas que deben ser sucesivamente superadas por los candidatos para obtener el acceso a la ENM. En primer lugar están las pruebas de admisibilidad/“épreuves d’admissibilité”, que inciden especialmente en determinar el grado de dominio de los conocimientos jurídicos y técnicos de los candidatos. En segundo lugar, las pruebas de admisión/“épreuves d’admission”, cuyo objetivo principal es el conocimiento del candidato mismo, de sus capacidades adicionales y competencias personales.

Las pruebas de admisibilidad comprenden diversas materias jurídicas que serán objeto de distintas modalidades de examen preferentemente escrito: Conocimiento y comprensión del mundo contemporáneo, Derecho Civil y Derecho Procesal Civil, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Organización del Estado, organización de la justicia, libertades públicas y derecho público¹⁷.

Las pruebas de admisión constan a su vez de los siguientes ejercicios, preferentemente de carácter oral: Prueba de síntesis, en relación con un dossier documental que puede constar de hasta 20 documentos, la nota de síntesis que debe elaborarse se estructurará adecuadamente y no podrá sobrepasar las cuatro páginas, valorándose la objetividad de la labor de síntesis. Prueba obligatoria de lengua viva. Hasta ahora (pruebas celebradas en 2009) las lenguas admitidas eran varias, entre ellas el alemán, el inglés, el árabe, el español. Para las pruebas de 2010 y sucesivas anualidades, la única lengua extranjera admitida en la modalidad obligatoria será el inglés. El resto podrán emplearse en la prueba facultativa de lenguas extranjeras. Finalmente entre las pruebas de admisión propiamente jurídicas, figuran las que se refieren al Derecho Europeo, al Derecho Internacional privado y al Derecho Social y Mercantil. Debe ser destacada también, y no sólo por su puntuación en la valoración global, la prueba consistente en la simulación de situaciones con asunción de determinado rol por parte del candidato. Y finalmente la entrevista con el jurado¹⁸.

17. Vid., de forma detallada en, ENM “Les nouveaux concours d’accès à l’École Nationale de la Magistrature”, junio de 2009. Vid., en concours.enm@justice.fr

18. Vid., de forma detallada en, ENM “Les nouveaux concours d’accès à l’École Nationale de la Magistrature”, junio de 2009. Vid., en concours.enm@justice.fr

Por otra parte, la norma vigente limita a tres veces la posibilidad de cada candidato de presentarse a los concursos de acceso de la ENM, criterio que ha sido flexibilizado interpretándose que son tres veces por cada una de las tres diferentes vías dentro de la modalidad de concurso-oposición, de manera que las posibilidades reales de acceder a la ENM se multiplican para los candidatos.

Una vez que conocemos la composición de la comisión que examinará a los aspirantes a acceder a la ENM y la naturaleza y formato de las pruebas de las que consta el concurso que éstos deberán superar, haremos referencia a la procedencia de los candidatos. Es conveniente recordar en este momento que el número concreto de plazas que se ofertarán para su cobertura por medio de los concursos que estamos analizando, se determinará anualmente por el Ministro de Justicia, en función de la previsión de necesidades de personal jurisdiccional y de las disponibilidades presupuestarias.

I. Dentro de la *modalidad de concurso-oposición*¹⁹, que proporciona en 2009 el 76,64% de los estudiantes de la ENM, existen tres vías diferenciadas:

1^a *Reservada a estudiantes (premier concours d'accès)*, también denominado concurso externo. Es la vía de acceso preferente (64,96%), aunque sensiblemente menos que en la promoción de 2008, donde representaban el 67,15%, de los alumnos ingresados por medio de ésta modalidad. La edad máxima permitida para esta vía de acceso es de 31 años (antes de la reforma de 2008 el límite era de 27 años²⁰). No se requiere experiencia previa. El requisito académico es tener acreditado un grado (4 años de estudios tras el bachillerato) no exclusivamente en derecho.

2^a *Reservada a funcionarios (deuxième concours d'accès)*, conocido también como concurso interno. El contingente con esta procedencia representa el 8,76% de la promoción, frente al 6,76% de la promoción de 2008. La edad máxima contemplada para esta modalidad es de 46 años y 5 meses. Los candidatos deberán acreditar su condición de funcionarios y al menos cuatro años de antigüedad en su puesto, estando en activo en el momento de realizar la solicitud. El acceso por medio de ésta vía comporta el mismo programa e idénticas pruebas que las previstas para el concurso externo.

3^a *Reservada a personas que acrediten actividad profesional durante al menos 8 años en el sector privado, o que hayan ejercido un mandato de elección local o, finalmente, que hayan ejercido funciones jurisdiccionales a título no profesional (troisième concours d'accès)*. Para poder concurrir a través de ésta vía, es preciso totalizar globalmente por lo menos 8 años en una o varias de dichas categorías (v. gr., 6 años de mandato electo más 2 años de actividad en el sector privado). El contingente representa el 2,92% del alumnado, frente al 3,38% de la promoción anterior. La edad máxima permitida en este caso es de hasta 40 años. Este tercer concurso fue creado

19. Vid., al respecto, detalladamente, ASTRUC, Ph., "Devenir magistrat aujourd'hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l'ordre judiciaire", Paris 2009. El número de candidatos inscritos para la realización de las pruebas previstas para las 3 vías que conforman la modalidad del concurso-oposición es de 2.115, en relación con la promoción de 2009, en la que finalmente resultan admitidas 105 personas.

20. La fecha establecida para el cómputo de la edad (y demás requisitos temporales) es, en todos los casos, el primero de enero del año del concurso.

por Ley Orgánica en 1992. El acceso por medio de ésta vía comporta el mismo programa e idénticas pruebas que las previstas para el concurso externo.

Es necesario hacer en este momento una referencia –siquiera breve, aunque la cuestión reviste, a nuestro juicio, una gran importancia– a la preparación de dichas oposiciones, su duración, su coste económico su carácter de reglada, etc., en Francia.²¹ Además de la preparación privada y de la que ofertan los Institutos de Estudios Judiciales (IEJ) –que se corresponden con el modelo que rige en España– creadas en 2008 y 2009 para la preparación del concurso externo, las “classes préparatoires” tienen por objeto impedir que condicionantes de naturaleza económica obstaculicen el acceso de algunas personas a una preparación de la máxima calidad. Reflejando así mejor la diversidad social en el cuerpo del personal jurisdiccional, impulsando la garantía de la igualdad de oportunidades. Dichos cursos están implantados en París, Burdeos y Douai, y cada uno de ellos acoge a quince alumnos cuyos currícula acreditan un especial mérito y una inequívoca motivación. La duración de ésta preparación (también en el caso de la privada y la del IEJ) es de 9 meses y de ella se hace cargo la ENM²².

El ciclo preparatorio para la segunda y tercera vías del concurso-oposición se podrá realizar, a partir de 2010, de forma no presencial, los candidatos tendrán derecho a solicitar a su respectiva administración o empresa una licencia para la preparación.

II. La *modalidad de concurso-de méritos/“sur titres”*, constituye una cuarta vía, la de más reciente implantación y la que más interés nos suscita dada la ampliación del universo de selección que supone además de la considerable aportación de efectivos que canaliza a cada una de las promociones, no pudiendo, eso sí, sobrepasar el tercio del número de alumnos provenientes del concurso-oposición. Está reservada

21. En España es clásica y ha sido central la figura del preparador, que habiendo cumplido un importante papel, en nuestra opinión y en la actualidad presenta algunos déficits, no siendo el menor de ellos el excesivo coste económico que para el candidato supone, que debe dedicarse en exclusiva y durante no menos de dos años, quizá tres, a la preparación de la oposición. Si bien es cierto que existen becas, concedidas por instituciones públicas, cuya finalidad es precisamente sufragar dicha necesidad haciendo la situación económicamente viable, y que las universidades públicas, desde hace algunos años, han comenzado a coordinar y organizar la preparación de las oposiciones. En suma, nuestra valoración es que el sistema es, particularmente en este punto, bastante desmotivador para quienes, en muchos casos movidos por la vocación, se plantean acceder a la carrera judicial, y muy en particular por el excesivo tiempo (en torno a 3 años de media, para tener alguna garantía de éxito), sin mencionar la completa dedicación, que requiere en la actualidad la preparación de dichas oposiciones.

22. Cerca del 60% de los candidatos a acceder a la ENM recurrieron a una preparación privada (más o menos nuestro preparador) que tiene un costo de en torno a 3.000 Euros por año. Por lo que a las “classes préparatoires” respecta, la primera experiencia se lleva a cabo a partir de enero de 2008, en la sede parisiense de la ENM con 15 alumnos y alcanza unos alentadores resultados que están a la altura de las expectativas. Tradicionalmente se ha ocupado además de la preparación de los candidatos el Instituto de Estudios Judiciales/“Institut d’Études Judiciaires” en sus diversas sedes de unas 50 Facultades de Derecho de otras tantas universidades públicas francesas, aunque en este caso cada curso tiene un número elevado de alumnos que puede llegar hasta varios cientos, de tal manera que la dinámica pedagógica queda condicionada, siendo radicalmente distinta a la pretendida con las clases preparatorias, lo que finalmente tiene un reflejo en los resultados. Todo ello evidencia que sea deseable una armonización en el sistema de preparación de las oposiciones, en lo relativo a cuestiones como: Tamaño de grupos, número de becas e importe de las mismas, alojamiento, etc.

a personas con una experiencia mínima de 4 años en ámbitos profesionales jurídicos, económicos o sociales, que les cualifique para el ejercicio de funciones judiciales. Que cuenten además con un master en derecho. O para doctores en derecho que cuenten además con otro título de estudios superiores. También se contempla para quienes hayan ejercido la docencia o realizado investigación jurídica en un establecimiento público de enseñanza superior. En todos los casos la edad mínima para acceder por esta vía es de 31 años y la máxima de 40. El reclutamiento “sur titres” proporciona a la promoción de 2009 el 23,36% de los estudiantes de la ENM. El 22,71% de los efectivos en 2008.

La selección de candidatos se realiza por una comisión/“comisión d'avancement” sobre la base de un dossier de cada candidato, que habrá sido objeto de un informe realizado por el Fiscal Jefe del tribunal de apelación del domicilio del solicitante. Siendo afirmativa la resolución de la comisión –que podrá escuchar al solicitante antes de pronunciarse– el candidato ingresaría directamente en la ENM, en calidad de “auditeur de justice”²³.

b) La formación²⁴

El objetivo pedagógico de la ENM, su misión como institución, esta constituido, en palabras de uno de sus antiguos directores, por la “formation de techniciens impeccables et d'humanistes éclairés”²⁵. Para alcanzarlo, la formación, su estructuración y duración han ido variando progresivamente adaptándose a las necesidades emergentes, hasta llegar al momento actual en el que tras la reciente e importante reforma de 2008 se estructura en dos grandes fases construidas en torno a 8 ejes claramente definidos.

Para que la formación sea integral y por medio de ella se garantice además la permanente actualización de los magistrados, la misma se ha estructurado en dos fases bien diferenciadas:

La primera fase la constituye un periodo de ‘formación inicial’ dispensado en Burdeos tras superar las pruebas de acceso a la ENM, que culmina con los exámenes de nivel, determinantes en función del mérito (de las calificaciones obtenidas) del primer destino. En esta etapa formativa, se combinan clases teóricas y stages (prácticas) en órganos judiciales, ministerio fiscal, etc.; además de impartirse en paralelo una serie de materias obligatorias²⁶ y otro tipo de formación, constituida en módulos, que son

23. Vid., ASTRUC, Ph., “Devenir magistrat aujourd'hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l'ordre judiciaire”, op. cit., pp. 9 y 10 del manuscrito.

24. Vid., ASTRUC, Ph., “Devenir magistrat aujourd'hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l'ordre judiciaire”, op. cit., pp. 54 y ss., del manuscrito. Vid., también, ENM “Programme pédagogique formation initiale. Promotion 2009”, Bordeaux 2009.

25. Vid., ASTRUC, Ph., “Devenir magistrat aujourd'hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l'ordre judiciaire” op. cit., p. 56 del manuscrito, que a su vez cita a Jean François Burgelin, Director de la ENM, en el periodo 1978-1981.

26. Materias que se refieren a las técnicas profesionales, además de a aspectos de la medicina legal o la psiquiatría.

más variables en cuanto a su contenido ya que dependen de las necesidades imperantes en la sociedad en cada momento, que son también cambiantes²⁷. Todo ello supone globalmente 84 semanas de prácticas y 34 de estudios teóricos.

La segunda fase comienza tras el primer destino en un órgano judicial. Existe, como ya hemos mencionado, una permanente formación continua de carácter obligatorio, además de otras actividades de formación especializada, actividades internacionales, etc.

En suma, la duración del primer periodo formativo es, desde 1991, de 31 meses en la ENM, en aplicación de su programa pedagógico de formación inicial. A ello habría que añadir una formación continua nacional, que anualmente impone a cada magistrado la obligación de dedicar al menos cinco días a las actividades (encuentros, ciclos, stages, seminarios, etc.) que con tal fin hayan sido programadas²⁸.

Con el principal objetivo de fomentar las capacidades consideradas como esenciales para el óptimo desempeño de las tareas propias de un magistrado –evidentemente la competencia técnica, es decir, los conocimientos jurídicos, “se les suponen”– como la de trabajar en equipo, la de motivar decisiones correctamente, la de adaptación a contextos cambiantes o la de tomar decisiones adecuadas a las circunstancias, etc., se han formulado ocho ejes o polos de formación/”pôles de formation”²⁹, que regirán la capacitación en las dos fases a las que se ha hecho referencia anteriormente, constituyendo la columna vertebral de la formación. Veamos, sintéticamente expresados, algunos de los contenidos o materias –algunas de ellas con vocación de transversalidad– más relevantes agrupados en torno a los mencionados ocho ejes, tal y como se recogen en el programa pedagógico³⁰.

1. “*Humanités judiciaires*”, en el que destacan, la deontología y las expectativas de los justiciables.
2. “*Processus de décision et de formalisation de la Justice civile*”, en el que, entre otros contenidos, figuran los principios rectores del proceso civil, el análisis de un expediente y la adopción de resoluciones.
3. “*Processus de décision et de formalisation de la justice pénale*”, en el que destacan la ordenación de las actuaciones de instrucción y enjuiciamiento, su ejecución y la elaboración de la resolución.

27. V. gr., Informática, lengua extranjera (el renovado programa de estudios ha dejado como única lengua extranjera impartida con carácter obligatorio, a partir de la promoción 2009, al inglés, quedando el alemán, el español, el italiano y el árabe, como lenguas facultativas).

28. Vid., Art. 125, Règlement intérieur de l'ENM.

29. Vid., ASTRUC, Ph., “Devenir magistrat aujourd'hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l'ordre judiciaire” op. cit., pp. 32 y ss., del manuscrito. Esta estructuración del proceso formativo es en gran parte nueva teniendo su primera aplicación en la actual promoción 2009 de la ENM, así pues una valoración sobre los resultados deberá esperar.

30. Vid., ASTRUC, Ph., “Devenir magistrat aujourd'hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l'ordre judiciaire” op. cit., pp. 54 y ss., del manuscrito. En lo relativo a los ejes o polos de formación, detalladamente, pp. 62 y ss., del manuscrito.

4. “*Communication judiciaire*”, en el que hallamos la capacidad de escuchar y de empatía con el justiciable o la gestión constructiva de conflictos.
5. “*Administration de la justice*”, a través del que se busca profundizar en el conocimiento de los medios con los que cuenta la justicia, la administración del estado y otras administraciones públicas.
6. “*Dimension internationale de la justice*”, con el que se pretende profundizar en el conocimiento de las instituciones supranacionales, y en los instrumentos de cooperación internacional. Con el fomento de, a partir de la reforma de 2008, el inglés como única lengua obligatoria al servicio de la dimensión internacional.
7. “*Environnement judiciaire*”, en el que destacan el estudio de la evolución de los fenómenos criminales más notables, o el conocimiento de culturas extranjeras radicadas en Francia.
8. “*Vie de l'entreprise*”, a través del que se pretende incidir en la cultura económica, empresarial y fiscal.

Gracias a la implementación de la formación a través de estos ejes de formación, se consigue que los dos periodos –el inicial en Burdeos, y el de formación continua y especialización impartidos en París– tengan una perfecta continuidad, además de la coordinación de los equipos docentes.

c) Las pruebas y las calificaciones

En el programa de estudios de la ENM, las clases prácticas y teóricas se alternan continuamente, agrupadas en bloques formativos a los que se asigna un periodo concreto de ejecución; al final de cada uno de ellos se realizan una serie de pruebas tendentes a acreditar la correcta adquisición de conocimientos. El formato de cada examen o prueba se adapta a diferentes metodologías; así por ejemplo las pruebas relativas a las materias teóricas, en las que se demuestra el nivel de conocimientos técnico-jurídicos adquiridos, son escritas y de seis horas de duración, muy parecidas a las que se somete a lo largo de la formación universitaria a los estudiantes de derecho (v. gr., *dissertation*) lo que acredita, y ello es de gran relevancia, una metodología común.

Son nueve las pruebas que sancionan la formación recibida por el alumnado de la ENM. Tres pruebas escritas al final del periodo de estudios, tres pruebas más, éstas orales, tras el periodo de prácticas (“stage juridictionnel”) y otras cuatro (escritas, orales y la de idioma extranjero, tipo test) al final de la escolaridad. Cada una de estas con su somera descripción y valor en el baremo final aparece detallada en el cuadro siguiente³¹:

31. Vid., ASTRUC, Ph., “Devenir magistrat aujourd’hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l’ordre judiciaire” op. cit., pp. 82 y ss., del manuscrito.

Séquences de formation	Nature des épreuves	Durées des épreuves	Contenu des épreuves	Coefficients
<i>Etudes</i>	<i>Epreuve écrite</i>	<i>6 heures</i>	<i>Techniques professionnelles des fonctions civiles</i>	<i>1</i>
	<i>Epreuve écrite</i>	<i>6 heures</i>	<i>Techniques professionnelles des fonctions pénales</i>	<i>1</i>
	<i>Epreuve écrite</i>	<i>6 heures</i>	<i>Enseignements thématiques transversaux</i>	<i>1</i>
<i>Stage juridictionnel</i>	<i>Epreuve orale</i>	<i>Une audience</i>	<i>Présidence de l'audience correctionnelle</i>	<i>1</i>
	<i>Epreuve orale</i>	<i>Une audience</i>	<i>Réquisitions devant le tribunal correctionnel</i>	<i>1</i>
	<i>Epreuve orale</i>	<i>Une audience</i>	<i>Tenue d'une audience civile de cabinet</i>	<i>1</i>
<i>Examen d'aptitude et de classement</i>	<i>Epreuve orale</i>	<i>40 minutes</i>	<i>Entretien avec le jury</i>	<i>3</i>
	<i>Epreuve écrite</i>	<i>6 heures</i>	<i>Jugement civil</i>	<i>1,5</i>
	<i>Epreuve écrite</i>	<i>6 heures</i>	<i>Réquisitoire définitif</i>	<i>1,5</i>
	<i>Test</i>		<i>Langue anglaise</i>	<i>Bonification de points</i>

Terminadas las pruebas, un jurado o comisión independiente de la ENM, presidido por un magistrado de la “Cour de cassation”, a la vista de todos los resultados de cada candidato, decidirá sobre su aptitud para ser magistrado profesional con base, esencialmente, en la nota media de las pruebas, pudiendo, entre otras posibilidades, llegar a excluir a un candidato o indicarle que debe repetir su *stage*. Además, la opinión motivada del director de la ENM, y los informes del director del centro de prácticas y del coordinador regional de la formación serán tenidos en cuenta.

Reciente y profundamente modificado, es parte de la reforma de 2008³², el proceso de evaluación, se orienta a proporcionar datos objetivos sobre la capacidad del “auditeur de justice” para hacerse cargo de la que será su función judicial, y genera finalmente una relación “liste de classement” de los candidatos que han superado todas las pruebas, ordenada según el mérito acreditado representado por puntos –el total de puntos obtenidos por cada candidato lo determina el jurado o comisión– lo que per-

32. El *Décret n° 2008-1151 du 31 décembre 2008* reforma muchos artículos del anterior *Décret n°93-548 du 26 mars 1993 pris pour l'application de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant sur la loi organique relative au statut de la magistrature*.

mitirá a los nuevos magistrados elegir su primer destino en función de la posición que ocupan en dicha clasificación³³.

Concluida la formación los “auditeurs de justice” prestan colectivamente el juramento “serment” de magistrado en un acto solemne ante los magistrados de la “Cour de Cassation”³⁴.

V. CONCLUSIONES

1. La concepción del Poder Judicial no es, en lo esencial, sustancialmente distinta en Francia y en España. Se trata en ambos casos de un poder estatal, diferenciado de los poderes ejecutivo y legislativo, configurando entre todos ellos un modelo que responde a la estructura de un Estado social y democrático de Derecho. El Poder Judicial está integrado en Francia por personal jurisdiccional, magistrados, que son funcionarios independientes e inamovibles, imparciales y responsables, en su esencial actuación, de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

2. El mecanismo diseñado para el acceso a la carrera judicial es prácticamente idéntico en ambos países, ya que se trata de un concurso-oposición que de ser superado franquea el acceso a la Escuela Judicial –ENM en el caso de Francia– donde, tras la adquisición y posterior acreditación de determinada formación específica y reglada, se obtiene el acceso pleno al estatus de juez o magistrado.

3. No obstante, existen entre ambos sistemas diversos aspectos, de notable relevancia cualitativa, que gozan de diferente tratamiento y cuya importancia queremos subrayar, dado que están orientados, en la parte que nos interesa destacar, por un lado a ampliar el espectro de extracción de los candidatos, lo que comportará progresivamente un cambio de perfil del colectivo de jueces y magistrados, y por otro a facilitar a quienes se sientan llamados para ello, la preparación de la oposición de acceso a la carrera judicial, sin que ello suponga en absoluto renunciar al objetivo de la excelencia en la judicatura. También nos interesa poner de relieve que se incorporan al sistema de reclutamiento, como miembros de la comisión encargada de la selección de candidatos y con un peso específico nada desdeñable, profesionales sin formación jurídica. Y ello se hace con la clara intención de involucrar a otros sectores socio-culturales en tan relevante actuación, entreverándolos en el funcionamiento del modelo, incidiendo entre otras cosas en su mejor percepción y valoración por parte de la sociedad. En nuestra opinión, la conjunción de estas novedades tendrá finalmente un reflejo en la eficiencia tanto funcional como financiera del sistema. Hemos estudiado en profundidad la reforma francesa de 2008 que incide en ellos y que es fruto de 50 años de experiencia de la “École Nationale de la Magistrature”. Los tres aspectos que en especial queremos destacar son:

- a) El acceso a la carrera judicial por concurso de méritos, “sur titres”, vía cuya cuota se ha incrementado en 2007, pasando del 20% al 33%. El potencial de

33. Sobre el nuevo procedimiento de evaluación, la composición de la comisión, la estadística de decisiones especiales, etc., vid., ASTRUC, Ph., “Devenir magistrat aujourd’hui. Le recrutement et la formation des magistrats de l’ordre judiciaire” op. cit., pp. 81 y ss., del manuscrito.

34. La fórmula empleada para pronunciar el juramento es la siguiente: “*Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat*”.

la “cantera” de los futuros jueces y magistrados es mayor en Francia, por ser más diversificado el espectro, donde además de los estudiantes capacitados en derecho, la fuente clásica, pueden acceder a la escuela judicial, por medio de la modalidad de concurso de méritos no sólo personas que procedan del mundo estrictamente judicial, sino que además podrán serlo otras cuyas profesiones y trayectorias profesionales se han desarrollado en ámbitos muy distintos, eso sí, siempre debe existir la capacitación jurídica que se constituye, obviamente, en presupuesto, v. gr., mandos policiales, inspectores de trabajo, investigadores universitarios, funcionarios de nivel intermedio, etc. Si esta circunstancia puede ser considerada positiva y beneficiosa –y en nuestra opinión es así ya que permite seleccionar no sólo a quien ya está capacitado específicamente sino a quien, con una base suficiente de formación jurídica y con una experiencia profesional aplicada, potencialmente es un buen candidato a magistrado que, eso sí, deberá ser capacitado posteriormente en la ENM– la consecuencia sería que es conveniente flexibilizar aun más el sistema de acceso a la carrera judicial en España, de manera que, como se ha hecho en Francia, se amplíe el espectro de selección.

- b) Flexibilización de la composición de la comisión/“jury” de oposición, se pasa de un tribunal de 13 personas con perfil exclusivamente jurídico a una composición de 11 personas de las que tres (algo más que un 25%) no tienen tal perfil, y se hace precisamente por ampliar la perspectiva, por buscar en los candidatos cualidades adicionales a las que los juristas estamos acostumbrados a prestar especial atención, y que también es legítimo requerir de los servidores públicos cuya relación simbiótica con la sociedad a la que sirven debería ser fortalecida. Por otro lado, y en cierta medida unido a ello, podría ser conveniente reflexionar, sin urgencias pero sin aplazamientos, sobre todo el sistema de oposición para acceder a la Escuela Judicial que, sin cambios relevantes, subsiste en España desde hace quizá demasiado tiempo, y que se aleja cada vez más de la formación que los estudiantes de licenciatura (o grado) reciben, y no nos referimos tanto a los contenidos, aunque también en cierta medida, como a la metodología, en la enseñanza primero y en la preparación de la oposición después, que podríamos sintetizar en el enunciado, ECTS vs. retención memorística.
- c) Preparación del acceso a la ENM. Además de la preparación privada y de la que proporcionan un buen número de facultades de derecho, pertenecientes a universidades públicas, queremos detenernos en la importancia de las “classes préparatoires” que ha puesto en marcha recientemente la propia ENM, cuyo profesorado, aunque contratado por ésta, es completamente distinto al profesorado adscrito a la ENM encargado de la formación de las promociones. Incluso sin la aportación de las clases preparatorias, el sistema francés de preparación de las oposiciones de acceso dura significativamente menos tiempo (entre 9 meses y un año) y sirve a más de un propósito, a diferencia del español. Desde un punto de vista cronológico, podríamos decir que se adelanta notablemente el momento de la selección, lo que es obviamente mejor para los candidatos, que se verán mucho más incentivados en sus aspiraciones, de manera que la trascendencia de la opción por la carrera judicial pasa de ser heroica a asumible. También es una tesitura mejor para el sistema de becas y ayudas públicas, que debe soportar durante menos tiempo la situación, pudiendo a cambio, por ejemplo, beneficiar a más candidatos con iguales asignaciones presupuestarias, siendo así finalmente más eficiente.

PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: A LA BÚSQUEDA DEL NECESARIO EQUILIBRIO EN EL ESPACIO JUDICIAL PENAL EUROPEO

José Francisco ETXEBERRIA GURIDI

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

I. ALGUNAS DEFICIENCIAS EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL EN EL SENO DE LA UE

1.1. El carácter secundario de la tutela de los derechos y garantías en la cooperación judicial penal

Se ha achacado con relativa frecuencia que la cooperación judicial penal en la UE, o el progresivo desarrollo del espacio judicial penal europeo, se ha centrado fundamentalmente en términos de eficacia en la persecución de infracciones penales, aparcando en un segundo plano la protección de los derechos y las garantías que pueden verse afectados. Aunque existieran precedentes sobre la cuestión, es en el Consejo Europeo de Tampere cuando se proclama que el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales será la “piedra angular” de la cooperación judicial en la UE¹. La primera concreción de este principio en el ámbito penal será la adopción de la Decisión Marco (DM) sobre la orden europea de detención y entrega, de 13 de junio de 2002.

1. En la comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento europeo [COM (2000) 495 final] se afirma que dicho principio “significa que una vez adoptada una medida, como una resolución dictada por un juez en el ejercicio de sus facultades oficiales en un Estado miembro, en la medida en que tenga implicaciones extranacionales, será automáticamente aceptada en todos los demás Estados miembros, y surtirá allí los mismos efectos o, al menos, similares”.

A esta DM han sucedido otras muchas. Pero ha de reconocerse que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito penal no se aplica de forma automática o pura, sino que las autoridades de ejecución se reservan de ordinario el control del cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos². La causa fundamental de que no se haya optado por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en su sentido amplio o puro no es otro que la coexistencia en el seno de la UE de una gran diversidad de sistemas penales, diversidad que se extiende a los órganos competentes para actuar a lo largo del proceso penal, a la estructura de los propios procesos penales, etc., pero también a los distintos niveles y contenidos de los derechos y garantías procesales. No descubrimos nada nuevo si afirmamos que en el ámbito de la justicia penal los derechos fundamentales del individuo resultan afectados con una particular intensidad, por lo que la mera proclama del principio de reconocimiento mutuo no es suficiente³.

El principio de reconocimiento mutuo ha de contar con un sustrato sólido y este no es otro que la existencia de una mutua confianza respecto de los sistemas de justicia penal de los Estados miembros⁴. La mutua confianza se convierte, de este modo, no sólo en la clave de bóveda del reconocimiento mutuo, sino en su presupuesto previo⁵. Sin embargo, la confianza mutua entre los Estados miembros de la UE hay que generarla, no se construye sobre el vacío. Y si esa desconfianza está motivada por la diversidad de los sistemas de justicia penal, la situación no se modificará en tanto en cuanto no exista una armonización o aproximación mínima de las normas que regulan las estructuras procesales penales en aquéllos. Lo dicho vale especialmente para el nivel de reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales del individuo que pueden resultar afectados⁶. En tal sentido, afirmaba el Abogado General, D. RUIZ-JARABO COLOMER en sus conclusiones a los asuntos *Hüseyin Güzütok* (C-187/01)

2. Por este motivo DELGADO MARTÍN, J. se refiere a la existencia de “grados en la aplicación del reconocimiento mutuo”, esto es, cuanto mayor sea la cantidad de extremos a controlar en el Estado de ejecución, menor será el grado de aplicación del reconocimiento mutuo. La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea, “*Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIII, 2003, p. 291.

3. Por este motivo, afirma MITSILEGAS, Valsamis que este principio característico del mercado interno no se puede trasladar sin más al ámbito de la justicia penal: The constitutional implications of mutual recognitions in criminal matters in the EU, *Common Market Law Review*, núm. 43, 2006, p. 1291.

4. En la Comunicación de la Comisión de 26 de julio de 2000 [COM (2000) 495 final] se afirma que “la confianza mutua es un elemento importante; no sólo confianza en la adecuación de las normas de los socios, sino también en que dichas normas se aplican correctamente”.

5. WEYEMBERGH, Anne: *L’harmonisation des législations: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2004, pp. 144-145; GLESS, Sabine: “Free movement of evidence in Europe”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, (ARMENTA DEU, T./GASCÓN INCHAUSTI, F./CEDENO HERNÁN, M. coords.), Madrid: Colex, 2006, p. 130.

6. Entre las prioridades recogidas en el Plan de Acción relativo al Programa del Consejo Europeo de La Haya en materia de justicia civil y penal se destaca “garantizar un espacio europeo de justicia garantizando el acceso eficaz a la justicia para todos y la ejecución de sentencias. La aproximación proseguirá, concretamente mediante la adopción de normas que garantizan un alto grado de protección de las personas, con objeto de crear una confianza mutua y de reforzar el reconocimiento recíproco que sigue siendo el elemento clave de la cooperación judicial”, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, COM (2005) 184 final.

y *Klaus Brügge* (C-385/01), presentadas el 19 de septiembre de 2002, que la meta compartida de facilitar y acelerar la cooperación entre los Estados miembros “no puede ser alcanzada sin una recíproca confianza de los Estados miembros en sus sistemas de justicia penal y sin un reconocimiento mutuo de los respectivos pronunciamientos, adoptados en un verdadero ‘mercado común de los derechos fundamentales’”.

Esta es la posición que sostiene Anne WEYEMBERGH quien entiende que la armonización no es simplemente un elemento que favorezca el reconocimiento mutuo, sino que es la condición misma de dicho reconocimiento. Es más, apunta que el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales penales no parece “deseable” desde el punto de vista de la protección de los derechos y libertades fundamentales si no es acompañado de una profundización de los trabajos de armonización. El principio de reconocimiento puede suponer una puesta en peligro de los derechos fundamentales si se suprimen las ocasiones de verificar si las garantías procesales mínimas que imponen el CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE han sido efectivamente respetados⁷.

En la Comunicación de la Comisión, de 19 de mayo de 2005, se sostiene que las dificultades puestas de manifiesto con las primeas aplicaciones del principio de reconocimiento mutuo podrían solucionarse en parte con la aprobación, en la Unión, de medidas legislativas de armonización. Uno de los ejes en torno al cual se han de articular aquéllas consiste en garantizar que las resoluciones judiciales objeto de reconocimiento mutuo respondan a “normas exigentes en términos de garantías de derechos de las personas”⁸. Resulta loable que la propia Comisión se refiera a “normas exigentes” para la tutela de los derechos de las personas, pues no pocos autores han puesto de manifiesto el temor a que la armonización legislativa se produzca a un nivel bajo o inferior⁹.

7. “La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l’Union européenne: mise en perspective”, en *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l’Union européenne* (DE KERCHOVE, Gilles/WEYEMBERGH, Anne ed.), Bruxelles: Editions de l’Université de Bruxelles, 2001, pp. 57-58. Esta misma autora afirma en otro lugar que “sin aproximación, no hay confianza mutua; sin confianza mutua, no hay reconocimiento mutuo efectivo y tampoco espacio penal europeo”, *L’harmonisation des législations...*, cit., p. 147. También GÓMEZ-JARA DÍEZ, C: “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *La Ley*, núm. 6069, 2004, p. 6. Podría sostenerse que la aproximación normativa no es necesariamente presupuesto del reconocimiento mutuo, sino que ambos pueden interactuar aprovechándose mutuamente, actuando, como una especie de “círculo virtuoso”: PISANI, Mario. “Il ‘processo penale europeo’: problemi e prospettive”, *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, 2004, p. 676.

8. COM (2005) 195 final. Los ámbitos sobre los que ha de pivotar la armonización pertenecen en mayor medida al Derecho procesal penal: mejorar las garantías en los procesos penales; reforzar la presunción de inocencia; elaborar normas mínimas en materia de recogida de pruebas; regular las resoluciones dictadas en rebeldía y garantizar la transparencia de la elección del órgano jurisdiccional competente.

9. En tal sentido WEYEMBERGH, Anne afirma “Lejos de tender hacia un alineamiento por lo alto en este plano, el reconocimiento mutuo instiga más bien a contentarse con el más pequeño común denominador y entraña de esta manera una nivelación por lo bajo de los derechos y garantías procesales que disfrutaban las personas afectadas por el proceso penal”, *L’harmonisation des législations...*, cit., pp. 151-152; la misma autora en *La reconnaissance mutuelle des décisions...*, cit., pp. 60-61. También BRANTS, Ch.: “Procedural safeguards in the European Union: too little, too late?”, en *European Evidence Warrant* (VERVAELE, J.A.E. ed.), Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2005, p. 104 y 118. SCHÜNEMANN, Bern hace referencia igualmente al riesgo de que en todo el territorio de la UE se aplique el ordenamiento penal y procesal penal más punitivo de un Estado miembro, “¿Peligros para el Estado de Derecho a través de la europeización de la administración de justicia penal”, en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., p. 25.

Para acreditar las dificultades que plantea la cooperación judicial penal en la UE resulta suficiente con la lectura de la Comunicación de la Comisión, de 3 de julio de 2007, relativa al “Informe sobre ejecución del Programa de La Haya en 2006”. En la misma se afirma que el nivel de realización del Programa sobre la materia es “insuficiente” y, en general, en este ámbito “se ha progresado lentamente”. Algunos aspectos, incluso, por ejemplo la aplicación de la DM sobre ejecución de resoluciones de embargo preventivo y de aseguramiento de pruebas, “es decepcionante”¹⁰. Igualmente pesimista es el balance de la Comisión en su Comunicación de 28 de junio de 2006 sobre “Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir”. Se afirma en la misma que “las discusiones en el Consejo han mostrado que recientemente está resultando muy difícil avanzar en la UE en áreas tales como el reconocimiento mutuo en asuntos penales y la cooperación policial” o que “no se ha logrado ningún avance en los últimos tres años con respecto a las normas mínimas básicas sobre derechos procesales aplicables en la UE”¹¹.

Por todo ello, y como conclusión a este primer apartado, procede aplaudir la aprobación de la DM 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. Esta DM, que comentaremos, supone un primer paso en el necesario desarrollo de la dimensión de protección de las libertades y derechos en el seno de la cooperación judicial penal en la UE. Decimos que un primer paso, pues, como tendremos ocasión de comprobar, dicha DM tiene un alcance muy limitado.

1.2. El fundamento normativo: el Título VI del TUE y las interferencias

El derecho a la protección de los datos de carácter personal tiene en España un fundamento constitucional. Su art. 18.4 dispone que “la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”¹². En el plano internacional, podemos hacer mención igualmente al art. 8 CEDH, esto es, del derecho a la vida privada, uno de cuyos contenidos es precisamente el derecho a la protección de los datos de carácter personal¹³. No menos importante, por su repercusión en la posterior regulación de la materia por los Estados firmantes, es el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (en adelante Convenio 108).

En el marco del acervo comunitario podemos mencionar en primer término la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación

10. COM (2007) 373 final.

11. COM (2006) 331 final. Se refiere indudablemente a la Propuesta de DM relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE [COM (2004) 328 final].

12. Acerca de los perfiles propios que presenta este derecho en relación al derecho a la intimidad, *vid.* las SSTC 254/1993, de 20 de julio, y 292/2000, de 30 de noviembre, entre otras.

13. *Vid.* al respecto, por ejemplo, la sentencia del TEDH de 4 de diciembre de 2008, asunto *S. y Harper c. Reino Unido*.

de estos datos. Esta Directiva persigue que los Estados miembros garanticen la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales (art. 1.1)¹⁴. El problema reside, en cuanto ahora nos interesa, en su ámbito de aplicación, pues queda fuera del mismo, conforme al art. 3.2, el tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, excluyendo expresamente, por consiguiente, las actividades comprendidas en el Título VI TUE (cooperación judicial y policial en materia penal). La protección de los datos personales en materia de cooperación judicial penal se mantiene, pues, en el ámbito intergubernamental y sujeto a los instrumentos normativos propios del mismo (fundamentalmente las DM), esto es, en lo que se denomina el “Tercer Pilar” del Tratado¹⁵.

Otro tanto ocurre con la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. De forma casi idéntica a la del caso anterior, el art. 1.3 excluye de su ámbito de aplicación las actividades no comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario, con mención expresa de las actividades del Título VI TUE y “en cualquier caso” de las actividades del Estado “en materia penal”¹⁶.

La anterior Directiva es derogada y sustituida por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Como se deduce del encajeamiento de la Directiva y se afirma expresamente en sus considerandos, la razón de la sustitución no es otra que adaptarse al desarrollo de los mercados y de las tecnologías para que el nivel de protección de los datos personales y de la intimidad ofrecido a los usuarios de los “servicios de comunicaciones electrónicas” sea el mismo, “con independencia de las tecnologías utilizadas”, esto es, que sea extensible a las “nuevas tecnologías digitales” (4) y (5). Siendo este el principal motivo de la reforma, no es de extrañar que esta Directiva contenga en su art. 1.3 idéntica exclusión de su ámbito de aplicación a la contenida en la anterior Directiva, es decir, la cooperación judicial penal (Título VI TUE) y expresamente las actividades del Estado en materia penal¹⁷.

14. En el Considerando (10) se insiste en el mencionado objeto de la Directiva con cita expresa del art. 8 CEDH y de los principios generales del Derecho comunitario, sin que la aproximación de las legislaciones nacionales pueda “conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección dentro de la Comunidad”.

15. En concreto, el art. 13.1 de la Directiva prevé que los Estados miembros podrán adoptar “medidas legales” para limitar el alcance de ciertos derechos cuando la limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales (letra d).

16. También en este caso, el art. 14.1 prevé que los Estados miembros podrán adoptar “medidas legales” para limitar el alcance de ciertos derechos cuando la limitación constituya una medida necesaria para la salvaguardia de la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales.

17. El art. 15.1 contiene una referencia muy similar a la recogida en la nota anterior (17) aunque añade que la medida además de necesaria en una sociedad democrática ha de ser proporcionada y apropiada y, además, en relación con la conservación de datos señala expresamente que “los Estados miembros podrán adoptar, entre otras, medidas legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado justificado por los motivos establecidos en el presente apartado”.

Todas las Directivas hasta ahora mencionadas tienen por objeto asegurar una adecuada protección de los datos de carácter personal, pero excluyen de su ámbito de aplicación las actividades relacionadas con la persecución de hechos punibles. Por este motivo llama la atención y, como se verá ha sido objeto de polémica, la aprobación de la Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Llama la atención pues, al margen de su encabezamiento, el objeto de la presente Directiva que no es otro que resolver, precisamente, el problema que se plantea como consecuencia de la diversidad con que las legislaciones de los Estados miembros están abordando las excepciones a los derechos y garantías reconocidos con carácter general cuando se trata de una medida necesaria para la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos.

En efecto, esta última Directiva reconoce en sus considerandos que varios Estados miembros han adoptado legislación que prevé la conservación de datos por los prestadores de servicios para la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos y que “estas disposiciones de las normativas nacionales varían considerablemente” (5)¹⁸. Por si hubiera alguna duda acerca de los verdaderos motivos de su aprobación, el art. 1.1 de la Directiva dispone que la misma “se propone armonizar las disposiciones de los Estados miembros relativas a las obligaciones de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones en relación con la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro”.

En principio hay que valorar muy positivamente el sentido de la Directiva, pues concreta con cierta precisión una serie de cuestiones que, al menos, sirven para satisfacer la exigencia de “calidad” de la previsión legal por la que se producen injerencias en los derechos de los individuos (en el sentido exigido por el TEDH en relación con el art. 8 CEDH). Así, se concreta la categoría de datos que deben conservarse, que en ningún caso puede comprender el contenido de las comunicaciones, se fijan unos períodos mínimos y máximos de conservación, se prevé la existencia de autoridades independientes de control, etc.

Ahora bien, de una lectura de los considerandos citados y, sobre todo, del art. 1.1 nos surge la duda de si no se ha producido una interferencia con las actividades propias del Título VI TUE, esto es, con el ámbito propio de la cooperación judicial y policial en materia penal. Las dudas no son infundadas si nos atenemos al recurso interpuesto por la República de Irlanda solicitando, precisamente, la anulación de la Directiva 2006/24/CE (pretensión que apoya la República Eslovaca).

En sus alegaciones, la República de Irlanda afirma que la elección del art. 95 CE como base jurídica de la Directiva 2006/24/CE constituye un error fundamental, pues el único objetivo o, al menos el objetivo principal o predominante de dicha Directiva es

18. También señala que las diferencias legales y técnicas entre disposiciones nacionales crean obstáculos en el mercado interior de las comunicaciones (considerando 6), pero menciona a continuación una serie de documentos de distintos órganos de la UE donde se subraya que la conservación de estos datos constituye una “herramienta valiosa” especialmente en el ámbito de la criminalidad organizada y el terrorismo (7) y (8).

facilitar la investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales, con inclusión del terrorismo. Por lo tanto, la única base jurídica que puede proporcionar fundamento jurídico válido a las medidas que se recogen en dicha Directiva se encuentra en el Título VI (cooperación en materia penal)¹⁹. En su opinión, las medidas fundadas en el art. 95 CE deben tener por “centro de gravedad” la aproximación de las legislaciones nacionales con objeto de mejorar el funcionamiento del mercado interior y este objetivo tendría en la Directiva 2006/24 carácter meramente secundario²⁰.

Las pretensiones de Irlanda no son atendidas por el TJCE. En su sentencia de 10 de febrero de 2009 desestima el recurso de anulación al considerar que la base jurídica de la Directiva impugnada es correcta. Considera el Tribunal que la elección de la base jurídica de un acto comunitario debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que figuran, en especial, la finalidad y el contenido del acto. El art. 95 CE habilita al Consejo a adoptar las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones normativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, en especial cuando existan disparidades entre las regulaciones nacionales que puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales o crear distorsiones de la competencia afectando directamente al funcionamiento del mercado interior, como es el caso analizado²¹. Además, argumenta el TJCE que conforme al art. 47 TUE ninguna disposición del Tratado CE se verá afectada por una disposición del TUE y, consecuentemente, puesto que la modificación de la Directiva 2002/58/CE, que llevó a cabo la Directiva 2006/24/CE, es competencia de la Comunidad, esta última Directiva no podía basarse en una disposición del TUE sin vulnerar el art. 47 del mismo. Conforme al criterio del contenido material de las disposiciones de la Directiva 2006/24, entiende el TJCE que las mismas se limitan en esencia a las actividades de los prestadores de servicios y no regulan el acceso a los datos ni la explotación de éstos por las autoridades policiales o judiciales de los Estados miembros. Estas últimas cuestiones sí estarían en el ámbito de aplicación del Título VI TUE²².

19. En el trasfondo del recurso se encuentra una iniciativa de Francia, Irlanda, Suecia y Reino Unido presentada al Consejo con vistas a la adopción de una Decisión Marco con el mismo objetivo que la Directiva (documento del Consejo 8958/04, de 28 de abril de 2004).

20. La República Eslovaca añade que la conservación de datos personales exigida por esta Directiva ocasiona una intromisión significativa en el derecho de los particulares al respeto de su vida privada, protegido por el art. 8 CEDH y resulta dudoso que una intromisión tan importante pueda justificarse por motivos económicos, como por un mejor funcionamiento del mercado interior.

21. En opinión del Tribunal de los autos se desprende que las obligaciones relativas a la conservación de los datos tienen implicaciones económicas sustanciales para los prestadores de servicios, en la medida en que pueden conllevar importantes inversiones y costes de explotación. Estas diferencias podían afectar directamente al funcionamiento del mercado interior.

22. Por este motivo no es trasladable, como pretendía Irlanda, el sentido de la sentencia TJCE de 30 de mayo de 2006 que anuló la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la CE y los EE.UU. de América sobre el tratamiento y transferencia de datos de pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras de los EE.UU. y también la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa a la protección de datos personales incluidos en los registros de nombres de pasajeros que se transfieren al Servicio de Aduanas. En esta sentencia el TJCE entendió que las Decisiones no tenían por objeto un tratamiento de datos necesario para realizar la prestación de servicios por parte de las compañías aéreas, pero sí para proteger la seguridad pública y para fines represivos.

Nos ocuparemos básicamente de la normativa que en materia de protección de datos personales en el marco de la cooperación judicial en materia penal se ha adoptado bajo el paraguas del Título VI TUE. En algunos casos estos actos tienen este objetivo principal, como ocurre con la DM 2008/977/JAI, de 27 de noviembre de 2008. En otros, sin tener como objetivo principal la materia que nos ocupa, sí existe una importante repercusión en la misma, y son constantes las referencias hacia ella: Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza; la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust²³.

Antes de concluir este apartado nos gustaría referirnos a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE²⁴, pues dedica expresamente el art. 8 a la “Protección de datos de carácter personal”. Este precepto, tras proclamar en su apartado 1 el derecho de toda persona a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen, expone en el apartado 2, de forma escueta pero indicadora, los principios inspiradores: “estos datos se tratarán, de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernen y a obtener su rectificación”. Por último, impone la existencia de una autoridad independiente que controle el respeto de estas normas. En la medida en que no se ratifique el Tratado de Lisboa (así lo dispone su art. 6.1), la Carta carece de efectos vinculantes, pero resulta frecuente encontrar una mención a la misma en la práctica totalidad de las DM adoptadas en el marco del Título VI TUE, así como criterio interpretativo en numerosas decisiones del TJCE²⁵.

II. EL DECAIMIENTO DE LAS GARANTÍAS SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL MARCO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

Como tendremos ocasión de comprobar, el catálogo de principios inspiradores, garantías y derechos que las diferentes normativas sobre protección de datos recogen, experimenta importantes restricciones cuando se vincula el tratamiento de dichos datos personales con la prevención o la investigación y represión de la delincuencia. Este hecho no es objetable en sí mismo. Los derechos fundamentales no son en su mayoría absolutos, cabe justificar restricciones o limitaciones en los mismos en la medida en que así lo exija un superior interés digno igualmente de tutela constitucional, como es el caso de la persecución de hechos penales en aras de la justicia y para garantizar el respeto del ejercicio de los derechos por los restantes ciudadanos. Algo similar cabe predicar del derecho a la protección de los datos personales. Pero, en igual medida,

23. Acerca de las dificultades que presenta el proceso de toma de decisiones en el marco del Título VI TUE (cooperación judicial y policial en materia penal), es decir, el llamado método del “tercer pilar” *vid.* la Comunicación de la Comisión COM (2006) 331 final.

24. DO C 303, de 14 de diciembre de 2007.

25. *Vid.* al respecto PALAZZO, Francesco: “Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal”, RSC, núm. 1, 2008, p. 2; ALONSO GARCÍA, R.: “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pp. 19-26.

tampoco las restricciones a este derecho pueden ser absolutas y lo que queremos dejar aquí patente es que con frecuencia se olvidan nuestros legisladores de precisar en las normas procesales o en otras las condiciones, bajo qué presupuestos y con qué limitaciones resultan justificadas dichas restricciones.

Si nos atenemos, por ejemplo, a lo dispuesto en la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal, ya su art. 2.2.c) excluye del ámbito de aplicación de la misma los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. La única garantía prevista para estos casos es la comunicación de la existencia de estos ficheros a la Agencia de Protección de Datos. No es ésta la única salvedad al régimen general de tutela del derecho. El consentimiento del afectado para el tratamiento de datos al que alude el art. 6 no es necesario cuando se trata de satisfacer fines policiales, aunque limitado a “aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios” para, entre otros fines, “la represión de infracciones penales” (art. 22.2). La persecución de hechos penales es también motivo de inaplicación del derecho a ser informado (art. 24.1)²⁶ o de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (art. 23.1). Tampoco la cesión o comunicación de los datos está sujeta a la regla general del consentimiento del interesado cuando la misma tenga como destinatario el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas (art. 11.2.d).

Como puede comprobarse, las salvedades al régimen general en materia de protección de datos cuando están relacionadas con la represión de hechos criminales apenas hacen mención a los criterios a que han de subordinarse dichas restricciones. Las más de las veces se limitan a una escueta referencia a que las mismas sean “necesarias”. Sabemos, sin embargo, que el TEDH ha sido muy exigente con el requisito de la previsión legal cuando se trata de la injerencia en el derecho a la vida privada del individuo (art. 8 CEDH), y sobre todo cuando la misma se produce subrepticia o secretamente²⁷. Quizás la única excepción la constituyan los criterios indicativos acerca del plazo de conservación de datos en ficheros policiales. La LO 15/1999 dispone inicialmente que estos datos se cancelarán “cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento”, si bien, a continuación, añade algunos criterios algo más precisos, como la edad del afectado, el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad (art. 22.4).

Si la finalidad de la previsión legal consiste en evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias de los poderes públicos cuando se trata de la restricción del derecho que

26. Este precepto se refería originariamente también a la persecución de infracciones administrativas, sin embargo, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, proclama que sustraer por tal motivo al interesado de información relativa al fichero y sus datos constituía una grave restricción de los derechos a la intimidad y a la protección de datos (f.j. 18).

27. Son numerosos los pronunciamientos en tal sentido del TEDH cuando se ha referido a la interceptación de las comunicaciones telefónicas, pero también en materia de protección de datos personales (huellas dactilares, perfiles de ADN) como es el caso de la reciente sentencia del Tribunal en el caso *S. y Marper c. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2008. En el plano doctrinal destacamos a ROGALL, Klaus: *Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1992.

nos ocupa, se echa en falta una mayor concreción del contenido del derecho pese a dichas restricciones. El Convenio 108 también admite excepciones y restricciones con motivo de la represión de infracciones penales (art. 9). Pero precisamente por ello, considerando estas restricciones, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó un instrumento de complemento de dicho Convenio para estos supuestos. Nos referimos a la Recomendación N° R (87) 15, de 17 de septiembre de 1987, que tiene por objeto regular la utilización de datos personales en el sector de la policía. En dicha Recomendación, además de una específica referencia al art. 8 CEDH, se afirma en su Preámbulo que, considerando las disposiciones del Convenio 108 “y en particular las derogaciones permitidas por el art. 9”, se recomienda a los Estados miembros asegurar la publicidad de lo dispuesto en los mismos y en particular los derechos que su aplicación confiere al individuo. En todo caso, son numerosas las referencias que en la Recomendación se hacen a que se recojan en una “legislación nacional específica” las excepciones a los derechos que se recomiendan en la misma.

III. LA DM 2008/977/JAI, DE 27 DE NOVIEMBRE, Y OTROS INSTRUMENTOS EUROPEOS SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA INVESTIGACIÓN PENAL

Nos ocuparemos en este apartado esencialmente de la mencionada DM, sin olvidar que existen otros instrumentos normativos adoptados, ya sea en el marco del Título VI TUE o no, en materia de investigación penal en el ámbito europeo, pues como tendremos ocasión de comprobar, el ámbito de aplicación de dicha DM contiene numerosas excepciones (Eurojust, Sistema de Información Schengen, Sistema de Información Aduanero, etc.).

3.1. El Programa de La Haya y el “principio de disponibilidad”

El punto de arranque de la DM 2008/977/JAI ha de buscarse en el Programa de La Haya refrendado por el Consejo Europeo celebrado en noviembre de 2004. Para ejecutar dicho Programa la Comisión presentó una Comunicación al Consejo detallando una serie de prioridades, diez, a desarrollar en plazo de cinco años²⁸. En el apartado o prioridad primera, relativa a los “derechos fundamentales y ciudadanía”, se afirma, entre otras consideraciones, que “se debe prestar especial atención a la protección de los datos personales, cuyo carácter de derecho fundamental con entidad propia, distinto del derecho a la intimidad, se reconoce en la Carta de derechos fundamentales y en la Constitución”. En la prioridad sobre la lucha contra el terrorismo se subraya el carácter crucial de la cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros, “especialmente a la hora de intercambiar información pertinente para la investigación de actividades terroristas”.

Pero es fundamentalmente en la prioridad séptima, titulada “Encontrar el equilibrio adecuado entre la protección de la vida privada y la seguridad al compartir

28. Que lleva por título “Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” [COM (2005) 184 final]. El Programa de La Haya sitúa como alta prioridad en la agenda de la UE el “espacio de libertad, seguridad y justicia” y supone “el fin de un ciclo” (se refiere al Programa de Tampere) y “el principio de uno nuevo”.

información”, cuando se relacionan, por un lado, el principio de disponibilidad y, por otro lado, la necesaria protección de los datos de carácter personal. Esta prioridad subraya que el intercambio de información resulta esencial en la lucha eficaz contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza. Ahora bien, se añade, este intercambio de información no es admisible ilimitadamente, sino en el marco de un equilibrio adecuado entre seguridad y vida privada: “respetando plenamente los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos, así como el principio de disponibilidad de la información”. En este contexto, se concreta lo que ha de entenderse por *principio de disponibilidad*: “las autoridades de un Estado miembro pondrán a disposición de las autoridades de otro Estado miembro la información que necesiten a efectos represivos, bajo ciertas condiciones”²⁹.

Con todo, podemos retrotraernos unos años para encontrar esta misma vinculación entre intercambio de información en la represión de hechos criminales y protección de datos personales. Nos referimos al Convenio sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, de 29 de mayo de 2000. Dicho Convenio dedica el Título IV, aunque con un solo artículo, a la protección de datos de carácter personal³⁰.

3.2. Ámbito de aplicación de la DM 2008/977/JAI

El objeto de la DM es realmente loable. “Para garantizar la protección de los datos personales sin comprometer el resultado de las investigaciones penales, es necesario definir los derechos del interesado”. La citada proclama recogida en el considerando (28) constituye el eje sobre el que debería girar la DM. Tal como hemos anticipado anteriormente, ocurre que con frecuencia la normativa sobre protección de datos incorpora excepciones o limitaciones en el catálogo de derechos y garantías cuando entra en juego el interés público en la persecución de hechos penales. Pero a continuación poco más se añade acerca de la concreta situación del afectado y los mecanismos de reacción o defensa y los límites a las limitaciones o excepciones que se imponen sobre aquél. En la medida en que un derecho fundamental no es absoluto y admite restricciones justificadas, tampoco las restricciones pueden ser absolutas.

En tal sentido, el art. 1.1 DM afirma que el objetivo de la misma consiste en garantizar un alto nivel de protección de los derechos y libertades fundamentales de las personas y en particular su derecho a la intimidad en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

29. En el mismo apartado se perfila esta finalidad al afirmar que la Comisión presentará propuestas, “entre ellas la posibilidad de consultar recíprocamente las bases de datos de los Estados miembros”. En otro documento (Comunicación) presentada por la Comisión y titulado “Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir” se dice que la Comisión “cree firmemente que, en paralelo al avance en el intercambio de información, es imprescindible avanzar en la protección de datos en el ámbito de la cooperación policial y judicial” con una legislación sobre la materia que “garantice un alto nivel de protección de los datos personales en todos los Estados miembros” [COM (2006) 331 final].

30. DO C 197, de 12 de julio de 2000. En el Informe Explicativo del mismo (DO C 379, de 29 de diciembre de 2000) se dice acerca de dicho Título IV que “es la primera vez que un convenio sobre cooperación judicial en materia penal incluye normas de protección sobre el intercambio de datos entre dos o varios Estados miembros”.

En efecto, se reconocen en dicha DM una serie de garantías y derechos vinculados a la protección de datos personales (principios informadores, plazos de conservación de datos, derechos de información, acceso, rectificación, etc.). Sin embargo, pese al encabezamiento de la DM, su ámbito de aplicación no se extiende a todo el abanico de cooperación judicial y policial en materia penal. Aunque el objetivo de este primer precepto se extiende a la protección de datos en el marco del Título VI TUE, tenemos que acudir al antepenúltimo de los preceptos de la DM (art. 28) para aclarar cuál es su verdadero ámbito de aplicación. Conforme a dicho precepto, cuando algún acto adoptado en virtud del Título VI antes de la entrada en vigor de la presente DM y que regule el intercambio de datos personales entre Estados miembros o el acceso a sistemas de información, contempla disposiciones específicas sobre protección de datos, “éstas primarán” sobre las disposiciones de la presente DM.

La primera consecuencia a resaltar, por tanto, es la inexistencia de un régimen jurídico unificado en materia de protección de datos en el marco de la cooperación penal del Título VI. Hubiera sido deseable, de conformidad con lo previsto en el art. 1.1 DM (“garantizar un alto nivel de protección”), unificar el régimen de protección de datos optando, a ser posible, por el nivel más elevado de los distintos existentes³¹. El articulado de la DM no concreta qué actos adoptados en el marco del Título VI TUE quedan excluidos. El considerando (39) sí lo hace. Expresamente se dice en el mismo que la presente DM no afecta a las disposiciones sobre protección de datos que rigen el funcionamiento de Europol, Eurojust, el Sistema de Información de Schengen (SIS)³² y el Sistema de Información Aduanero ni a las disposiciones contenidas en la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008, sobre transferencia automatizada de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y datos de registros nacionales de matriculación de vehículos. Pero el mencionado considerando condiciona la exclusión a que la regulación sobre protección de datos sea más detallada que la de la presente DM³³.

3.3. Algunas garantías sobre protección de datos

Con carácter previo al análisis de ciertas garantías recogidas en la DM que nos ocupa y en otros actos normativos, procede adelantar que, de conformidad con el art. 1.5, nada obsta a que los Estados miembros puedan establecer, para la protección de los datos personales recopilados o tratados a nivel nacional, garantías mayores a las establecidas en dicha DM. Como tendremos ocasión de comprobar, son numerosas las

31. Aunque se refiera al principio de reconocimiento mutuo, en concreto su aplicación en materia de obtención de pruebas, la Comisión se queja de que en el marco de la cooperación judicial penal se alcanzan, en ocasiones, acuerdos “sobre la base del mínimo común denominador”, lo cual resulta insatisfactorio: Comunicación de la Comisión COM (2006) 331 final, de 28 de junio de 2006, “Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir”.

32. La DM cuando todavía era una propuesta no excluía de su ámbito de aplicación el SIS y se proponía que las disposiciones sobre protección de datos aplicables conforme a la regulación del SIS fueran sustituidas [COM (2005) 475 final].

33. Con el mismo tenor, el considerando (40), con referencia a otros actos adoptados en virtud del Título VI que dispongan sobre protección de datos, condiciona la exclusión del ámbito de aplicación de la DM a que las disposiciones contenidas en los primeros en relación al uso y transmisión de datos personales sean más estrictas que las previstas en la presente DM.

ocasiones en que la DM se remite al “Derecho nacional” para condicionar el ejercicio de determinados derechos o imponer limitaciones al tratamiento de datos personales.

También con carácter general conviene resaltar que la DM resulta de aplicación al tratamiento automatizado como no automatizado, total o parcial, de datos personales que formen parte o esté previsto que vayan a formar parte de un fichero (art. 1.3). Resulta incuestionable que mediante esta previsión la DM ha pretendido que no queden excluidos del ámbito de tutela de la DM los datos personales por la naturaleza del tratamiento a que son sometidos o porque el tratamiento de los mismos no sea uniforme³⁴.

3.3.1. La previsión de autoridades de control independientes

Para asegurar la efectividad del régimen de protección de los datos personales, suele ser habitual que los instrumentos normativos sobre la materia, tanto a nivel nacional como supranacional, establezcan la constitución de autoridades independientes que velen por la correcta aplicación de dicho régimen³⁵. La Recomendación N° R (87) 15, sobre utilización de datos personales en el ámbito de la Policía, por ejemplo, dedica el primero de los principios a dicha cuestión y dispone que cada Estado miembro debe disponer de una autoridad de control independiente y ajena a la Policía, encargada de velar por el respeto de los principios enunciados en dicha Recomendación.

La DM que nos ocupa no constituye una excepción, y en su considerando (33) se afirma que la creación en los Estados miembros de autoridades de control que ejerzan sus funciones con plena independencia constituye un aspecto esencial de la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial entre dichos Estados. En consonancia con lo señalado, su art. 25.1 prevé que cada Estado miembro disponga de “una o más autoridades” independientes en el ejercicio de sus funciones que consistirán en “asesorar y vigilar la aplicación de las disposiciones que los Estados miembros hayan adoptado en aplicación de la presente DM”. Estas funciones de asesoramiento y vigilancia pueden ser asumidas por las autoridades de control ya existentes en los Estados miembros en virtud de la Directiva 95/46/CE³⁶.

Las funciones que pueden atribuirse a estas autoridades independientes de control son amplias. Pueden tener funciones consultivas con carácter previo al tratamiento de

34. El Convenio 108, que se refiere al tratamiento automatizado de datos, prevé en su art. 3.2.c) que los Estados firmantes puedan en cualquier momento hacer saber que se aplicará también dicho Convenio a los ficheros de datos personales que no sean objeto de tratamiento automatizado. La Recomendación N° R (87) 15, sobre utilización de datos personales en el ámbito de la policía, también limita su ámbito de aplicación a los datos personales tratados automatizadamente. Sin embargo, también se dispone que los Estados miembros pueden extender los principios contenidos en la misma a los datos personales que no sean objeto de tratamiento automatizado. Es más, se afirma que el tratamiento no automatizado no puede ser admitido cuanto tiene por finalidad eludir la aplicación de la citada Recomendación.

35. SERRANO PÉREZ, M.M.: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Madrid: Civitas, 2003, pp. 461 y ss.; REBOLLO DELGADO, L.: *Derechos fundamentales y protección de datos*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 166 y ss.

36. Así se recoge en el considerando (34). La existencia de autoridades de control está prevista en el art. 28 de la mencionada Directiva. En la LO 15/1999, los arts. 35 y ss. se refieren a la Agencia de Protección de Datos.

datos personales que formen parte de un nuevo sistema si estos datos son reveladores del origen racial o étnico, de opiniones políticas, de convicciones religiosas o filosóficas, de afiliación sindical, relativos a la salud o a la vida sexual; o cuando el tipo de tratamiento, en particular mediante tecnologías, mecanismos o procedimientos nuevos, entrañe otro tipo de riesgos específicos para los derechos fundamentales (art. 23). En cuanto a las funciones de control o vigilancia, se les puede atribuir poderes para ordenar el bloqueo, la supresión o la destrucción de datos, prohibir provisional o definitivamente un tratamiento, etc. (art. 25.2.b). También dispondrán de capacidad para actuar en caso de infracciones a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente DM o de poner dichas infracciones en conocimiento de la autoridad judicial (art. 25.2.c)³⁷. Para poder hacer efectivas estas funciones, la autoridad de control dispondrá de poderes de investigación, como el derecho de acceder a los datos que sean objeto de tratamiento y el de recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de su misión de control (art. 25.2.a).

De forma similar a la indicada, la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, de 12 de junio de 2007, sobre el Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II), contiene un régimen de sometimiento al control de autoridades independientes, pero en un doble plano atendiendo a la particular arquitectura de dicho sistema. Por un lado, una autoridad independiente “nacional” de control se encargará de supervisar la legalidad del tratamiento de los datos personales del SIS II dentro de su territorio y a partir de él (art. 60.1) y, por otro lado, corresponderá al Supervisor Europeo de Protección de Datos controlar que las actividades de tratamiento de datos personales de la “Autoridad de Gestión” sean conformes a dicha Decisión (art. 61.1)³⁸. También la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust prevé un sistema dual de control por autoridades independientes. Por un lado, Eurojust dispondrá de un responsable de protección de datos que será un miembro designado específicamente para esta tarea y que en el ejercicio de sus funciones no recibirá ninguna instrucción (art. 17). Por otro lado, se constituye una Autoridad Común de Control externo, es decir, compuesto por jueces o personas independientes que no pertenezcan a Eurojust (art. 23)³⁹. Más parcas son las referencias contenidas en la Decisión 2008/615/JAI, sobre cooperación transfronteriza en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, a la intervención de autoridades de control independientes⁴⁰.

37. De conformidad con los art. 17 y 18 DM, los derechos de acceso, rectificación, supresión o bloqueo se pueden ejercitar directamente ante el responsable del tratamiento o por mediación de la autoridad de control. Si el responsable del tratamiento denegare el acceso, se ha de poner en conocimiento del interesado que “puede recurrir ante la autoridad nacional de control” o los juzgados o tribunales competentes (art. 17.3).

38. A la Autoridad de Gestión le compete la gestión operativa del Sistema Central (art. 15), cuya unidad de apoyo técnico se encuentra en Estrasburgo, aunque existe una copia de seguridad en una localidad austriaca.

39. A ambos les corresponde velar por la adecuación del tratamiento de los datos a lo previsto en la Decisión y tienen acceso a todos los datos, ficheros y locales de Eurojust.

40. El art. 31 prevé que los Estados garanticen en caso de lesión de los derechos a la protección de datos del interesado, la presentación de una queja ante un tribunal o ante una autoridad de control independiente.

3.3.2. Principios de licitud, proporcionalidad y finalidad

En consonancia con lo que viene siendo habitual en materia de protección de datos, las autoridades competentes solo podrán recoger datos personales con fines determinados, explícitos y legítimos en el marco de sus funciones y sólo podrán tratarlos para el mismo fin con el que se hayan recogido (art. 3.1). La recopilación de los datos ha de ser para fines determinados, sin mayor concreción. La DM hace referencia a una serie de fines genéricos: prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o ejecución de sanciones penales (art. 1.2)⁴¹. En cuanto al posterior tratamiento, se admite como excepción que lo sea para fines distintos en la medida en que: a) el tratamiento no sea incompatible con los fines para los que se recogieron; b) las autoridades estén autorizadas para ello; y c) el tratamiento sea necesario y proporcionado a ese fin (art. 3.2). Los fines distintos de los originarios se especifican en el art. 11 cuando el tratamiento de los datos en estos casos se haga por las autoridades de otro Estado miembro⁴². De cumplirse las condiciones previstas en el art. 13 los datos transmitidos o puestos a disposición por un Estado miembro pueden ser transmitidos por otro Estado miembro a un tercer Estado u organismo internacional. Incluso cabe la posibilidad de transmisión a particulares si ello resulta esencial (art. 14)⁴³.

En el marco también de los principios se dispone que el tratamiento de los datos deberá ser lícito y adecuado, pertinente y no excesivo con respecto a los fines para los que se recojan (art. 3.1). Nos encontramos ante una manifestación clara del principio de proporcionalidad. No se mencionan, en cambio, criterios indicadores de la medida de la proporcionalidad, por ejemplo, la gravedad de las infracciones penales. Resultaría más adecuado, a nuestro juicio, si la DM se hubiera hecho eco de una serie de apreciaciones o criterios que sí se recogían en la Propuesta de DM [COM (2005) 475 final]. Por ejemplo, clasificar los datos según su grado de exactitud y fiabilidad [que los basados en hechos se distingan de los basados en apreciaciones u opiniones personales (art. 4.1)] o la obligación de distinguir claramente entre datos relativos a personas meramente sospechosas de participar en un delito; a personas ya condenadas; a personas de las que se sospeche fundadamente que cometerán un delito; a personas consideradas víctimas o testigos o personas que no pertenezcan a ninguna de las categorías mencionadas (art. 4.3)⁴⁴.

41. La Recomendación N° R (87) 15 hace una mayor precisión en la medida en que condiciona la recopilación de datos a que sean necesarios para la prevención de "un peligro concreto" o para la represión de "una infracción penal determinada" (principio 2.1).

42. Prevención y represión de infracciones penales distintas, otros procedimientos judiciales y administrativos directamente relacionados, prevención de amenazas inmediatas y graves a la seguridad pública o cualquier otro fin con el consentimiento previo del Estado transmisor o del interesado.

43. Se refiere, por ejemplo, al cumplimiento de funciones legalmente asignadas. No concreta el articulado de la DM qué ha de entenderse por particulares, pero el considerando (18) dispone que por tales no han de entenderse los abogados o víctimas.

44. Similares criterios para diferenciar los datos se recogen en la Recomendación N° R (87) 15 (principio 3) o en la Decisión 2002/187/JAI sobre Eurojust (art. 15). Este último precepto alcanza a concretar qué tipo de datos personales se pueden tratar en un caso (personas objeto de actuaciones penales) o en otro (testigos o víctimas).

3.3.3. Rectificación, supresión y bloqueo de los datos

La DM se ocupa de la rectificación, supresión y bloqueo de datos desde una doble perspectiva: como obligación impuesta a los responsables del tratamiento (art. 4) y como derechos que pueden ser ejercitados por el interesado (art. 18). La rectificación procede cuando los datos sean incorrectos, pero comprende también la actualización o complemento. La supresión o disociación procede cuando ya no sean necesarios para los fines para los que fueron recogidos o legalmente tratados con posterioridad. En lugar de suprimirse, los datos pueden ser bloqueados si existen razones justificadas para suponer que la supresión pueda perjudicar los intereses legítimos del interesado. Desde la perspectiva del interesado, los Estados miembros han de concretar si aquél puede invocar estos derechos directamente ante el responsable del tratamiento o por mediación de una autoridad de control independiente. Si se deniega la rectificación, supresión o bloqueo, se ha de comunicar por escrito la misma al interesado, así como las posibilidades de reclamación o recurso (art. 18.1).

Se deja, sin embargo, a la libre discrecionalidad de los Estados miembros fijar los plazos a efectos de la supresión de datos personales o de la comprobación periódica de la necesidad de su conservación (art. 5). Tampoco se acompaña el pronunciamiento de mayores precisiones que serían deseables, como las recogidas en el art. 22.4 LO 15/1999 o la Recomendación Nº R (87) 15 (principio 7): edad del afectado, carácter de los datos conservados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolución, el indulto, la prescripción de la responsabilidad, etc.

3.3.4. Derechos de acceso e información al interesado

Ambos derechos están interrelacionados. El interesado tiene derecho a ser informado de la recopilación o tratamiento de sus datos personales por las autoridades competentes. Sin embargo, se realiza una remisión al Derecho nacional (art. 16.1). Este derecho puede excepcionarse, pues conforme al apartado siguiente el Estado transmisor de los datos puede pedir a otro Estado miembro que se abstenga de informar al interesado. Se echan en falta, también aquí, mayores precisiones acerca de los casos en que se puede limitar el derecho a ser informado.

En cuanto al derecho de acceso, todo interesado que lo solicite tendrá derecho a obtener al menos la confirmación, por parte del responsable del tratamiento o de la autoridad nacional de control, de que se han transmitido o puesto a disposición datos que le conciernen, e información sobre los destinatarios a quienes se han remitido (art. 17.1). Pero también en este caso pueden los Estados miembros adoptar medidas legislativas para limitar el acceso en determinados casos, por ejemplo, si ello resulta necesario y proporcionado para evitar que se obstaculicen investigaciones o procedimiento jurídicos; o para evitar que se obstaculice la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales (art. 17.2).

EGUZKILORE

Número 23.
San Sebastián
Diciembre 2009
367 - 374

AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN EL ORDEN PENAL Y MEJORA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Alberto SAIZ GARITAONANDIA

Doctor en Derecho.
Prof. Agregado de Derecho Procesal UPV-EHU.

Sumario:

1. Introducción.
2. Las actuales competencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el orden penal.
3. La necesidad de implementar una segunda instancia penal a la luz del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
4. El agotamiento de las instancias procesales ante órganos judiciales de la Comunidad Autónoma y las competencias penales de los Tribunales Superiores de Justicia.
5. Algunas propuestas de reforma relativas al elenco funcional de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el orden penal.

1. INTRODUCCIÓN

La Administración de Justicia se encuentra inmersa actualmente en un importante proceso de renovación de su estructura gerencial de cara a la modernización de la misma. En este sentido, el diseño e implementación de la nueva oficina judicial¹ busca como su objetivo más notorio una renovación del aparato burocrático al servicio de dicho Poder de cara a la optimización de sus medios personales y materiales y, con ello, la consecución de una mejora global de la Administración de Justicia.

1. Ver las recientes Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Oficina judicial, y Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En nuestra opinión dicho motivo no oculto –la regeneración y avance de la Administración de Justicia– debe impregnar todas las iniciativas tocantes al Poder Judicial que, si bien no puede olvidar en ningún caso su componente de Poder del Estado, tampoco debería eludir su naturaleza de servicio público cuya misión se incardina hacia un componente prestacional para los ciudadanos.

Esta doble sustancia de la Administración de Justicia –su caracterización como Poder del Estado y su naturaleza de servicio público– exige en el momento de desarrollar cualquier iniciativa legislativa relativa al Poder Judicial una profunda reflexión en aras a lograr un equilibrio entre ambas. Así, nunca podríamos aceptar un proceso que, con el fin de acortar su duración y dar una respuesta más rápida a los afectados, dejase mermados los derechos de las partes o debilitase la imparcial posición del juzgador. De la misma forma –y a pesar de que esta cuestión debe ser abordada con cautela–, no deberíamos dar por bueno un procedimiento cuya resolución final se dilate tanto en el tiempo que la misma, por tardía, ya no satisfaga ni siquiera al supuesto beneficiado por la resolución judicial.

En el contexto marcado por dichas coordenadas la maximización de la normativa procesal y los medios orgánicos ya existentes se erige como la alternativa más idónea ante la propuesta de grandes modificaciones de calado que afecten a la planta judicial en su conjunto. En esta línea se encuentra la propuesta que realizaremos a continuación, que insta a aprovechar la potencialidad de un órgano infrautilizado como es la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia de cara a liberar los saturados archivos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, de esta forma, conseguir una más rápida y cercana resolución de los recursos². Además, tal y como se expondrá, esta propuesta viene a colmar las exigencias del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en relación con la necesaria revisabilidad de las sentencias penales y, por otro lado, cumple las premisas del art. 152.1 CE relativas al agotamiento de las sucesivas instancias procesales ante órganos situados en el mismo territorio que el que conoció la primera instancia.

2. LAS ACTUALES COMPETENCIAS DE LAS SALAS DE LO CIVIL Y PENAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN EL ORDEN PENAL

Una primera aproximación al ámbito competencial penal de los Tribunales Superiores nos permite apreciar la escasa utilización de estos órganos jurisdiccionales, hecho éste que viene refrendado por los diferentes datos estadísticos, que señalan a la Sala Civil y Penal de dichos Tribunales como el órgano con menor volumen de trabajo de todo el Poder Judicial³.

2. No nos extenderemos sobre la diferente carga de trabajo que soportan uno y otro órgano; sobre la cuestión puede analizarse CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “La Justicia dato a dato. Año 2008”, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

3. Como ejemplo podemos tomar los datos referidos a la Comunidad Autónoma de Euskadi, cuya Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia ingresó 44 y 54 asuntos en los años 2006 y 2007 respectivamente (Fuente: “Memoria del Observatorio Vasco de la Administración de Justicia 2007, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, 2008, p. 16).

Así, de cara al conocimiento del elenco funcional de la Sala Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia debemos acudir al art. 73.3 LOPJ, según el cual esta conocerán:

- El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reserven al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia⁴.
- La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma⁵, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.
- El conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, así como el de aquellos previstos por las leyes.

Como se puede comprobar, las dos primeras competencias vienen referidas a personas que serán enjuiciadas por el Tribunal Superior debido a su especial aforamiento, lo que permite intuir el escaso número de asuntos que entrarán en el ámbito de enjuiciamiento del órgano en cuestión por estos motivos. Es por ello por lo que debemos detenernos en la última de las arriba expuestas, pues gracias a ella este órgano jurisdiccional puede ganar un importante espacio competencial.

En todo caso, debemos adelantar que a día de hoy el alcance de dicho precepto es muy limitado ya que, a pesar de su apariencia genérica, por medio del mismo la Sala Civil y Penal de los máximos órganos judiciales en las Comunidades Autónomas solamente asume el conocimiento de unos muy específicos recursos de apelación establecidos en el art. 846 bis a) LECrim para el ámbito estricto del Tribunal del Jurado, a saber:

- En conocimiento de las apelaciones presentadas contra los autos dictados por el Magistrado-Presidente, cuando éstos se dicten “resolviendo cuestiones a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado⁶, así como en los casos señalados en el artículo 676 de la presente Ley⁷”.

4. Evidentemente, sobre la cuestión habrá que estar a lo que digan las diferentes normas constitutivas autonómicas que, con excepciones, acogen el aforamiento de los miembros de las Cámaras autonómicas y de los Presidentes y demás miembros de los Gobiernos territoriales. Por otro lado, los distintos Defensores del Pueblo de cada una de las autonomías también se ven beneficiados por este fuero especial ex art. 1.1 de la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, por la que se regulan las relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas (Alberto SAIZ GARITAONANDIA, “La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 324-331).

5. Para la instrucción de las causas previstas en los dos primeros supuestos es de destacar que la Ley establece que “se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarlas” (art. 73.4 LOPJ).

6. El art. 36 LOTJ recoge las cuestiones previas que las partes pueden suscitar antes de la iniciación del juicio oral. Entre las mismas podemos encontrar los llamados artículos de previo pronunciamiento del art. 666 LECrim, además de otras relativas a la corrección del procedimiento y el objeto del proceso. Todas estas cuestiones deben ser resueltas por medio de auto emitido por el Magistrado-Presidente, que se constituye como la resolución recurrible en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia ahora analizada.

7. El art. 676 LECrim no guarda relación con el Tribunal del Jurado, pues establece que contra el auto emitido por la Audiencia Provincial –que no el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado– al resolver deter-

- En conocimiento de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia, en el ámbito de la Audiencia Provincial, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado⁸.

Es conveniente aquí realizar una pequeña reseña en relación con el organigrama competencial penal. En resumen, por lo que aquí puede interesar –y dejando a un lado la posible competencia del Tribunal del Jurado–, en el orden jurisdiccional penal las Audiencias Provinciales asumen el enjuiciamiento en primera instancia de las causas por delitos a los que la Ley atribuya una pena privativa de libertad de duración superior a cinco años, además del conocimiento de los recursos establecidos por la legislación procesal contra las resoluciones emitidas por los Juzgados de Instrucción, de lo Penal, de Menores, de Violencia sobre la Mujer y de Vigilancia Penitenciaria sitos en su provincia⁹.

Teniendo estos datos en cuenta, es evidente que el grueso de las potenciales funciones penales que pueden ser asumidas por el Tribunal Superior vendría constituido por el conocimiento generalizado de las apelaciones contra las sentencias emitidas en primera instancia por parte de las Audiencias Provinciales situadas en su territorio. De esta forma se lograría, a su vez, descongestionar la vía casacional que, con un peculiar sentido de segunda instancia, viene siendo utilizada contra numerosas resoluciones emitidas por las Audiencias Provinciales, saturando así la Sala Segunda del Tribunal Supremo y retrasando la conclusión definitiva de muchos asuntos.

...
minados artículos de previo pronunciamiento del art. 666 LECrim en el marco del procedimiento ordinario, cabrá recurso de apelación ante el Tribunal Superior. Según Montero, el objetivo de este precepto era el de “quitar trabajo a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo... aunque ello sea a costa de destruir el sistema de recursos del proceso ordinario por excelencia”; añadiendo que “lo más grave es que esta reforma carece de utilidad... porque en la realidad judicial los artículos de previo pronunciamiento se alegan raras veces y, por tanto, el número de recursos contra el auto que los resuelve es reducidísimo” (en Juan MONTERO AROCA y Juan-Luis GÓMEZ COLOMER –coords.–, “Comentarios a la Ley del Jurado”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 903).

8. El recurso de apelación arriba mencionado sólo puede fundarse en los motivos expresamente establecidos en el art. 846 bis c) LECrim, por lo que no se permite un nuevo juicio, ya que se impide una segunda instancia que posibilite el análisis de nuevo material probatorio. En opinión de la doctrina, dicha medida fue tomada para impedir que por medio de la apelación se desvirtuase el trabajo realizado por el Jurado en el juicio de instancia (MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO, BARONA VILAR, “Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal”, 15ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 651; Marco Antonio VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, “La apelación de la sentencia en el juicio con jurado [Estudio del recurso establecido por la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado]”, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 101; David ARIAS LOZANO, en Andrés DE LA OLIVA SANTOS –coord.–, “Comentarios a la Ley del Jurado”, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 713; Juan MONTERO AROCA, “Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado”, Ed. Comares, Granada, 1996, p. 145).

9. Es el art. 14.3 LECrim el que indica que será competencia de los Juzgados de lo Penal “el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionados con aquéllos”.

3. LA NECESIDAD DE IMPLEMENTAR UNA SEGUNDA INSTANCIA PENAL A LA LUZ DEL ART. 14.5 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

En conexión con lo ya apuntado, hemos de recordar que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que las resoluciones de fondo tomadas en el ámbito jurisdiccional penal sean revisables por un órgano superior al juzgador de instancia¹⁰. Dicho Pacto fue ratificado por España en 1977, por lo que su contenido debe informar la legislación española, que se interpretará de conformidad con el mismo (art. 10.2 CE¹¹).

La mencionada exigencia impuesta por el Pacto en torno a la revisabilidad de las resoluciones penales emitidas en primera instancia venía siendo salvada en el ordenamiento interno estatal por medio del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, camino éste utilizado para impugnar las sentencias evacuadas en instancia tanto por la Sala Penal de la Audiencia Nacional como por las Audiencias Provinciales. No obstante, en un importante Dictamen del año 2000 el Comité de Derechos Humanos¹² dejó sentado que dicho sistema no sacia las exigencias del citado art. 14.5 PIDCP pues, según se argumenta, la casación no permite un reexamen íntegro de la causa de instancia al encontrarse su interposición limitada a determinados aspectos formales de la sentencia.

Una vez recibido el Dictamen, y tras encontrar reflejo el mismo en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia¹³, el legislador implementó las modificaciones oportunas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para que la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia pudiera conocer las apelaciones contra las resoluciones de las Audiencias de su Comunidad Autónoma¹⁴. No obstante, dicha disposición no podrá “activarse” hasta que se produzcan las enmiendas procesales necesarias en

10. Art. 14.5 PIDCP: “Toda persona declarada culpable en un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo previsto en la ley”.

11. Art. 10.2 CE: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

12. Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 20 de julio de 2000; el Comité concluyó que por medio de la casación establecida en la regulación española para el orden penal no se permite un reexamen íntegro de la causa, ya que su interposición queda limitada a aspectos formales de la sentencia. Sobre este tema, ver Iñaki ESPARZA LEIBAR y José Francisco ETXEBERRIA GURIDI, en AA.VV., “Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático”, (Dir. Iñaki Lasagabaster), Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 223-224; y Enrique BACIGALUPO ZAPATER, “Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas (desde la perspectiva del orden jurisdiccional penal), en *La posición del Tribunal Supremo en el Estado autonómico*, Ed. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2008, p. 54.

13. Punto III del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia.

14. También se estableció la creación de la Sala de Apelaciones en la Audiencia Nacional (art. 64 bis LOPJ).

sede de Ley de Enjuiciamiento Criminal que permitan el desarrollo normativo de dicho recurso en el contexto meritado¹⁵.

4. EL AGOTAMIENTO DE LAS INSTANCIAS PROCESALES ANTE ÓRGANOS JUDICIALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA Y LAS COMPETENCIAS PENALES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar que el artículo 152.1 de la Constitución española establece que el Tribunal Superior de Justicia culmina “la organización judicial en la Comunidad Autónoma”, indicando además que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia”.

Dejando a un lado el ampliamente superado debate sobre la naturaleza estatal o autonómica de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁶, creemos necesario reflexionar sobre la mención relativa al agotamiento de las instancias procesales en órganos radicados en el mismo territorio que el tribunal de instancia y las posibles implicaciones que esta cuestión puede tener en el potencial elenco competencial de los Tribunales Superiores en el orden penal.

En el sentido anterior, parece evidente que la dicción constitucional no puede implicar que el Tribunal Superior sea el órgano ante el que deban presentarse los recursos contra todas las resoluciones judiciales emitidas por órganos de instancia en la Comunidad Autónoma de referencia¹⁷, pues lo contrario nos llevaría al sinsentido de, por ejemplo, ver cómo un recurso de apelación contra una sentencia de un Juzgado de Paz debe ser conocido por el más alto órgano jurisdiccional del territorio autonómico, obviando la existencia de otros destacados juzgados y tribunales que se encuentran entre ambos en el organigrama judicial de los distintos órdenes.

No obstante, si nos centramos en el orden penal y conectamos el agotamiento de las instancias procesales en órganos radicados en la Comunidad Autónoma del art. 152.1 CE con el arriba mencionado art. 14.5 PIDCP y la interpretación de éste dada

15. De hecho, y tal y como su propio nombre indica, la arriba expuesta era una de las más importantes medidas del Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal. No obstante, dicho Proyecto de Ley caducó tras la conclusión de la VIII Legislatura sin que se tomara decisión expresa sobre el mismo, por lo que a día de hoy se debería presentar un nuevo Proyecto con esos contenidos en sede parlamentaria.

16. Alberto SAIZ GARITAONANDIA, “La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma”, op. cit., pp. 253-256; Rafael ENTRENA CUESTA, “Comentario al artículo 152 CE”, en *Comentarios a la Constitución*, Dir. Fernando Garrido Falla, 3ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001, pp. 2588-2592. José María ASENCIO MELLADO, “Competencias en los órdenes civil y penal”, en *Revista del Poder Judicial*, n° especial XVI, 1990, p. 160; Juan MONTERO AROCA, “Comunidad Valenciana y Administración de Justicia”, en *Revista Valenciana d’Estudis Autonòmics*, 1997, n° 18, p. 14.

17. Y ello por mucho que de algunos textos estatutarios, como el vasco, pueda suponerse lo contrario (en el sentido anterior, recordemos que según el art. 34.1 EAPV “la organización de la Administración de Justicia en el País Vasco, que culminará en un Tribunal Superior con competencia en toda la Comunidad Autónoma y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales, se estructurará de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”).

por el Comité de Derechos Humanos nos encontramos como conclusión lógica que los posibles recursos ordinarios contra las sentencias emitidas en primera instancia por las Audiencias Provinciales deberían ser conocidos indefectiblemente por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, pues en la actualidad es el único órgano ubicado en la misma Comunidad Autónoma situado en una posición superior a la de dichas Audiencias desde el punto de vista del organigrama judicial¹⁸. O eso o creamos unos órganos *ad hoc* situados entre ambos para que realicen dicha función.

De esta forma, la asunción por parte de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de los recursos de apelación contra las sentencias penales emitidas en primera instancia por las Audiencias Provinciales de cada autonomía se configura no ya sólo como una cuestión de oportunidad política o de conveniencia práctica, sino también como un imperativo de cara al cumplimiento de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado, puesto que lo contrario implicaría hacer oídos sordos al ya reiterado Dictamen del Comité de Derechos Humanos en relación con el contenido del art. 14.5 PIDCP y la necesaria posibilidad de un reexamen del fallo condenatorio y la pena.

5. ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA RELATIVAS AL ELENCO FUNCIONAL DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN EL ORDEN PENAL

Hasta aquí hemos razonado los motivos que nos llevan a sugerir la conveniencia –e incluso la necesidad– de otorgar a la Sala Civil y Penal de los Tribunales Superiores la competencia sobre los recursos de apelación contra las sentencias penales de instancia dictadas por las Audiencias Provinciales. No obstante, no podemos dejar pasar esta oportunidad para reflexionar someramente sobre otras posibles funciones que dicha Sala pudiera asumir en el orden penal, siempre que, en todo caso, generaran un beneficio en el funcionamiento de la Administración de Justicia y tuvieran un sustento legal de cara a su implementación.

Desde la perspectiva anterior, y considerando su especial naturaleza, creemos que no existiría problema legal alguno para que los Tribunales Superiores de Justicia asumieran la competencia para conocer los juicios de revisión contra las sentencias emitidas por los órganos penales situados en su Comunidad Autónoma¹⁹, lo que ayudaría a su vez a descargar esta competencia de las funciones actuales que ostenta la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Por otro lado, debemos recordar que un importante número de delitos no tiene acceso al recurso de casación, por lo que sobre los mismos no se realiza la función unificadora propia de dicho medio impugnatorio. Así, podríamos mitigar esa *zona*

18. Es conveniente recordar que la debida independencia de los distintos miembros y órganos del Poder Judicial impide hablar de una jerarquía en sentido estricto, lo que ha llevado a algunos a hablar de éste como institución “ajerárquica” (José María ASENSIO MELLADO, “Introducción al Derecho Procesal”, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2002, p. 96).

19. Manuel GERPE LANDÍN, Miguel Ángel CABELLOS ESPIERREZ, Marta FERNÁNDEZ DE FRUTOS, “El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Una propuesta de reforma de sus competencias”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 2005, p. 33.

oscura²⁰, en la que en general se encuentran los delitos que llevan aparejada una pena privativa de libertad de menos de cinco años de prisión, otorgando competencias casacionales sobre los mismos a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. Dicho planteamiento debería verse completado con un recurso para la unificación de doctrina o en interés de ley, conocido por el Tribunal Supremo, de cara a unificar las posibles divergencias interpretativas que hubieran podido emitir los distintos Tribunales Superiores al conocer la precitada casación, e incluso podría pensarse en implementar una cuestión prejudicial que los órganos jurisdiccionales máximos en las Comunidades Autónomas deberían plantear al Alto Tribunal en caso de querer separarse de jurisprudencia previamente existente²¹.

No podemos dejar de mencionar, no obstante, que el aumento de carga de trabajo en el orden penal que las propuestas realizadas implicarían para los Tribunales Superiores de Justicia, y la necesaria especialización de los miembros que lo componen, debería hacer reflexionar sobre la necesidad de disgregar las Salas Civil y Penal, lo que muy probablemente nos conduciría a la existencia final de cuatro Salas en estos órganos jurisdiccionales situados en las Comunidades Autónomas.

20. La expresión ha sido acuñada por Fernando DE LORENZO MARTÍNEZ, “Estado autonómico y Poder Judicial”, en *Poder Judicial y Estado compuesto: relaciones entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 100-101.

21. Ver Enrique BACIGALUPO ZAPATER, “Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas (desde la perspectiva del orden jurisdiccional penal)”, en *La posición del Tribunal Supremo en el Estado autonómico*, Ed. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2008, pp. 56-58, y del mismo autor “La aplicación del Derecho Penal y la igualdad ante la Ley”, en *Poder Judicial y Estado compuesto: relaciones entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia*, op. cit., pp. 43-69.

