



EL PROCESO PENAL EN LA ENCRUCIJADA

HOMENAJE
AL DR. CÉSAR CRISÓSTOMO
BARRIENTOS PELLECCER

VOL. I

JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER
(COORD.)



UNIVERSITAT
JAUME I

Col·lecció «Estudis jurídics»
Núm. 22



Col·lecció «Estudis jurídics»
Núm. 22

EL PROCESO PENAL EN LA ENCRUCIJADA

LIBRO HOMENAJE
AL DR. CÉSAR RICARDO CRISÓSTOMO BARRIENTOS PELLECCER

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
(COORD.)



Comunidad Jurídica de Occidente
Guatemala



BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT JAUME I. Dades catalogàriques

El **proceso** penal en la encrucijada : libro homenaje al Dr. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer / Juan Luis Gómez Colomer, coordinador -- Castelló de la Plana : Publicacions de la Universitat Jaume I, D.L. 2015

2 vol. ; cm. – (Estudis jurídics ; 22)

Bibliografia

ISBN 978-84-16356-06-5 (o.c.). 978-84-16356-08-9 (vol. I). 978-84-16356-09-6 (vol. II)

1. Barrientos Pellecer, César R. Crisóstomo . 2. Procediment penal – Reculls d'escrits. I. Gómez Colomer, Juan-Luis, coord. II. Universitat Jaume I. Publicacions. III. Sèrie

929 Barrientos Pellecer, César R. Crisóstomo

343(082.2)

LNF

Qualsevol forma de reproducció, distribució, comunicació pública o transformació d'aquesta obra només pot ser realitzada amb l'autorització dels seus titulars, llevat d'excepció prevista per la llei. Dirigiu-vos a cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necessiteu fotocopiar o escanejar fragments d'aquesta obra.



© Del text: les autores i els autors, 2015

© De la present edició: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2015

Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana
Fax 964 72 88 32
<http://www.tenda.uji.es> e-mail: publicacions@uji.es

ISBN obra completa: 978-84-16356-06-5

ISBN volum I: 978-84-16356-08-9

ISBN volum II: 978-84-16356-09-6

ISBN pdf: 978-84-16356-07-2

ISBN ePub: 978-84-16356-25-6

Dipòsit legal: CS-405-2015

DOI: <http://dx.doi.org/10.6035/EstudisJuridics.2015.22>

A CÉSAR BARRIENTOS,
1952-2014,
guatemalteco *de pro*,
insigne jurista,
doctor en Derecho
por la Universitat Jaume I de Castellón (España),
ejemplo de honradez intelectual, personal, profesional y política,
excelente amigo,
fallecido en defensa de sus convicciones

ÍNDICE GENERAL DE LA OBRA

VOLUMEN I

OBITUARIO

IN MEMORIAM

CONTRIBUCIONES

Del siglo XIX al siglo XXI: una actualizada ley de enjuiciamiento criminal

PROF. DR. MANUEL-GUILLERMO ALTAVA LAVALL

- I. Introducción
- II. Garantías y medidas procesales
 1. Agilización procesal
 2. Plazos máximos para la instrucción y prórroga flexible
 3. Ampliación de los juicios rápidos: monitorio penal
 4. Modificación de las reglas de conexidad
 5. Atestados policiales sin autor conocido
 6. Transposición de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada
 7. Garantía de confidencialidad entre el detenido o imputado y su abogado
 8. Medidas de investigación
 9. Medidas de investigación tecnológica
 10. Intervención o registro de las comunicaciones
 11. Generalización de la segunda instancia penal
 12. Procedimiento para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 13. Recuperación de activos derivados de la actividad delictiva

Eficacia transnacional de las medidas de protección adoptadas en favor de la víctima en el proceso penal: la emisión en España de órdenes europeas de protección conforme a la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea

PROF.^a DR.^a CORAL ARANGÜENA FANEGO

- I. Introducción. la tutela de la víctima en la Unión Europea y la directiva 2011/99/UE
- II. Objetivos
- III. Ámbito de aplicación
 1. Objetivo
 2. Subjetivo
 3. Espacial
- IV. Emisión por la autoridad judicial española de la orden de protección
 1. Competencia
 2. Presupuestos
 3. Procedimiento para su adopción
 4. Contenido de la orden europea de protección
 5. Transmisión de la orden
 6. Impugnación de la orden europea de protección
- V. Reconocimiento y ejecución posterior en el estado de ejecución y actuaciones posteriores a cargo de la autoridad judicial de emisión

La lucha contra la corrupción y la contribución del Consejo de Europa a través del GRECO: ¿un modelo a seguir?

PROF.^a DR.^a LORENA BACHMAIER WINTER

- I. Introducción
- II. Definir la corrupción
- III. Complejidad del fenómeno de la corrupción: la necesidad de una estrategia integral
- IV. Las características esenciales del GRECO
 1. Desde una perspectiva general
 2. Composición
 3. Funciones y proceso de evaluación

- V. ¿Es el GRECO un modelo de supervisión en la lucha contra la corrupción?
- VI. Conclusiones

La libertad vigilada en el ordenamiento español y su formulación en el Proyecto de 20 de septiembre de 2013, de reforma del Código Penal

DR. DAVID-ELEUTERIO BALBUENA PÉREZ

- I. Introducción
- II. La libertad vigilada en la LO 5/2010
 - 1. Concepto y formas de aplicación
 - 2. Contenido de la libertad vigilada
 - 3. Ejecución
- III. La libertad vigilada en el proyecto de reforma del CP de 2013
 - 1. Contenido de la libertad vigilada
 - 2. Duración de la libertad vigilada
- IV. Los informes consultivos
 - 1. El informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013
 - 2. El informe del Consejo Fiscal, de 20 de diciembre de 2012
 - 3. El dictamen del Consejo de Estado, de 27 de junio de 2013
 - 4. Las enmiendas al Proyecto
- V. Conclusiones

Del escepticismo al entusiasmo en mediación penal, de la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (referencia especial al estatuto jurídico de la víctima y a los encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo)

PROF.^a DR.^a H. C. SILVIA BARONA VILAR

- I. El paisaje penal restaurativo y la incorporación de la mediación, un cambio de paradigma de la justicia

1. Reflexiones iniciales. Crisis del modelo retributivo y legitimación del Derecho penal preventivo, restaurativo y resocializador
 2. De una víctima ausente a una víctima presente. De la victimología a la justicia restaurativa
 3. Mediación y medidas restaurativas en el marco de una dogmática penal autocomplaciente, un modelo procesal entrópico, una crisis de valores global y un impulso de las ADR
 4. Mediación penal y nuevo Estatuto Jurídico de la Víctima
- II. Mediación penal *post sententiam* en delitos de terrorismo. Supuestos, en especial encuentros restaurativos víctimas-condenados por terrorismo de exmiembros de ETA
- III. De la *restorative justice* a la *re-constructive justice*

Justicia restaurativa y violencia de género: experiencias del derecho comparado

PROF.^a DR.^a ANA BELTRÁN MONTOLIU

- I. Consideraciones generales
 - II. Justicia restaurativa: origen y alcance
 - III. Modelos
 - IV. La víctima de violencia de género
 - V. Aplicación de la justicia restaurativa en la violencia de género
 - VI. Experiencias de derecho comparado
 1. Victim-Offender-Mediation (VOM)
 2. Circles
 3. Family Group Conferencing
 - VII. Conclusiones
- Bibliografía

Proceso y norma penal: identidad de principios «más allá de toda duda razonable»

PROF. DR. JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

El fiscal instructor en la etapa preparatoria del proceso penal hondureño

MTR. LEONARDO JAVIER CUÉLLAR CRUZ

- I. Introducción
- II. La etapa preparatoria en el proceso penal hondureño
 1. Las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva y el problema en su implementación
- III. El fiscal instructor y su actuación en la etapa preparatoria
 1. El control de la iniciación del proceso por el Ministerio Público
 2. La objetividad en la investigación fiscal y los derechos del investigado
 3. El fiscal instructor y el principio de oportunidad
 4. El fiscal instructor y la acción penal pública

Víctima, acusador privado y principio acusatorio: un encuadre obligado

DR. RIGOBERTO CUÉLLAR CRUZ

- I. A manera de introducción
- II. Del acusador privado y su regulación en el código procesal penal
 1. Posibilidad de iniciar el proceso penal mediante acusación formulada por acusador privado
 2. ¿El fiscal como coadyuvante o «apéndice» del acusador privado?
- III. El principio acusatorio como necesario punto de partida
 1. Imposibilidad que pueda existir un proceso penal sin el sostenimiento previo de una acusación.
Pretensión acusatoria que obligadamente deberá ser formulada y sostenida por persona distinta a la llamada para juzgar
 2. No procede la condena por hechos distintos, ni persona distinta, a los señalados por la acusación
 3. Prohibición de *reformatio in peius*

- IV. El acusador privado: ¿simple apéndice del fiscal?
 - 1. Conclusiones importantes a tener presente en el análisis
 - 2. Importancia práctica de realizar un debido encuadre entre principio acusatorio, acusador privado y la actuación del fiscal en los delitos de acción penal pública

Corrupción pública: reformas procesales vs. reformas sustantivas

PROF.^a DR.^a MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

- I. Reformas procesales, mecanismos de control y políticas de transparencia vs. reformas penales sustantivas
- II. El contexto: corrupción y colapso judicial en una comunidad autónoma saqueada
 - 1. Caso Gürtel: un auto de procesamiento tras cinco años de instrucción
 - 2. Caso Fabra: una sentencia condenatoria aquejada por las dilaciones indebidas, suspendida por la petición de indulto y ejecutada tras más de una década de proceso
 - 3. Algunos asuntos pendientes: Emarsa, Brugal, adjudicaciones, contratos y concesiones
 - 4. Caso Cooperación o la confirmación de que no existen lagunas de derecho penal sustantivo
- III. Conclusión

Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposicional ordenamiento español

PROF.^a DR.^a MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO

- I. Introducción: la víctima en la política criminal de la Unión Europea
- II. La directiva 2012/29/UE, como nuevo instrumento armonizador

- III. Valoración crítica de algunos extremos de su contenido y de la propuesta de transposición al ordenamiento español
 1. Definición de víctima
 2. Víctimas con necesidades especiales de protección
 3. Información y participación de la víctima en el proceso penal
 4. La víctima en la ejecución penal

**El estatus de la víctima del delito en el ordenamiento francés.
El origen, las tendencias y las reformas procesales más recientes**

PROF. DR. IÑAKI ESPARZA LEIBAR

Introducción

- I. La víctima en el proceso penal, la evolución de su estatus en las últimas décadas
- II. El espacio europeo de justicia
- III. Un ejemplo de partida y dos estatus distintos. Delitos cometidos en España y en Francia
- IV. Líneas básicas de la reforma en Francia. El informe Léger de 2009
- V. El estatus de las víctimas de delitos en el ordenamiento francés
 1. El derecho a activar la persecución y de asociarse con tal finalidad
 2. El derecho a ser informado y a intervenir en el proceso
 3. El derecho a la indemnización de las víctimas de delitos
 4. Otros elementos relevantes: El juez para las víctimas (JUDEVJ). Las oficinas de asistencia y las asociaciones de ayuda a las víctimas de delitos. La protección de la imagen de las víctimas
- VI. Conclusiones

Los mecanismos de activación de la jurisdicción de la corte penal internacional: un paso previo al enjuiciamiento de los grandes criminales

PROF.^a DR.^a KATIXA ETXEBARRIA ESTANKONA

- I. El carácter complementario de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional
 1. La creación de la Corte Penal Internacional
 2. El principio de complementariedad
- II. El despliegue de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional: los mecanismos de activación
 1. La jurisdicción
 2. Los mecanismos de activación de la jurisdicción
- III. Situaciones remitidas o comunicadas objeto de jurisdicción de la CPI
 1. Las comunicaciones y remisiones recibidas por la CPI
 2. Remisiones realizadas por Estados Parte del EstCPI
 3. Remisiones realizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
 4. Investigaciones iniciadas *motu proprio* por el fiscal
- IV. Una reflexión final

La invalidez de la directiva 2006/24/CE y su repercusión en el ordenamiento español (consecuencias de la STJUE de 8 de abril de 2014)

PROF. DR. JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRIA GURIDI

- I. Introducción
- II. Antecedentes de la directiva 2006/24/CE
 1. Marco normativo de la Directiva 2006/24/CE: la protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas
 2. Controversia acerca del fundamento normativo de la Directiva 2006/24/CE
- III. La sentencia
 1. La injerencia en «los derechos» del art. 7 CDFUE
 2. La injerencia en el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 8 CDFUE)

3. Análisis de la justificación de la injerencia (art. 52.1 CDFUE)
- IV. Consecuencias de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24
- V. Consecuencias de la sentencia del TJUE, de 8 de abril de 2014, en la normativa española
 1. En relación a la conservación de los datos
 2. En relación a la cesión o acceso a los datos
- VI. Conclusiones

La conformidad en la justicia penal juvenil

PROF.^a DR.^a M.^a DOLORES FERNÁNDEZ FUSTES

- I. Introducción
 - II. La conformidad en la justicia penal juvenil
 1. La conformidad en la fase intermedia o de alegaciones
 2. Conformidad durante la audiencia
- Referencias bibliográficas

Los (futuros) nuevos derechos de la víctima en el proceso penal español

PROF. DR. H. C. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

- I. Introducción
- II. Las previsiones del futuro estatuto jurídico de la víctima del delito
 1. Derechos no procesales
 2. Derechos procesales penales
 3. Derechos procesales no penales: devolución de bienes, en razón de título de propietario, tanto si ha sido parte como si no
- III. En especial, la justicia restaurativa y la nueva mediación penal

Un caso complejo de responsabilidad civil *ex delicto*

PROF. DR. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

- I. Doctrina general
- II. El caso complejo de las uniones temporales de empresa
 1. Tesis de la responsabilidad civil solidaria (aplicación preferente del art. 8 de la Ley 18/1982)
 2. Tesis de la responsabilidad civil subsidiaria (aplicación preferente del art. 120.4.º CP)
- III. En síntesis

EL derecho de la víctima a ser asistida por intérprete en el proceso penal: un estudio comparado de las directivas 2010/64, 2012/29 y de los proyectos para su transposición al Derecho español

PROF.^a DR.^a ALICIA GONZÁLEZ NAVARRO

- I. Introducción
- II. El derecho fundamental de la víctima personada a ser asistida por intérprete y traductor
 1. Su falta de reconocimiento (expreso) hasta la Directiva 2012/29
 2. Carácter ordinario de las normas que previsiblemente regularán el derecho de la víctima a ser asistida por intérprete y traductor en el proceso penal español
 3. Carácter renunciabile del derecho de la víctima a interpretación y traducción
 4. El reconocimiento de un estatuto especial y de mayor protección al imputado
- III. La calidad de la interpretación: el derecho a intérprete profesional
 1. Breve referencia al panorama actual en la Administración de Justicia española
 2. El Proyecto de Ley Orgánica para la transposición de la Directiva 2010/64
- IV. Conclusiones

VOLUMEN II

Poder judicial construcción y consolidación de la democracia

ABG. F. ERICK JUÁREZ E.

- I. Función democrática del Poder Judicial
 - 1. Imposición de la democracia
 - 2. Defensa de la democracia
 - 3. Proyección de la democracia
 - II. Gobierno de los jueces
 - 1. Plenos poderes en la jurisdicción
 - 2. Judicialización de la política
- Bibliografía

El tratamiento de la prueba prohibida en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos

MTR. CHRISTA MARÍA MADRID BOQUÍN

- I. Ideas preliminares sobre la prueba prohibida
- II. Los derechos protegidos por la convención americana sobre derechos humanos
 - Artículo 8. Garantías Judiciales
- III. Normativa probatoria aplicable ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - 1. El procedimiento probatorio
 - 2. La inadmisibilidad de la prueba
- IV. La exclusión de pruebas prohibidas: análisis jurisprudencial
 - 1. El *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*: Vulneración del derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad física y las garantías judiciales
 - 2. El *Caso Bayarri vs. Argentina*: Vulneración del derecho a la integridad personal y el derecho a no declarar contra sí mismo

3. El *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*: Vulneración de las garantías procesales
4. El *Caso Escher y otros vs. Brasil*: Vulneración del derecho a la honra y la dignidad
- V. Criterios de exclusión probatoria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana
- VI. Conclusión

El control de convencionalidad y su aplicación en los fallos de la cámara penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala

LIC. WENDY JOHARA MALDONADO URBINA

La tutela de la mujer víctima de un delito de violencia de género en España y Europa: ¿el principio de una nueva era?

PROF.^a DR.^a ELENA MARTÍNEZ GARCÍA

- I. Justificación del objeto de estas líneas
- II. Breve introducción al estado de la cuestión: de la asunción del problema a la regulación de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral para la prevención y erradicación de la violencia de género en España
- III. ¿Por qué el legislador español creó la Ley Orgánica 1/2004?
- IV. El principio de igualdad y el género como principio informador e interpretador de la LO 1/2004
- V. ¿Qué ha hecho el legislador español para enfrentarse a esta lacra?
 1. Concepto de violencia de género y su incidencia en el Código Penal
 2. Concepto de violencia de género y su incidencia en las normas procesales
- VI. ¿Qué se está haciendo en Europa en materia de prevención y erradicación de la violencia de género?
 1. Posiciones muy diferentes de los Estados frente a este problema
 2. Las órdenes de protección civil y penal de víctimas como principio de una progresiva aproximación

VII. Perspectivas de futuro
Bibliografía

La mediación penal

PROF.^a M.^a PILAR MOLLAR PIQUER

- I. Antecedentes
 - II. Situación actual
 - III. El anteproyecto de código procesal penal
 - IV. Procedimiento de mediación
 - V. Casos que pueden someterse a mediación
 - VI. Efectos
 - VII. Conclusiones
- Bibliografía

Sobre la presunción de inocencia

PROF. DR. VÍCTOR MORENO CATENA

- I. Los fines del proceso penal
- II. El proceso penal como sistema de garantías
- III. El derecho a la presunción de inocencia como clave del sistema penal
 1. La presunción de inocencia como regla de tratamiento
 2. La presunción de inocencia como regla de juicio
 3. El derecho a no autoinculparse y a no cooperar
 4. Las declaraciones del imputado y el derecho al silencio

La declaración rendida a través de Cámara Gesell como remedio para evitar la victimización secundaria de víctimas vulnerables: dificultades y soluciones procesales para su incorporación al proceso penal

DR.^a KAREN ALICIA MOTIÑO VALERIO

- I. Reseña histórica de la víctima en el proceso penal
- II. Víctima / víctima vulnerable

- III. Victimización secundaria
- IV. La Cámara Gesell
 - 1. Definición
 - 2. Proyecto presentado al Congreso Nacional de Honduras
- V. La incorporación al proceso de la declaración rendida a través de la Cámara Gesell
 - 1. Naturaleza jurídica de la declaración rendida a través de Cámara Gesell
 - 2. Problemas prácticos al pretender incorporar la Cámara Gesell al proceso penal

Casinos, *compliance* y sistema penal (fundamentos del juego responsable)

PROF. DR. MIGUEL ONTIVEROS ALONSO

- I. Apuntes preliminares
- II. Los fundamentos del juego responsable
 - 1. Juego responsable y protección de la infancia y la adolescencia
- III. *Compliance* y juego responsable

¿Un pasito para adelante y otro para atrás? O sobre la agridulce evolución en la protección de la víctima en la Unión Europea

PROF. DR. IXUSKO ORDEÑANA GEZURAGA

- I. Presentación de la investigación
- II. Primera fase en la protección de la víctima en la actual UE: «la preocupación incipiente por la víctima en el ámbito de la actual UE»
 - 1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima
 - 2. La indemnización económica en cuanto derecho único de la víctima
 - 3. Especial protección de víctimas concretas: mujeres y niños
- III. Segunda fase en la protección de la víctima en la actual UE: «el despertar a la protección de la víctima»
 - 1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima
 - 2. Corriente mundial y europea de protección de la víctima

3. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social titulada «Víctimas de delitos en la Unión Europea-Normas y medidas»
- IV. Tercera fase en la protección de la víctima en la actual UE:
«la época de la alegría contenida en la protección de la víctima»
1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima
 2. Características básicas de la DM 2001/220/JAI
 3. Derechos reconocidos a la víctima en la DM 2001/220/JAI
 4. ¿Un gran paso en la protección a la víctima o un gran fracaso?
- V. Cuarta fase en la protección de la víctima en la actual UE:
«las mismas preocupaciones de siempre: víctimas especialmente vulnerables, la indemnización a la víctima y las garantías del acusado»
1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima
 2. La protección de las víctimas especialmente vulnerables
 3. La indemnización a la víctima
 4. La protección del presunto delincuente en el proceso penal
- VI. Última etapa en la protección de la víctima en la actual UE:
«el régimen actual de la protección de la víctima en la UE»
1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima
 2. El cambio de estrategia de la UE en la protección de la víctima
 3. El eje de la protección de la víctima en la actualidad:
la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo
 4. Otros instrumentos de protección de la víctima: la Directiva 2011/99/UE, que ordena la orden europea de protección, y al Reglamento 606/2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil

VII. Última valoración: demostración de que, aunque con obstáculos, la apuesta por la víctima es firme en la UE

In memoria di César Barrientos. Riflessioni attuali su un passo di Césare Beccaria a proposito dei delitti di prova difficile

PROF. DR. RENZO ORLANDI

- I. Premessa
- II. L'attualità di un dialogo a distanza con l'opera di Cesare Beccaria
- III. Delitti di prova difficile perché atroci
- IV. Delitti di prova difficile perché «oscuri»
- V. Conclusione

Un paso atrás en la lucha contra la impunidad en España: la jurisdicción universal

PROF.^a DR.^a M. JOSUNE PÉREZ ESTRADA

- I. Presentación
 - II. Breve referencia al origen y fundamento de la Jurisdicción Universal
 1. Extensión y límites de la Jurisdicción Penal
 2. Concepto y fundamento de la Jurisdicción Universal
 - III. La vigente reforma del principio de Jurisdicción Universal
 1. Los efectos de la reforma: la vulneración de derechos constitucionales
 2. Situación actual tras la entrada en vigor de la LO 1/2014. Breve análisis de algunos asuntos relevantes
 - IV. Tratamiento de la jurisdicción universal en las demás legislaciones
 - V. Reflexiones finales
- Nota bibliográfica

El derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional

PROF. EDUARDO PICAND ALBÓNICO

- I. Introducción
- II. El artículo 28 de la ley 19971, sobre arbitraje comercial internacional (2004)
- III. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad
- IV. Función del derecho aplicable al fondo del asunto
- V. Elección del derecho aplicable
 1. Elección de un Derecho estatal
 2. Elección de tratados internacionales
 3. Elección de *lex mercatoria*
- VI. Derecho aplicable a falta de elección
 1. Aplicación de los usos comerciales, la *lex mercatoria* y los principios generales del derecho
- VII. Derecho aplicable al fondo y normas imperativas

Mediación en supuestos de violencia de género ejercida por menores de edad

PROF.^a DR.^a ESTHER PILLADO GONZÁLEZ

PROF. DR. PABLO GRANDE SEARA

- I. Introducción
- II. Posibilidad de comisión de actos de violencia de género por menores de edad
- III. Ley aplicable a la violencia de género ejercida por menores
- IV. Situación actual en España de la violencia de género ejercida por menores
- V. Vigencia del principio de oportunidad en el proceso penal de menores por violencia de género
 1. Consideraciones previas
 2. Posibilidades de mediación en el proceso penal de menores por violencia de género

Bibliografía

La regulación de la situación de la víctima: ¿maremágnum legislativo?

PROF.^a DR.^a ANDREA PLANCHADELL GARGALLO

- I. Introducción
 - II. La situación de la víctima desde la perspectiva europea
 1. El punto de partida
 2. La Directiva 2012/29/UE
 - III. El estatuto jurídico de la víctima del delito
 1. Derechos básicos de las víctimas
 2. Participación de la víctima en el proceso penal
 3. Derecho de las víctimas a la protección
 - IV. La víctima en el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal
 1. El estatuto procesal de la víctima
 2. Ejercicio de la acción penal y civil
 3. La víctima y la Policía Judicial
 4. La víctima y el conocimiento de las actuaciones
 5. La víctima y la mediación
 6. La víctima en la las diligencias de investigación
 7. Víctima y medidas cautelares
 8. Víctima y juicio oral
 9. La víctima en la ejecución
 10. ¿Existe alguna limitación de participación en alguna de las modalidades de proceso previstos?
 - V. A modo de conclusión
- Bibliografía básica

La protección del menor víctima de delito durante el interrogatorio o la exploración en el proceso penal

PROF.^a DR.^a MERCEDES SERRANO MASIP

- I. Punto de partida: aplicación del régimen jurídico general del interrogatorio de testigos al menor víctima
- II. Derecho del menor víctima a ser protegido durante el interrogatorio en las sucesivas reformas de la LECRIM

1. Fundamentos de las reformas y su concreción en la LECRIM
 2. Reducido alcance de las reformas de la LECRIM en aras a lograr una mínima seguridad jurídica
- III. Intervención de expertos y contradicción en la exploración del menor víctima
- IV. Medidas previstas en el proyecto de ley del estatuto de la víctima del delito
- V. Consideración final

La reforma procesal penal iberoamericana: ¿un espejismo?

DR. JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO

- I. La reforma que no cesa
- II. El doble desencanto
- III. El relevo del inquisidor
- IV. En pos del hilo de Ariadna

Impunidad y el deber puniendi de la convención interamericana de derechos humanos

PROF. DR. JOHN A. E. VERVAELE

- I. Soberanía y potestad penal *revisited*
- II. Impunidad y el deber positivo de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos / delitos internacionales por la vía del *ius cogens*
 1. Derechos humanos y tutela penal obligatoria
 2. Enfoque de la Corte IADH
- III. (In)cumplimiento del deber positivo por parte de la *trías política* en materia penal, con especial enfoque a Colombia
- IV. Conclusión

**La tutela de la víctima de delito en derecho comparado
y en la Unión Europea: el derecho a la indemnización
(por el autor de la infracción penal y acceso a los sistemas
estatales de indemnización subsidiaria)**

PROF.^a DR.^a BEGOÑA VIDAL FERNÁNDEZ

- I. Derecho a la indemnización por el autor de la infracción penal
 1. Sistemas procesales para el ejercicio de la acción civil derivada del delito en la Unión Europea
 2. Otros sistemas
 3. Contenido
 - II. Acceso a los sistemas estatales de indemnización subsidiaria
 - III. Sobre el concepto de víctima
- Bibliografía utilizada

**La reparación del daño a la víctima en el anteproyecto de código penal
de Guatemala de 2011**

PROF.^a DR.^a CATY VIDALES RODRÍGUEZ

- I. La atención a la víctima en el anteproyecto de código penal de Guatemala
 - II. La reparación del daño a la víctima
 - III. El proyecto de vida de la víctima como criterio de reparación del daño
- Bibliografía

GRACIAS, CÉSAR

**Implementación de la oralidad en el proceso penal para hacer más eficaz
y garantista la justicia penal**

DR. CÉSAR RICARDO CRISÓSTOMO BARRIENTOS PELLECEER

Los ejes de los Decretos números 18-2010 y 7-2011 del Congreso de la República

Desarrollo de los ejes transversales

Primer Eje. Ampliación del acceso a la justicia y consolidación del sistema acusatorio

- Acceso a la justicia de las víctimas como parte del Proceso Penal

- La acumulación de la acción civil en el proceso penal

- La reparación integral de las víctimas

- El procedimiento de reparación

Segundo Eje. Competencia a los jueces de paz para conocer delitos menos graves y apoyar el control de la investigación penal en la etapa preparatoria del proceso penal

- El procedimiento para delitos menos graves

- Funciones coercitivas y primera declaración

Tercer Eje. Fortalecimiento del Ministerio Público

- Desestimación de oficio

Cuarto Eje. Profundización de la oralidad

- La incidencia de la redistribución administrativa del despacho judicial en la oralidad

- Sinopsis del inicio de la profundización de la oralidad

- Consolidación de la profundización de la oralidad

- Artículo 378. Interrogatorio y conainterrogatorio de testigos

Quinto Eje. Impulso del proceso en plazos razonables

Sexto Eje. Optimización de la división del trabajo

OBITUARIO¹

1. Esta es la versión original completa del obituario escrita por mí y enviada al diario *El País*. Se publicó el día 9 de marzo de 2014, pág. 59 de la edición nacional e internacional. Por razones de espacio fue reducida su extensión con mi consentimiento por la editora de dicho periódico.

ÍNDICE

La muerte del Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer, mi querido discípulo, deja a Guatemala huérfana de uno de sus juristas más destacados y comprometidos con el progreso y la consolidación de la democracia en su país. Doctor en Derecho por la Universitat Jaume I de Castellón (España), falleció el domingo día 2 de marzo de 2014, a la edad de 61 años, en San Francisco Zapotitlán, Mazatenango, Suchitepéquez (Guatemala).

Quizás la consternación me impida escribir todo lo que siento en estos momentos, pero debo decir a quien desee leer este obituario que César era un ejemplo para todos de honradez, trabajo, bonhomía y, sobre todo, amistad. Era además un hombre muy culto, excelente conocedor de la historia de América, de su América Central, de su amada Guatemala, y un muy buen amigo y admirador de la España actual.

Su tesis doctoral fue defendida en 2008 en la Universitat Jaume I bajo mi dirección, obteniendo la máxima calificación de apto *cum laude*. En ella trató las esencias del proceso penal guatemalteco, comparando la reforma acusatoria de toda América Latina, que se está desarrollando en los últimos años, con España y los sistemas europeos. Representa un enjundioso compendio político, cultural, sociológico e incluso económico, además de principalmente jurídico, como es obvio, y una propuesta modélica a favor de la compatibilidad entre la sentencia justa y un proceso plenamente respetuoso con los derechos humanos.

Desde su puesto de presidente de la Cámara Penal (Sala de lo Penal) de la Corte Suprema de Justicia (Tribunal Supremo) de Guatemala

en los últimos tres años, había conseguido dignificar y humanizar la Justicia penal en un país tan complejo y difícil como el suyo, en el que la vida y la muerte a veces se confunden en su poco valor. Un medio muy hostil para que su espíritu cristiano, democrático y justo pudiera dejar la huella que dejó, escuchando a todas las partes con prudencia y templanza, impartiendo diariamente justicia real, revocando sabiamente las siempre injustas condenas de muerte impuestas por los tribunales de instancia, dando a cada uno lo suyo y trabajando por el progreso jurídico y social de un país, bellísimo y maravilloso a un tiempo, que lamentablemente todavía presenta espacios inadmisibles de impunidad.

Estaba amenazado de muerte, diariamente era vejado pública y privadamente por los enemigos de la democracia, le habían tendido tendenciosamente trampas, llegando incluso a involucrar a su familia más allegada para acabar profesionalmente con él, era un obstáculo claro para conseguir un país más justo. Estaba prácticamente solo desde su posición en esta lucha.

Pero a pesar de ello, trabajó por la dignidad del ser humano incansablemente desde todos los aspectos jurídicos que en su prolífica vida tuvo que desarrollar, y ha dejado en ese quehacer una impronta imborrable. Nadie de su escuela, la Escuela Valenciana de Derecho Procesal, ni del mundo latinoamericano de Derecho Procesal, lo olvidará nunca.

Descanse en paz.

Su director de tesis y del *Grupo de Investigación Internacional «Estudios Avanzados de Derecho Procesal»* (EADEP), al que pertenecía el Dr. Barrientos:

Juan-Luis Gómez Colomer, catedrático de Derecho Procesal, Universitat Jaume I de Castellón (España).

Los miembros del EADEP:

España

Prof. Dr. D. Iñaki Esparza Leibar, catedrático de Derecho Procesal, Universidad del País Vasco

Prof.^a Dr.^a D.^a Andrea Planchadell Gargallo, profesora titular de Derecho Procesal, Universitat Jaume I

Prof.^a Dr.^a D.^a Ana Beltrán Montoliu, profesora de Derecho Procesal, Universitat Jaume I

Prof. Dr. D. Manuel Altava Lavall, senador por Castellón, Senado de España

Prof. D. Juan Salom Escrivá, teniente fiscal, Fiscalía Provincial de Castellón

Honduras

Dr. D. Rigoberto Cuéllar Cruz, fiscal general adjunto, Ministerio Público de Honduras

Dr.^a D.^a Karen Alicia Motiño Valerio, fiscal, Ministerio Público de Honduras

Dr.^a Christa María Madrid Boquín, doctoranda en Derecho Procesal, Universitat Jaume I

D. Leonardo Javier Cuéllar Cruz, fiscal, Ministerio Público de Honduras

México

Prof. Dr. D. Eskándar Gánem Hernández, director de la Facultad de Derecho, Universidad Autónoma del Carmen

Prof. Dr. D. José Javier Estrada Contreras, profesor de Derecho Procesal, Universidad Autónoma de Yucatán

Costa Rica

Dr. D. José-María Tijerino Pacheco, embajador de Costa Rica en la República de Uruguay

Chile

D. Eduardo Picand Albónico, fiscal, Ministerio Público de Chile

IN MEMORIAM

Estando en mi hotel en Bogotá, a donde había ido a impartir las clases de la Maestría de Derecho Procesal Penal que codirijo en la Universidad Sergio Arboleda con mi colega y buen amigo el Prof. Dr. Fernando Velásquez, siendo las diez de la mañana (hora local) del domingo 2 de marzo de 2014, a pocas horas de mi regreso a España, recibí un correo electrónico del magíster Erick Juárez, un buen amigo y emprendedor abogado guatemalteco, coordinador de la Comunidad Jurídica de Occidente de Guatemala, diciéndome escuetamente que: «Recién hace dos horas nuestro querido amigo César falleció. No puedo creerlo, pero es cierto, el gran hombre nos deja».

No entendí muy bien el mensaje al principio porque apenas me fijé de pasada en el nombre escrito en él. Mi atención se dirigió directamente al hecho, pero inmediatamente pensé lo peor y no tenía ninguna duda de quién se trataba. César era mi discípulo. El Dr. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer era ese querido amigo que nos había dejado, presidente de la Cámara Penal (Sala de lo Penal) de la Corte Suprema (Tribunal Supremo) de Justicia de Guatemala. Mi colega guatemalteco me transmitía no solo su muerte, sino su más profunda incredulidad.

Me quedé helado, tenía solo tres años más que yo. Estaba todo lo completamente sano que a los 61 años se puede estar. ¿Qué había pasado? Comencé a hacer llamadas telefónicas a amigos y a la familia sin resultado alguno, hasta que recibí dos horas después otro correo de Erick diciéndome que partía para San Francisco Zapotitlán, departamento de Suchitepéquez, un lugar paradisíaco a los pies de los volcanes Santa María y Santiaguito, al sur de Quetzaltenango, en la querida Gua-

temala, lugar en donde tenía su casa de descanso César, a los efectos de acompañarle.

Me contaba que las primeras noticias eran contradictorias, pues unos decían que había sido asesinado, algo con lo que él mismo contaba, tan difícil es el medio en el que tenía que desenvolverse, otras que no había resistido más la presión y que había decidido abandonar este mundo voluntariamente. Unos días después la familia, a la vista de las investigaciones conducidas por la Fiscal General de la República y, en concreto, de los resultados del Instituto Nacional de Ciencias Forenses guatemalteco, aceptó la tesis oficial del suicidio, que por ello yo no voy a discutir. Pero me queda la pesada duda de si no habría sido llevado César de alguna manera a tomar tan drástica decisión por seres malvados de su entorno profesional y laboral, y no es opinión solo mía, pues muchos amigos suyos y comunes, personas bien nacidas de su propio país que lo querían de verdad, lo creen también, y muchos medios de prensa lo siguen pensando todavía hoy (me remito a la información proporcionada por la redacción del diario guatemalteco *La Hora* del lunes 31 de marzo de 2014).

No quiero aprovechar este modesto homenaje, que con la valiosa ayuda de amigos y compañeros suyos le tributamos para memoria escrita y perenne, para hurgar con mis dudas en heridas, ni para desenterrar fantasmas, ni mucho menos para avivar el dolor de su viuda, hijos y nietos, en absoluto. Solo quiero destacar sus valores y su relación conmigo, con la Universidad y con España. Y que Dios decida con su infinita misericordia lo que crea justo.

Pero debo decir que su muerte no es casualidad, ni debe quedar en el olvido azuzado por la ignominia que para destructivas mentes puede suponer el *modus operandi* de su partida definitiva. No, César fue a su propia muerte porque se quedó patéticamente solo, y nada debe temer del Creador por su acción, si realmente fue así, como persona creyente que era. No somos siempre responsables de todas las decisiones que tomamos, y menos cuando creemos desesperadamente que hacemos lo mejor por nuestros seres más queridos.

Me comentaba con ocasión de mis frecuentes viajes en los últimos años a Guatemala que muy pocos con poder para hacerlo le apoyaban en su lucha por la democratización de la justicia en su tierra, que to-

davía menos le daban su mano para ayudarle en el enjuiciamiento de numerosos y peligrosísimos criminales del más alto nivel que su país, tan pequeño, tiene la poco honrosa gloria de haber dado al mundo, que casi nadie arrimaba el hombro para luchar con él contra la exasperante impunidad que reina en la bella Guatemala, ni entre sus colegas, ni sobre todo, entre aquellos a quienes apoyó y ayudó. Nadie le escuchó finalmente, añado yo, cuando le tendieron una trampa con su hijo mayor, que lo aisló y marcó para siempre, y que sin duda alguna acabó acelerándolo todo.

Muy al contrario, se le desprestigió a cada hora, se le persiguió maquinando acusaciones falsas en su contra, se le amenazó gravemente, se le intimidó y se le denunció por los enemigos de la democracia constantemente, directamente, *v. gr.*, por teléfono, o por medio de campañas mediáticas en los medios de comunicación dirigidas solo a atacar su honor, su dignidad y su honradez. Toda una guerra psicológica para acabar con él.

Pero el trabajo realizado ante tan imposible medio para proteger a los jueces de Mayor Riesgo, unos tribunales creados para acabar con la impunidad de los dictadores, mafiosos, narcotraficantes y corruptos, incluidos los jueces, en Guatemala, especialmente en un juicio muy relevante que dio la vuelta al mundo contra el general Ríos Montt en 2013, quedará para siempre como ejemplo del supremo valor de la lucha contra la dictadura y la delincuencia a través del Derecho.

Una vez desaparecido, me comentan que todo su rastro ha sido borrado para que nadie le recuerde. Me dicen que su personal de apoyo fue despedido inmediatamente de la Corte Suprema (recuerdo a la Lcda. Wendy Maldonado, su eficaz secretaria que tanto me ayudó en el contacto con César y la Cámara Penal). Me cuentan que su huella jurisprudencial, en una cámara que él sostenía prácticamente solo, que fue en realidad su revolución jurídica particular, se ha escondido a la carrera, que su plaza ha sido inmediatamente repuesta políticamente, en fin, me informan que los valores en los que él creía profundamente, siguen siendo ridiculizados por sus enemigos.

Pero se equivoca aquel que quiera sacar a César Barrientos del libro de la historia jurídica centroamericana. Este libro dejará constancia para

siempre de sus grandes valores personales, de su inmenso amor por Guatemala, de su creencia en que la verdadera justicia era posible también en su tierra, y servirá además de denuncia perpetua del gravísimo crimen que, aunque indirectamente, se ha cometido en su persona por su país, por su entorno y por sus falsos allegados. César, te juro por Dios, en el que ambos creemos, que yo me encargaré personalmente de que sea así.

César fue un niño feliz. Nació en Ciudad de Guatemala el 13 de mayo de 1952. Creció sin embargo en una finca del altiplano de Guatemala que producía café y caña, «La Conchita», ubicada en Colomba Costa Cuca, un municipio de Quetzaltenango, propiedad de su familia. Su primer maestro de escuela fue su padre, don César Augusto Barrientos Montes. Él enseñó a César a leer y escribir.

Sus relaciones personales y sociales comenzaron bien pronto en la teoría y en la práctica, pues en el entorno en que pasó sus primeros años de vida existía una estrecha relación con los trabajadores de la finca. A César se le enseñó a tratarlos como si fuesen familiares cercanos.

La relación con su padre fue intensa. Estaban todos los hermanos, y él era el mayor. Como era agricultor, sus hijos conocían bien la finca, caminaban cuando querían por los cafetales y por la tarde se sentaban juntos en el porche viendo cada atardecer.

La educación primaria la cursó en el Colegio Salesiano Liceo Guatemala, de Quetzaltenango. En él se forjaron los valores cristianos de solidaridad y compromiso con el prójimo. A esos valores hay que sumar los que aprendió en la familia, pues desde jovencito su abuelo influyó mucho en él, inculcándole los valores de justicia, respeto, lealtad, amistad, democracia y tolerancia, además de recibir un amor a las letras, a la historia y a la literatura que le marcaron hasta el final.

En 1969 acabó su bachillerato en Ciencias y Letras e inició el sueño de ser abogado, y persiguió el ideal de una sociedad totalmente justa, como su tío-abuelo don José Barrientos, un famoso abogado de la época que ganó grandes casos y cuyas historias le contaban en la sobremesa. Su tía-abuela doña Luz Castillo fue la primera abogada mujer de Centroamérica en 1942.

Comenzó al mismo tiempo la carrera de Trabajo Social. César consideraba que un abogado debía tener una gran conciencia social para

poder transformar la realidad de su país. Pensaba que iba a ser la aplicación del orden y de la ley lo que acabaría permitiendo que se respetasen los preceptos jurídicos creados por la propia sociedad.

Fue un alumno brillantísimo, de una portentosa memoria, que conservó intacta hasta el final, doy fe. Poco a poco comenzó a ser muy respetado entre quienes le conocían. En esa época de estudiante sufre un cambio importante. Se da cuenta que la sociedad debía transformarse profundamente para lograr que la pobreza extrema en el país pudiera ser erradicada. Los valores democráticos en la década de los 80 en Centroamérica brillaban por su ausencia, y esta situación la consideraba muy injusta. Por eso creyó que para poder transmitir sus ideas y su pensamiento era necesario ocupar puestos directivos, llegando a ser presidente de la Asociación de Estudiantes.

Así, durante su época universitaria, perteneció a la asociación estudiantil, llegando a ejercer los cargos en 1971 de secretario de Cultura, en 1973 de secretario de Conflictos, en 1975 de presidente del grupo Fuerza, en 1976 de vicepresidente de la Asociación de Estudiantes de Derecho de Occidente, y en 1977 de presidente del grupo estudiantil UREDO y de presidente estudiantil de la carrera de Ciencias Jurídicas.

César trabajó en el Organismo Judicial (Poder Judicial) y en 1972 fue dirigente de la Asociación Guatemalteca de los Empleados del Organismo Judicial hasta 1974. Llegó a presidente del Comité Pronivelación de Sueldos con los Empleados de los Tribunales de la capital de Guatemala, además de promover otras peticiones para mejorar las condiciones de todos los empleados de los tribunales, recorriendo casi todo el territorio de Guatemala. Salía de casa por las tardes, dejando a su familia, para promover la igualdad de derechos y mejoras laborales, y regresaba de madrugada para volver a integrarse por la mañana como oficial notificador y por la tarde como estudiante universitario.

Un día me contó que durante esos viajes para promover las mejoras laborales en el sector de la Justicia conoció a muchas personas valerosas y dispuestas a trabajar por un mejor país. De esa lucha se logró que la semana laboral fuera de lunes a viernes, aunque no se consiguió equilibrar los sueldos entre los funcionarios de Ciudad de Guatemala y los del resto del país.

En 1977 se graduó como abogado y notario. También fue docente durante unos pocos años en esa época. Incluso llegó a ser director (algo parecido a decano) de la carrera de Derecho.

Su amor por el Derecho, por el trabajo social, y también por la sociología, que continuó estudiando en la UNAM durante el exilio al que ahora me referiré, acabaron haciendo de él un abogado laboralista empeñado en demostrar que la Justicia era el talón de Aquiles de la sociedad centroamericana, y de todas en realidad.

Al mismo tiempo fue trabajador, estudiante, hijo, esposo y padre. Me contó alguna vez, aprovechando que este tema salía en la conversación, que cuando empezó a litigar no tenía clientes, y que cuando algún amigo le remitía uno, no le cobraba. Tampoco cobraba a la gente de pocos recursos. La gente humilde le devolvía el favor haciéndole padrino de sus hijos, que le regalaban gallinas y maíz que llevaba luego a casa. «Estaría bien saber cuántos ahijados has dejado, César», le pregunté una vez. Me contestó que prefería no saberlo, no fuera caso que se le presentaran todos a la vez en su casa a la hora de comer.

Su lucha por la democracia, en años de fuerte intolerancia, como dirigente estudiantil o docente, le obligó a exiliarse en 1980, pues era visto como un antisistema. Por escasos minutos no fue asesinado junto con su amigo y colega el Lcdo. Monroy, quien no pudo escapar de la barbarie. Saliendo para México dijo: «Los entuertos del destino a veces están preparados para que se puedan cumplir nuestros sueños».

El exilio fue muy duro. Le acompañó su familia. Siempre pendiente de ella, luchó para que nunca les faltara nada, y tuvo problemas económicos importantes. Pero como atestiguan sus hijos, él hizo que su vida fuera color de rosa. Se iba todos los días a cumplir con su obligación a las cuatro de la madrugada y regresaba a las once de la noche o más tarde.

En México fundó la Comisión de Derechos Humanos de Guatemala (CDHG), que fue el referente principal para todo guatemalteco en la defensa de sus derechos humanos. Siempre rodeado de papeles y libros, su actividad más importante fue ayudar a personas y familias que se encontraban en la misma situación que él y su familia, lejos de su patria, de sus familiares más queridos, de sus sueños, temerosos de la muerte.

Siempre les abría las puertas de su hogar y los convertía en su propia familia enseñando a sus hijos a quererlos.

Él era quien gestionaba para esas personas y familias, como confirman sus amigos, la protección necesaria para continuar su vida en el exilio.

Como exiliado sufrió persecución política a causa de su oposición a la dictadura militar, lo que implicó para él y su familia graves riesgos, incluso viviendo en México, pero se sobrepuso a todos ellos gracias a la generosidad de sus conciudadanos.

Colaboró estrechamente en actividades de oposición y resistencia de los guatemaltecos contrarios al régimen dictatorial violador de los derechos humanos que gobernaba Guatemala en esa época.

En el exilio se hizo también periodista y escritor. Empezó a escribir en la agencia de prensa Enfoprensa, que él había fundado, un periódico clandestino y alternativo internacional, en el que se denunciaban las injusticias y violaciones de los gobiernos militares que asfixiaban a Guatemala, intentando romper el cerco de desinformación tendido por el Gobierno militar de la época. Dejó este medio en 1987, cuando se dedicó a la academia.

Después escribió en el periódico madrileño *Liberación*. Gracias a este trabajo consiguió el permiso migratorio para quedarse en México como corresponsal para Guatemala.

Después empezó la aventura de ser escritor, empezando en los periódicos *El Nacional* y *Excelsior*, aunque escribiendo sobre temas económicos, llegando a tener una biblioteca magnífica sobre esta compleja materia.

Estando para volver del exilio las cosas se torcieron y tuvo que buscar trabajo en la frontera entre México y Guatemala. Cuenta su familia que paseando por las calles de Tapachula entró en una iglesia del centro, conoció al párroco, habló de su situación con él y este lo remitió a un colegio, teniendo ese mismo día trabajo de profesor del Colegio Miguel Hidalgo, como maestro de Filosofía y Sociología.

Esta anécdota es importante porque permitió a César, unos meses más tarde, poner en marcha la Universidad Centro de Estudios Superiores de Tapachula, estado de Chiapas, fundando la carrera de Derecho, hasta entonces inexistente, en aquella bella y apartada ciudad mexicana.

Fue profesor en la Escuela de Derecho de dicho centro, hasta 1990, en que retornó a Guatemala aprovechando atisbos de apertura institucional democrática, con el ánimo de contribuir a la consolidación de un Estado constitucional de Derecho.

Más adelante sería catedrático de Derecho Procesal Penal en universidades de tanto prestigio como la Universidad Centroamericana (UCA) de Managua, la Universidad Tecnológica de Honduras (UTH) y la suya, la Universidad San Carlos de Guatemala, dictando numerosos cursos especializados sobre la materia.

Preparó su regreso escribiendo también para el diario guatemalteco *La Hora*, desde 1988.

Después vendría su incorporación plena, involucrándose en el fortalecimiento del Organismo Judicial como asesor, magistrado de apelaciones, y director de la Unidad para la Reforma Penal.

Participó en la actividad legislativa, redactando y articulando un nuevo Código Procesal Penal, la Ley del Instituto de la Defensa Pública Penal y la Ley del Ministerio Público, entre otras, para su país.

Destaco entre sus muchos méritos:

- Magistrado vocal segundo de la Sala Undécima de la Corte de Apelaciones con sede en Retalhuleu (1991).
- Corredactor del Proyecto de Código Procesal Penal de Guatemala (1991).
- Director fundador de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial (1993-1994).
- Director de la Unidad de Transformación de la Justicia Penal del Organismo Judicial de Guatemala (1994).
- Abogado litigante desde 1997.
- Primer secretario ejecutivo, planificador y ejecutor de la Instancia Coordinadora de la Modernización del Sector Justicia (ICMSJ, 1998).
- Director residente del Proyecto de Reforma Legal y Modernización del Sistema de Justicia en Nicaragua, del Centro para la Administración de Justicia de la Universidad Internacional de Florida. CAJ/FIU-USAID (1999-2005).

- Director residente del Proyecto de Fortalecimiento del Estado de Derecho en Honduras, del Centro para la Administración de Justicia de la Universidad Internacional de Florida. CAJ/FIU-USAID (2005-2007).
- Responsable de país del Programa Regional de Justicia Laboral de USAID para apoyar la oralidad, la mediación y la modernización de despachos de trabajo y previsión social (2007-2009).
- Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, vocal II (2009-2014).
- Presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (2012-2014).

A pesar de esa intensa vida, vivida diariamente, César tuvo también tiempo de escribir varios libros y muchos artículos científicos, tanto jurídicos como políticos, sociológicos y de historia, además de pronunciar numerosas conferencias en Estados Unidos, América Latina y España sobre muy diversos temas.

Agradezco profundamente a su esposa Shený, a su hija Carmen Elena y a su yerno Marlon, así como a su hermano Rolando, alcalde de Quetzaltenango (la bella Xela), y a sus amigos Víctor Valverth y Manuel Ollé Sessé, que hayan querido compartir conmigo estas informaciones, sobre todo a su hija, porque al pedírsele sabía que le iba a obligar a recordar y a aumentar su dolor. Mi mayor reconocimiento por autorizar la publicación de estas sentidas palabras en memoria suya.

Tuve una no muy larga relación personal con él si atendemos al concepto de período de tiempo, quince años, pero sí muy intensa, como si fuéramos amigos desde la cuna. Conocí a César en Managua, un día de junio de 1999. Había oído hablar de él, pero no había tenido el placer de saludarlo personalmente hasta entonces. Era el director ejecutivo local, acompañado como subdirector de mi también muy querido amigo el costarricense Dr. José-María Tijerino Pacheco, de un proyecto internacional para la reforma de la justicia, basado en un Convenio para el Fortalecimiento del Estado de Derecho en Nicaragua, celebrado con Estados Unidos en 1998, formándose una Comisión de Alto Nivel para la Reforma

de la Justicia en Nicaragua, que impartió las líneas directrices para la elaboración de un anteproyecto de Código Procesal Penal fundado en el principio acusatorio, con juicio oral, público y contradictorio.

Ese proyecto estaba a cargo del Center of Administration of Justice de la Florida International University de Miami (Estados Unidos), dirigido por mi hoy amigo y entonces «mi jefe» del proyecto en Nicaragua el Prof. Dr. Luis Salas Calero y subdirigido por la entrañable Dr.^a Ana Carazo Johanning, la eficacia en persona.

El *Center* me había contratado como consultor internacional para colaborar en la redacción de un nuevo Código Procesal Penal nicaragüense con el equipo técnico del Programa de Reforma y Modernización Normativa de Nicaragua, y en esas fechas comenzó mi trabajo con mi primera visita, de las muchísimas que hice, a tan bello como pobre país, lleno de gente bondadosa. El Código fue una realidad dos años después, en 2001.

Habíamos quedado a cenar en el restaurante Los Ranchos, famoso por sus suaves y jugosas carnes de res. Conocer a César fue impactante, no solo porque vi en él a una poderosa personalidad, un hombre al que se le nota inmediatamente su gran inteligencia, sino también, lo que es mucho más importante en un primer contacto, a un hombre cercano, cálido, relajado, con un gran sentido del humor. Iba a ser «mi jefe local» durante un buen tiempo. Me di cuenta enseguida que era un profundo conocedor de la historia de Centroamérica y un gran amante de España. Solo podíamos que llevarnos bien.

César era también un político de talla enorme. En su juventud, como he dicho antes, lo pasó muy mal y estuvo muchas veces al borde de la muerte precisamente por sus ideas políticas, en países, sobre todo el suyo, que han sufrido las dictaduras más sangrientas de América. Al mismo tiempo que revolucionario para los fascistas gobernantes y, por tanto, hombre a perseguir y anular o suprimir, para los opositores al régimen tampoco fue del todo bien visto porque no renunció nunca a sus creencias cristianas. Era una mezcla rara, comunista para unos, conservador para otros. Debí ser muy difícil de sobrellevar y eso explica su exilio en México durante muchos años, que ya he contado a grandes rasgos.

De hecho, su papel principal como director ejecutivo local del proyecto no era jurídico, sino político, dadas sus altísimas dotes como negociador, su extraordinaria facilidad de palabra y, sobre todo, su afabilidad y bonhomía, tratando a todos, fuese cual fuese su color político, con extraordinaria cordialidad.

César era también un poco despistado. Quienes le conocimos bien sabemos de anécdotas suyas geniales, alguna presenciada pero la mayoría contadas por él en los pocos ratos de relajo que teníamos, disfrutando generalmente de un buen ron Zacapa, momentos que siempre recordaremos para alegrarnos la vida y cambiar nuestra perspectiva quizás demasiado sombría en ese momento. El error cometido al entrar en la habitación del hotel ocupada por un japonés creyendo que era la suya, siendo descubierto y golpeado por el asiático cuando se estaba limpiando los dientes en el baño con su cepillo; el casual tropezón frente a una dama cuyas atractivas cualidades sirvieron de punto de apoyo natural de las dos manos de César, traspies que no se acabó evitando aunque el vestido sí se desgarró ante la mirada estupefacta de César; la bajada del coche justo por la puerta enfocada directamente a un pozo negro lleno de fango, y..., en fin, la ignorancia de la existencia de cierta rotonda al regresar de su casa al hotel en el que me alojaba en coche de ver un partido de fútbol en el que jugó España (y perdió) a altas horas de la madrugada en el Mundial de Japón y Corea, rotonda que fue cruzada por el medio sin mayor problema, etc., forman parte del anecdotario inolvidable de un gran ser humano.

Pero la más entrañable fue cuando un día especialmente caluroso de 2006, estando con él en el aeropuerto de San Pedro Sula para tomar un vuelo de treinta minutos a Tegucigalpa, vistiendo César una guayabera con cuello parecido al clerical (como los alzacuellos de los trajes tipo *clergyman*), se nos acercó una señora tan atractiva como nerviosa, y pidió a César confesión besándole la mano. Lo había confundido con un sacerdote católico. César, pura humanidad viendo su estado, le contestó que le dejara hacer una gestión en aduanas y que enseguida venía a confesarla, y que mientras tanto rezara y confiara en Dios, pues nada podía pasarle a ella yendo él también en el avión. Atemorizado, se escondió hasta el momento de embarcar para no tener que «confesar» a la bella

dama. Al llegar a Tegucigalpa, la señora nos saludó y César le dio su bendición antes de despedimos.

Acabado nuestro trabajo en Nicaragua, volví a ser contratado por las mismas instituciones para elaborar el nuevo Código Procesal Civil de Honduras, esta vez con apoyo también local pero con la inestimable coparticipación de mi buen amigo el Prof. Dr. Víctor Moreno Catena, también contratado para el mismo fin. ¿Quién era el director ejecutivo local del mismo? Pues naturalmente el entonces Lcdo. Barrientos, a cargo del Proyecto de Fortalecimiento del Estado de Derecho en Honduras.

Desde 2005 hasta 2007 trabajamos intensamente para lograr la modernización de la justicia civil en Honduras, un país igualmente bello y pleno de gente maravillosa e inigualable, también muy pobre. Aunque hubo muchos problemas para la entrada en vigor del nuevo Código, y sobre todo, para una capacitación adecuada de los jueces, al final se consiguió y es también una obra en vigencia. Allí estaba aportando lo mejor de su país mi discípulo el Dr. Rigoberto Cuéllar Cruz, quien más tarde sería ministro en el Gobierno de Porfirio Lobo.

Fueron dos años de un contacto mensual maravilloso por tiempo al menos de una semana, continuación del de Nicaragua. Aprendí lo difícil que es trabajar en ciertos medios, muy alejados de lo que conocemos en Europa y que, por tanto, requieren de mucho mayor esfuerzo y capacidad de persuasión para sacar las cosas adelante y hacerlo bien. César nos explicaba sus maniobras y quites y yo le escuchaba estupefacto no solo de ver cómo tenía que lidiar los numerosos problemas que se le planteaban, sino también, y mucho más impactante, con quiénes tenía que hacerlo y las razones de ello. Él salía siempre airoso al tomar la verdad, la prudencia y la honradez como banderas. También la astucia y la mano izquierda le ayudaban mucho.

Fue en Tegucigalpa en donde me comentó que tenía muy avanzado un libro sobre la historia y evolución del proceso penal en Centroamérica y que quería ver si le podía ayudar a publicarlo en España. Cuando me lo enseñó, más de 400 páginas con casi mil notas a pie de página, ojeé el índice y leí el primer capítulo. Me dí cuenta enseguida que esa podía ser su tesis doctoral.

La gestación de la tesis merece un capítulo aparte. Es muy difícil dirigir un trabajo de investigación a un perfeccionista, a quien cree siempre que lo que ha hecho es mejorable. No exagero si les digo que, independientemente de los problemas formales que hubo que resolver, y de las tres estancias que tuvo que hacer en España para cumplir con la formalidad de los cursos de doctorado, más la cuarta para su defensa ante la comisión correspondiente, que si no leí la tesis de César entera al menos cuatro veces, no la leí ninguna, y eran más de mil páginas, que al final le «obligué» a reducir, con la esperanza de que una vez publicada, alguien la pudiera adquirir y leer sin asustarse ni por el peso ni por el precio.

Cuando ya estaba a punto de acabarla, me enviaba por correo electrónico una nueva versión, muy mejorada a su entender, y era casi siempre verdad, con unas pequeñas modificaciones, ¡en unas 200 páginas! Y así tres veces más, hasta que le «prohibí» hacer más cambios.

Su tesis se tituló *La reforma procesal penal en Centroamérica: Contexto, antecedentes, alcances y limitaciones*, y se defendió el día 11 de octubre de 2008 en mi universidad, y obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Su perfeccionismo le jugó una mala pasada. No estaba nunca satisfecho con su obra y por eso su tesis no ha sido publicada, aunque tres semanas antes de morir volvimos a hablar del tema, aprovechando una de mis últimas visitas para trabajar el nuevo Código Procesal Civil de Guatemala, al que me referiré más adelante, y me dijo que cuando dejara la Corte en octubre de 2014 lo haría. No ha podido ser y yo no puedo publicarla sin su autorización.

La tesis es maravillosa, como todo lo que ha publicado, pero en este tipo de obras se nota más. César dominaba un español que me recordaba mucho el de Miguel Ángel Asturias, el bueno de verdad, el de *El señor presidente*, una obra que ningún ser humano inteligente puede dejar de leer varias veces en su vida. Era un deleite seguir sus aportaciones y los fundamentos que aducía en defensa de su interpretación. Se expresaba a la perfección, utilizando el lenguaje clásico combinado con conceptos muy actuales, tal era su dominio lingüístico. Todos los miembros de la comisión así lo destacaron. Cuando hablaba conmigo y oía una palabra

que solo en el seno de su familia había oído, conversábamos largo rato sobre etimología y raíces culturales, para deleite y aprendizaje de quien escribe este prólogo. Amaba tanto la lengua española, que oirla en su boca era un placer auditivo.

En el fondo no puedo decir que la tesis de César fuera solo jurídica. Era una construcción que ahondaba en aspectos políticos, económicos, sociales, históricos y culturales de la reforma legislativa de su país. Claro, también era una tesis jurídico-procesal, pero no es su principal valor, en el sentido de que la reforma procesal penal en América Latina expuesta por él no se entiende sin las aportaciones no jurídicas contenidas en esa obra. El resultado final que nos ofrecía era que él creía que cada país de América Latina y, sobre todo de Centroamérica, mientras no fuera capaz de construir con sus propios recursos humanos y económicos su propia legislación, nunca sería realmente libre. Esto que parece evidente pero que no lo es del todo, lo razonaba con aportes históricos y explicaciones políticas, sociales, culturales y económicas, de manera tal que demostraba que la de América es una historia de caídas y reveses, y que ya era hora de levantarse y mirar hacia delante, sin lloros ni compasiones, con entereza y dignidad.

Nada sobra y nadie faltaba. No escribió un alegato de pasado, sino de futuro. Para él la herencia española era una excelente palanca de lanzamiento hacia adelante que no se podía despreciar. A mí me incluía como un último portador de esa herencia, muy inmerecidamente creo, y por eso me quería tanto. Pero yo le quería más a él.

César amaba España. Tardó mucho tiempo en venir, pero cuando vino no quería irse. Me visitó por vez primera en Castellón para realizar una estancia de investigación y realizar los cursos de doctorado en 2004. Fue su primer viaje a España. Nunca había tenido oportunidad de venir a la Madre Patria. En esos momentos era abogado en su país. Acababa de perder las elecciones a decano del Colegio de Abogados de Ciudad de Guatemala, frente a un rival muy apoyado económicamente por fuerzas externas, al parecer según me contó con fondos de procedencia dudosa en algún caso. Necesitaba alejarse un poco.

Decir lo que descubrió en España no sería importante en este pequeño recordatorio, si no fuera porque dejó huella en dondequiera que

estuvo. Dejaba pasar a las señoras primero, se levantaba en el autobús para que se sentara quien pudiera necesitarlo más que él, hablaba de Vd. a todo el mundo, siempre tenía una palabra amable para las secretarias con las que tenía que relacionarse para la gestión documental de su tesis o de los cursos de doctorado. A mi equipo (las Dras. Andrea Planchadell Gargallo y Ana Beltrán Montoliu, así como al Dr. Manuel Altava Lavall, sobre todo) les fascinaba su cultura y saber estar. Hasta los miembros del equipo de gobierno y los diferentes rectores que conoció sabían de él.

Disfrutaba la comida con placer no reprochable. En Guatemala las carnes son exquisitas, pero en verdad solo hay carne si quieres comer bien. No hay cultura gastronómica del pescado, o es irrelevante. Aquí descubrió que había mucho más donde elegir y vaya si fue cierto esto, lo probó todo, incluidos nuestros mejores caldos.

Le sugería que aprovechara para conocer algo de España y viajó a Madrid, Barcelona y Valencia (aquí le acompañé yo). Dejaba a todos boquiabiertos, diciendo a los madrileños cosas de Madrid, siendo la primera vez que estaba, que ellos no sabían, como las razones de su capitalidad. En Valencia le explicó a un camarero, sumándose varios comensales luego, por qué quienes viven en el mar tienen tendencia a la serenidad y prudencia. Es la temible mar la que aconseja, decía. Increíble César. ¡Qué cruel es la vida!

Mis relaciones con César se acrecentaron cuando un día me llamó y me propuso participar en una reforma del proceso penal guatemalteco (básicamente el recurso de apelación y el recurso de casación). Ya no ejercía como abogado, pues era magistrado de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia. Con todo gusto colaboré. Mi primera visita a Guatemala no fue por esta razón, antes había estado para pronunciar unas conferencias sobre la reforma del proceso civil, aprovechando el fin de semana para pensar sobre la vida en la espléndida Tikal. El otro día libre que tuvimos, pues me acompañó mi mujer Lola, visitamos Antigua, con sus vigilantes volcanes de Agua y de Fuego siempre al acecho, el lago Atitlán y el famoso mercado de Chichicastenango. Una delicia de día, algo agotador claro, pero no había tiempo para más.

Fue con ocasión de una tercera visita para tratar las consecuencias procesales penales de una reforma penal de la parte general del Derecho penal cuando César, entonces ya presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, gestionó que se me propusiera para la elaboración del nuevo Código Procesal Civil de Guatemala, una obra ingente, pues ya tenía las experiencias de Nicaragua y Honduras. Tenía ciertos reparos, pues veía entonces acercarse los 56 años y me exigían volar todos los meses una o dos semanas a Ciudad de Guatemala para trabajar con la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia. Un viaje muy largo y cansado, un proyecto de tres años. Pero era César y dije que sí.

Ha sido una experiencia fascinante y sí salió bien en lo que a mí respecta fue por el apoyo constante de César cuando yo no estaba, lo que incluía a veces tener que defender el anteproyecto. Las dudas técnicas que tenía la comisión que se nombró para colaborar en la redacción, al no poder estar yo siempre presente, no se resolvían con la premura y claridad que exige una obra como esta (en estos temas Internet no ayuda), por lo que no acababa de funcionar adecuadamente, aun teniendo gente muy valiosa en su seno, juristas que lamentablemente no habían podido acceder a las últimas reformas europeas y anglosajonas en punto al proceso civil oral y simplificado procedimentalmente.

La inseguridad política y una gestión equivocada por quienes mandaban, prescindiendo de personas eficaces en dicha comisión, entre otras medidas desacertadas que acabaron teniendo mucha importancia en este tema, hicieron que el proyecto no se pudiera terminar con tiempo suficiente para poder ser presentado en el Congreso de la República y aprobado, de manera que la Corte ha cambiado completamente al vencer su período, como pasa en todos los países de Centroamérica y en muchísimos de la América hispana, y en el momento de escribir estas líneas no se sabe muy bien qué va a pasar. Pero yo, gracias al apoyo de César, cumplí con mi contrato y entregué mi trabajo respondiendo adecuadamente a lo que se me pidió y a tiempo. Deseo de corazón que el tema se pueda retomar y que un día con esta ley se ubique a Guatemala en la cúspide del proceso civil oral. Los litigantes guatemaltecos se lo merecen. Que siga participando yo en ello es indiferente, pues lo

importante es relanzar el texto de nuevo, con las modificaciones que sean necesarias.

Estas numerosas visitas a Guatemala en dos años hicieron que la amistad con César se estrechara todavía más. Me esperaba en el aeropuerto internacional de La Aurora cada vez que yo llegaba. Nos íbamos a mi hotel, trabajaba con su oficina móvil mientras desempacaba y me aseaba un poco y nos íbamos a cenar a su restaurante preferido, El Portal del Ángel, uno de los lugares en que mejores carnes he comido nunca, en el complejo Plaza Fontabella. Al acabar de cenar su-
bíamos a la Librería Sophos a ver las últimas novedades y, no sé cómo se las arreglaba, siempre me regalaba dos o tres libros de escritores latinoamericanos o sobre América Latina y Centroamérica, además de los que yo me compraba, que guardo celosamente en mi biblioteca particular.

Aprovechábamos mi estancia para hacernos trajes, o *blazers* (americanas, chaquetas, sacos, nos reíamos de los nombres) a medida en la sastrería Saúl Méndez en la Sexta Avenida, zona 10, de Ciudad de Guatemala, ropa liviana de gran calidad a un precio para los europeos muy asequible. Compraba también camisas y él siempre me regalaba alguna corbata. Creía, como yo, que la elegancia no está reñida con la lucha por los derechos, y como en Guatemala (y en Centroamérica en general) es barato lucir como debe ir vestido un buen jurista, con discreta elegancia en tonos tenues, ejercíamos nuestras creencias y me venía siempre con sobrepeso en mi equipaje de vuelta.

El día de la despedida me invitaba a cenar pasta en el Italiannis, enfrente del centro comercial Oakland, a donde habíamos ido previamente a cortarnos los dos el pelo, hiciera o no hiciera falta, solo por el gusto de relajarnos en una excelente peluquería, con gente amable que te daba conversación y aprendías nuevas formas de lenguaje, nuevas palabras y, sobre todo, te quedabas con su sencillez y su gran humanidad, baratísima además para los precios de España.

Por supuesto, en algún momento de la tarde entre semana, cuando ambos habíamos acabado nuestras obligaciones, nos escapábamos a la tienda de la avenida de la Reforma a comprar las dos botellas de Zacapa que me traía a España, una me la regalaba siempre él. ¡Qué gran ron!

Representa a toda una cultura. Bebido con moderación, proporciona un placer gustativo inigualable.

En dos de las visitas que hice me llevó a su casa de San Francisco. Aparte de conocer a todos los suyos y convivir con ellos el fin de semana, así como con sus amigos más cercanos, lo que aseguraba un almuerzo a mediodía sensacional, a la par que una conversación encantadora sobre diversos temas de importancia para el país (a los guatemaltecos les gusta mucho hablar de política), la belleza del lugar no tiene precio. Sus alrededores son además increíbles. Grandes y pequeños volcanes, altas montañas, caminos intransitables, precipicios temibles, ríos estrechos pero profundos, animales salvajes de toda clase. Verdor por doquier. Es realmente un lugar de descanso, para meditar, para olvidarse de todo y, especialmente, para darse cuenta de que lo importante no es lo que nosotros creemos que lo es. Un pequeño paraíso.

La tranquilidad en un lugar tan paradisíaco como San Francisco propicia en días de descanso que las personas se conozcan mejor. En esos días efectivamente conocí mucho mejor a César, sin duda alguna. Un hombre afable, jovial, extrovertido, de fácil trato, humilde, gentil, extremadamente educado, todo un caballero.

Me hice una idea más cabal de su poderosa personalidad al observar cómo trataba a sus empleados, sobre todo a su escolta y a su chófer, a ambos les conocí en mis primeros viajes a Guatemala, me llevaron y trajeron del hotel al lugar de trabajo y regreso al hotel muchas veces. Ambos deben estar sufriendo lo indecible porque fueron testigos directos de la muerte de César. La familiaridad y cercanía con que trataba César a las empleadas del hogar, a quienes cuidaban su finca y sus animales, es muy significativa de la grandeza de un hombre, que no se cree superior a nadie, sino que simplemente es consciente de que ocupa otra posición pero que por ello no tiene ningún derecho que los demás no tengan. Era de observar la fina cortesía con que trataba a los indígenas, una de sus preocupaciones más profundas ante el enorme desamparo real que tienen estas personas en Guatemala.

También había ocasión en el lugar de descanso para comprobar su vasta cultura. Ya lo he dicho antes, pero cuando me enseñó su biblioteca me convencí del todo. No solo tenía todos los libros que hay que leer

en esta vida, sino que recordaba lo esencial de cada uno de ellos. Su memoria era prodigiosa.

Esta gran formación, me decía que en parte adquirida de su abuelo y de su padre, y en parte autodidacta, en donde destacaba la importancia para la vida de leer a quienes nos pueden enseñar algo, revertía en su formación como catedrático de universidad, en la conocida Universidad San Carlos en concreto, aunque la presidencia de la Cámara Penal le dejaba poco espacio para la docencia. Creo que de no haberse truncado sus esperanzas tan abruptamente, habría acabado volviendo a la cátedra hasta su jubilación. A veces hablábamos de esto porque me envidiaba sanamente al ver que yo podía vivir cómodamente de la universidad e investigar lo que quisiera, algo que en Centroamérica no se puede hacer hoy todavía. Su valiosa pedagogía innata, sus grandes dotes de conexión con los auditorios y, sobre todo, su dominio de los grandes temas que hacen de la actual Guatemala un país tan complejo, le habrían llevado sin duda a ejercer sus últimas influencias entre jóvenes ávidos de saber para poder cambiar su país.

Con estas cualidades tan humanas que poseía, tan escasas por cierto en el común de los demás mortales, así como con el recuerdo del lugar en que naciste y moriste me quiero quedar. Descansa en paz, querido César.

Agradezco profundamente a mi Universidad, en la que se doctoró César y a la que quería como si fuese aquella en la que se hubiera formado, que haya apoyado la publicación de esta obra en su perpetua memoria, para que nadie pueda nunca ocultar ni desmitificar sus grandes valores humanos y académicos, ni sus muchos logros en pro de la democracia y la justicia. Mi reconocimiento expreso al vicerrector de Investigación Dr. Antonio Barba Juan, por haber comprendido inmediatamente la magnitud y trascendencia de este recuerdo y haber apoyado política, universitaria y económicamente su publicación. También a la Dr.^a Cristina Pauner Chulvi, titular de Derecho Constitucional de mi Universidad y directora de Publicaciones, y a la editora del Servicio de Comunicación y Publicaciones Sra. Maria Carme Pinyana Garí, por su apoyo decisivo y gran trabajo para que esta obra haya visto la luz.

También, pero no en último lugar, mi más profundo agradecimiento a la doctoranda Christa Madrid Boquín, sin cuyo silencioso, arduo y constante trabajo, afrontando las formalidades que una obra como esta requiere y resolviendo las innumerables dificultades surgidas en torno a ella, César no podría leer hoy «su libro».

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
*Castellón, 6 de enero de 2015,
día de los Tres Reyes Magos*

CONTRIBUCIONES

DEL SIGLO XIX AL SIGLO XXI: UNA ACTUALIZADA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

PROF. DR. MANUEL-GUILLERMO ALTAVA LAVALL
Magistrado excedente. Doctor en Derecho
Profesor asociado Derecho Procesal UJI
Senador por Castellón

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. GARANTÍAS Y MEDIDAS PROCESALES. 1. Agilización procesal. 2. Plazos máximos para la instrucción y prórroga flexible. 3. Ampliación de los juicios rápidos: monitorio penal. 4. Modificación de las reglas de conexidad. 5. Atestados policiales sin autor conocido. 6. Transposición de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada. 7. Garantía de confidencialidad entre el detenido o imputado y su abogado. 8. Medidas de investigación. 9. Medidas de investigación tecnológica. 10. Intervención o registro de las comunicaciones. 11. Generalización de la segunda instancia penal. 12. Procedimiento para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 13. Recuperación de activos derivados de la actividad delictiva.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo pretendo hacer un *excursus* sobre las modificaciones legales que se proyectan realizar desde el Ministerio de Justicia español en una revisión de nuestro ordenamiento procesal penal.

La actual Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) data de 1882 y fue aprobada para dar respuesta a las necesidades de la sociedad de finales del siglo XIX. Desde entonces se ha mantenido vigente gracias a la calidad y la solidez jurídica con la que fue concebida, así como a diversas modificaciones que la han ido adaptando a la nueva sociedad a la que se debía dirigir.

Los cambios más recientes en la sociedad española hacen urgente una renovación de nuestro proceso penal, máxime después de aprobada la Constitución española de 1978 (CE).

Nuestra vigente ley procesal penal no regula de modo suficiente los nuevos medios de investigación que son hoy posibles gracias a las tecnologías de la información y la comunicación.

La excesiva dilación de los procedimientos, la acumulación de causas en un mismo sumario, la prolongación por tiempo indefinido de la instrucción y el trasiego entre juzgados de los expedientes restan eficacia y agilidad a la justicia penal.

Hoy se hace necesario introducir medidas orientadas a potenciar la agilidad y eficacia del sistema procesal penal. Una justicia tardía es percibida por la sociedad como una injusticia. Por ello, en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (APL) o Código Procesal Penal en la modificación nominal que se pretende introducir no sin cierta polémica, se refuerzan las garantías procesales de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, en lo relativo al derecho de defensa y al derecho a la asistencia letrada y se establece un marco normativo para las medidas de investigación tecnológica en el ámbito de los derechos garantizados por el art. 18 CE.

Ante la necesidad de adecuar el procedimiento penal a la realidad actual, en la pasada IX Legislatura el anterior Gobierno trabajó en una reforma que no llegó a ver la luz. Ya en la presente X Legislatura, el Consejo de Ministros acordó el 2 de marzo de 2012 el nombramiento de una Comisión Institucional para la elaboración de una Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que entregó su trabajo el 25 de febrero de 2013 proponiendo un cambio radical que requiere un amplio consenso. Entretanto se alcanza, el APL presentado afronta los aspectos más urgentes en torno a los cuales también se reconoce la

necesidad de abordar una puesta al día proponiendo una reforma que agiliza los procesos, fortalece las garantías procesales y regula las medidas de investigación.

El Consejo de Ministros ha recibido un informe del ministro de Justicia sobre el APL que modifica la LECRIM y con el que se busca conseguir agilizar la justicia penal y fortalecer las garantías procesales, así como regular las medidas de investigación tecnológica, que carecen de un marco legal adaptado a la realidad, al tratarse de una norma dictada en 1882.

Por otra parte, el plan de medidas anticorrupción avanza con la reforma de la LECRIM, siendo esta modificación una de las 70 medidas integradas en el plan anticorrupción presentado por el Gobierno y que persigue:

1. Agilizar la justicia, para acabar con la acumulación de causas y procesos interminables:

- a) A partir de su aprobación, todos los delitos sobre una misma persona se deberán instruir conjuntamente, y no por separado como hasta ahora.
- b) Se fijan tiempos máximos para la instrucción de procedimientos y se crean juicios rápidos para delitos menores.
- c) Se fortalece la recuperación del dinero público sustraído lo antes posible creando una oficina de recuperación de activos del dinero robado, como se ha hecho en otros países como Francia.

2. Apoyar el trabajo de los profesionales, con todas las garantías, para lo que:

- a) Se incorpora la normativa y garantía europea a nuestro ordenamiento jurídico, reforzándolo.
- b) Se dota a los profesionales de un soporte legislativo para causas que no estaban reguladas, como la investigación tecnológica.

II. GARANTÍAS Y MEDIDAS PROCESALES

1. Agilización procesal

En cuanto a las garantías y medidas procesales para la agilización de la justicia penal, son varias las que se proponen. A saber, la modificación de las reglas de conexidad para evitar el automatismo que se produce actualmente con la acumulación de causas en lo que se conoce como macroprocesos. La regla será que cada delito dará lugar a la formación de una única causa y la acumulación por conexión solo tendrá sentido si concurren circunstancias tasadas y cuando el conocimiento de los asuntos por separado no resulte más aconsejable.

Y, también, los atestados policiales sin autor conocido no supondrán la apertura de diligencias en los juzgados de instrucción que actualmente son archivadas inmediatamente, previo visto bueno del fiscal. Para garantizar un adecuado control judicial, serán conservados por la Policía Judicial a disposición de jueces y fiscales.

2. Plazos máximos para la instrucción y prórroga flexible

Se sustituye el inoperante plazo de un mes previsto en la actual LECRIM para la instrucción de los procedimientos por plazos realistas, a cuyo fin se deberá decidir si se continúa el procedimiento en fase intermedia o se dicta el sobreseimiento libre o provisional.

La modificación de la LECRIM fija un plazo máximo ordinario de instrucción de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas, sustituyéndose así el plazo actual de un mes para la instrucción por plazos máximos prudentes, cuyo transcurso como es conocido, produce consecuencias procesales.

Los asuntos sencillos tendrán un plazo de seis meses, mientras que la instrucción de los complejos será de dieciocho meses prorrogables hasta otro plazo máximo igual o inferior, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes.

Así, se considerarán complejos (art. 324.3 APL) los que hayan sido cometidos por grupos u organizaciones criminales, tengan por objeto numerosos hechos punibles, involucren a gran cantidad de sujetos pasivos o de víctimas, exijan la realización de pericias que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis, impliquen realizar actuaciones en el extranjero, precisen revisar la gestión de personas jurídicas privadas o públicas o sean por terrorismo.

Y se prevé la posibilidad de prórroga con cierta flexibilidad, pero de forma que exista un límite infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de concluir y adoptarse la decisión que proceda de continuación del procedimiento ya en fase intermedia o de sobreseimiento libre o provisional. Excepcionalmente, si así lo solicita el Ministerio Fiscal por concurrir razones que lo justifiquen o bien de oficio, el juzgado podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción.

3. Ampliación de los juicios rápidos: monitorio penal

Se establece un proceso de aceptación por decreto, denominado monitorio penal, que permitirá que la propuesta sancionadora realizada por el fiscal se pueda convertir en sentencia firme cuando el acusado, asistido por un abogado, acepte la pena fijada. Está previsto para los delitos de escasa gravedad cuya sanción sea multa o pena de prisión sustituible por dicha, como pueden ser delitos tales como hurto, apropiación indebida leve, amenazas leves (excepto en el caso de la violencia de género), o los delitos contra la seguridad vial por conducir rebasando la velocidad permitida y bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas, entre otros.

Este proceso permite la conversión de la propuesta sancionadora realizada por el Ministerio Fiscal en sentencia firme para aquellos supuestos con un ámbito objetivo de aplicación, esto es, delitos castigados con pena de multa o prisión sustituible por multa, con o sin privación del derecho a conducir vehículos.

El decreto de propuesta de imposición de pena dictado por el Ministerio Fiscal se remitirá al juzgado de instrucción (JI) para su autoriza-

ción y notificación al procesado. Para aceptar la propuesta de sanción el encausado habrá de comparecer en el JI asistido de letrado. Si el imputado acepta la propuesta de pena, el JI le atribuirá el carácter de resolución judicial firme.

4. Modificación de las reglas de conexidad

La legislación vigente prevé la aplicación de reglas de conexidad que conducen con frecuencia a la acumulación de procesos por distintos delitos según se extrae de los arts. 17 y 18 LECRIM. Con las nuevas previsiones, la norma se invierte ya que cada delito dará lugar a la formación de una única causa y solo si concurren determinadas circunstancias tasadas, los delitos conexos serán investigados y enjuiciados en la misma causa si no resulta inconveniente por razón de la excesiva complejidad o dilación.

La simple analogía o relación entre sí no constituirá causa de conexión y solo justifica la acumulación cuando, a instancia del Ministerio Fiscal, el juzgado lo considere más conveniente por razones de economía procesal. Procediendo así, se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elephantiasis procesal que se pone de manifiesto en los llamados macroprocesos.

5. Atestados policiales sin autor conocido

Los atestados sin autor conocido pueden suponer un tercio del total de los asuntos penales que se registran en los juzgados de instrucción. Según la situación actual todos los atestados policiales son enviados a la autoridad judicial dando lugar a innecesarias aperturas de diligencias que son de inmediato archivadas, con el simple visto del Ministerio Fiscal.

Con la nueva normativa propuesta, se introduce un párrafo tercero en el art. 284 APL en cuya virtud la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial sin

enviárselo, manteniendo la seguridad jurídica a la par que se reduce la burocracia y gastos en los juzgados.

Esta medida es de agilización sencilla de llevar a la práctica y evita el uso ineficiente de recursos humanos y materiales en la Administración de Justicia.

6. Transposición de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada

La Directiva comunitaria 2013/48/UE impone a los Estados miembros la obligación de adaptar sus ordenamientos procesales a ciertos criterios mínimos uniformes en materia de asistencia letrada en aras de una mayor confianza en los sistemas judiciales penales de todos los Estados miembros para lograr una cooperación judicial más eficaz en un clima de confianza recíproca y fomento de una cultura de derechos fundamentales en la Unión.

De esta manera, se aprovecha la transposición al ordenamiento español de dicha regulación sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales para realizar una completa regulación del derecho de defensa, no solo para las personas físicas, sino también para las entidades contra las que puede dirigirse el proceso.

7. Garantía de confidencialidad entre el detenido o imputado y su abogado

En el APL el derecho de defensa se extiende a las personas jurídicas que puedan ser penalmente responsables y contra los cuales pueda dirigirse el proceso.

De la misma manera, se busca una nueva denominación para la designación del imputado. A tal efecto, se han encargado estudios para promover la claridad del lenguaje jurídico, formada por representantes, entre otros organismos, de la Real Academia Española.

8. Medidas de investigación

En lo relativo a las medidas de investigación es donde la LECRIM de 1881 había quedado más desfasada. Los cambios que se han producido en las comunicaciones desde que se promulgó la norma en el siglo XIX se venían supliendo con la jurisprudencia, pero no siendo aguantable por más tiempo dicha situación, es objeto de regulación legislativa.

De hecho, recientemente, la doctrina constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde intromisiones en la privacidad del sujeto pasivo del proceso penal, a lo que se suma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que ha anulado una Directiva sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público.

Por ello, el art. 579 LECRIM se sustituye por una nueva redacción del título VIII del libro II de dicha norma en el que se incluyen las nuevas tecnologías. Y así, se propone dividir en cuatro apartados: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de imágenes, y registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

9. Medidas de investigación tecnológica

El APL regula las medidas de investigación tecnológica que carecían de marco legal hasta ahora al tratarse la actual LECRIM de una norma de 1882.

Actualmente el art. 579 LECRIM solo se refiere a medidas de investigación aplicadas a comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas. En el caso de otras comunicaciones vinculadas a las nuevas tecnologías no existe marco legislativo.

Los nuevos medios de telecomunicación y servicios de comunicación han dado lugar a nuevos tipos de delincuencia que aprovechan

estas herramientas tecnológicas. Las nuevas tecnologías permiten mejorar los métodos de investigación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, así como de la Fiscalía y jueces de Instrucción. Por ello, se necesita desarrollar una nueva regulación que busque un equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una delincuencia de nuevo cuño y el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Así, se regulan como medidas de investigación tecnológica: la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; captación y grabación de comunicaciones orales e imágenes mediante la utilización de dispositivos electrónicos; utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, y registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

Como derecho fundamental que se puede lesionar, será siempre necesaria contar con la autorización judicial, aplicando los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

Y por ello, la autorización judicial solo podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos siguientes: Delitos dolosos castigados con al menos tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; delitos de terrorismo, y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación.

La duración máxima inicial de la intervención será de tres meses, con prórrogas posibles de igual duración hasta un máximo de dos años. Y, una vez que se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y eliminación de los registros originales.

10. Intervención o registro de las comunicaciones

La regla general es que para acordar una medida de intervención o registro de las comunicaciones de cualquier clase que se realice, a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, se requerirá autorización judicial. A

tal efecto, el juez accederá a concederla siguiendo los principios de especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida y podrá ser concedida cuando la investigación tenga por objeto alguno de los delitos siguientes: los castigados con pena de al menos tres años de prisión; los cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, y los de terrorismo y los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación.

El APL establece que, en ningún caso, la captación y grabación de las conversaciones privadas y de la imagen podrán incluir las entrevistas que mantenga la persona investigada, detenida o en prisión con quienes estén legalmente obligados a mantener el secreto profesional, salvo que estos estén también encausados por los hechos investigados.

11. Generalización de la segunda instancia penal

Aunque la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) establece las correspondientes previsiones para generalizar la segunda instancia judicial en el proceso penal, el APL fija que los tribunales superiores de Justicia revisarán en apelación las sentencias dictadas por las audiencias provinciales y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional la que se ocupe de las dictadas por este tribunal.

La LO 19/2003, que modificó la LOPJ, estableció la generalización de la segunda instancia en el proceso penal. Sin embargo, ese avance no fue culminado previsiblemente por dos razones: no se hizo el oportuno desarrollo procesal a través de la correspondiente modificación de la LECRIM y no se desarrolló la planta judicial. Con la presente reforma se instaura efectivamente ya la segunda instancia penal en España, que supone una garantía procesal para el acusado además de dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como se da respuesta a las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y del TEDH.

De esta manera, las sentencias dictadas por las audiencias provinciales serán recurribles ante la Sala Civil y Penal de los TSJ y las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional serán recurribles ante la Sala de Apelación propia en la misma Audiencia.

A tal efecto, se prevé la dotación de las plazas necesarias en las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ y en la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, mediante reasignación de efectivos.

12. Procedimiento para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Se establece en el ordenamiento español una vía para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en las que España resulte condenada a través del recurso de revisión. Ello conlleva una modificación de los motivos por los que se puede impugnar una sentencia penal por esta vía excepcional.

La necesidad de un cauce legal para dar cumplimiento a las sentencias dictadas por el TEDH es evidente, pues hasta ahora no ha tenido otra vía de articulación que la interpretación jurisprudencial.

Tras la ejecución de la sentencia del TEDH por la que se anulaba la mal llamada doctrina Parot, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS), en prevención de casos similares, ha adoptado un Acuerdo de 21 de octubre de 2014 por el que señala que «en tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple este cometido».

Numerosos Estados europeos cuentan con mecanismos *ad hoc* de ejecución de las sentencias del TEDH en el orden penal (Alemania, Austria, Bélgica, Francia...).

En línea con lo señalado por el TS y como también han indicado diversos informes del Consejo de Estado y del CGPJ, el cauce idóneo es el recurso extraordinario de revisión, por lo que se añade un nuevo motivo para este recurso. Y así se reforma el recurso de revisión, que

será necesario para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH que condenen a España.

13. Recuperación de activos derivados de la actividad delictiva

La eficacia de los procedimientos de recuperación de activos derivados del desarrollo de una actividad delictiva constituye un instrumento esencial de lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada. Por ello, se regula un proceso de decomiso autónomo que permitirá la privación de la titularidad de los bienes procedentes de delito pese a que el autor no pueda ser juzgado. El objetivo es hacer más eficaz la recuperación de activos derivados de la actividad delictiva y se podrá aplicar en supuestos de comisión reiterada de delitos en los que se presuma que se han transferido bienes de origen ilícito a terceras personas.

Por ello, se adopta un procedimiento de decomiso autónomo para luchar contra la corrupción y el crimen organizado y se prevén procedimientos de decomiso autónomo y recuperación de activos aplicable en los casos de ausencia o incapacitación del procesado (decomiso sin condena); mecanismos de presunción en los casos de transferencia de bienes de origen ilícito a terceras personas; mecanismos para facilitar la ejecución de las resoluciones de decomiso con relación a bienes que, en el momento de su intervención, aparezcan registrados a nombre de terceras personas, y la creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos.

Y la normativa europea exige la adaptación de nuestra legislación mediante la transposición de la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, cuyo contenido se incorpora al anteproyecto.

**EFICACIA TRANSNACIONAL DE LAS MEDIDAS
DE PROTECCION ADOPTADAS EN FAVOR DE LA VÍCTIMA EN
EL PROCESO PENAL: LA EMISIÓN EN ESPAÑA
DE ÓRDENES EUROPEAS DE PROTECCIÓN CONFORME
A LA LEY DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES
PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA²**

PROF.^a DR.^a CORAL ARANGÜENA FANEGO
*Catedrática de Derecho Procesal
y miembro del Instituto de Estudios Europeos
de la Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA TUTELA DE LA VÍCTIMA EN LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA 2011/99/UE.- II. OBJETIVOS.- III. AMBITO DE APLICACIÓN. 1. Objetivo. 2. Subjetivo. 3. Espacial.- IV. EMI-SIÓN POR LA AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN. 1. Competencia. 2. Presupuestos. 3. Procedimiento para su adopción. 4. Contenido de la Orden Europea de Protección. 5. Transmisión de la orden. 6. Impugnación de la orden europea de protección.- V. RECONOCI-MIENTO Y EJECUCIÓN POSTERIOR EN EL ESTADO DE EJECUCIÓN Y ACTUACIONES POSTERIORES A CARGO DE LA AUTORIDAD JUDI-CIAL DE EMISIÓN.

2. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Plan Nacional I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad DER2012-31549 JURI (El estatu-to de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea).

I. INTRODUCCIÓN. LA TUTELA DE LA VÍCTIMA EN LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIRECTIVA 2011/99/UE

La «recuperación» de las víctimas en el marco del Derecho penal y del proceso penal viene siendo una constante en los cincuenta últimos años que ha venido a poner fin al desdibujado papel que tradicionalmente ha ocupado en el sistema penal.³ El auge de la victimología en las ciencias penales y criminológicas es indudable, al punto de que se habla hoy en día —nos dice Vervaele— de un *tercer modelo* de proceso penal: no uno que se concentra en la lucha eficaz contra la criminalidad (*crime control model*), tampoco uno centrado en el proceso justo y equitativo (*due process model*), sino uno que tiene como objetivo una fuerte participación de la víctima en el proceso penal (*victim participation model*).⁴

Este fenómeno es, fundamentalmente, el resultado de un desarrollo globalizado desde la década de los setenta, que se ha manifestado de muchas formas, tanto legislativas como jurisdiccionales y en el que, naturalmente, la Unión Europea ha tenido un relevante papel con una política legislativa en cuya agenda ha situado a la víctima en una prioritaria posición.⁵

Para ello se hace necesario dotar a las víctimas de un marco de garantías homogéneas a nivel de toda la Unión Europea, necesidad que

3. Véase, por ejemplo, BARONA VILAR, S., «Influencia de la Unión Europea e instancias supranacionales en la tutela penal de la víctima, en la justicia restaurativa y en la mediación penal», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Barcelona, 2013, pp. 83 y ss.

4. VERVAELE, J., «El Espacio de Libertad Seguridad y Justicia: ¿hacia una protección equivalente de las partes en el proceso penal?», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, 2013, pp. 17 y 18.

5. Como señala DE HOYOS, el retorno de la víctima al proceso penal, más allá de su papel de testigo en la causa, es hoy un hecho incuestionable en el ámbito de la Unión Europea, y forma ya parte de su política criminal, al menos de la última década; además, todo parece indicar que ha vuelto para quedarse («Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 34, 2014).

aparece ligada al objetivo de consolidar un espacio de libertad seguridad y justicia y a la apuesta por el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales⁶ como *pedra angular* de la cooperación judicial a la que finalmente se da carta de naturaleza en el TFUE (art. 67.3).

Entre las diversas normas aprobadas a tal efecto, y que se han venido sucediendo desde la inicial Decisión marco de 2001/220/JAI sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal,⁷ centraremos aquí nuestra atención en una específica, que recientemente ha sido objeto de trasposición en España: la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección,⁸ de 13 de diciembre de 2011.

Constituyó la segunda de las Directivas adoptada en el marco de la comunitarizada cooperación judicial penal en el nuevo escenario de Lisboa al amparo de lo previsto por el art. 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que prevé la adopción de normas mínimas bajo esta forma de Directiva y con arreglo al procedimiento

6. Sobre el principio del reconocimiento mutuo *vid.*, por todos, DE HOYOS SANCHO, M., «Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales», en HOYOS SANCHO, M. DE (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, Valladolid, 2008, pp. 41-78 y bibliografía allí citada. Recientemente *vid.* MORENO CATENA, V., «El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo y sus implicaciones. Perspectivas del Tratado de Lisboa», en *Cooperación Judicial Penal en Europa* (CARMONA RUANO, GONZÁLEZ VEGA y MORENO CATENA, dirs.), Madrid, 2013, pp. 41 y ss. Asimismo, SANZ MORÁN, A. J., «Problemas de legitimación: tensión entre armonización legislativa y reconocimiento mutuo», en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid-Barcelona, 2012.

7. Para una visión general de las diversas normas generales y sectoriales adoptadas, *vid.* DE HOYOS SANCHO, M. DE, «La armonización del estatuto de las víctimas en la UE», en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, cit., pp. 409 y ss. y VIDAL FERNÁNDEZ, B., «Protección de las víctimas en el proceso penal», en JIMENO BULNES, M. (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, Granada, 2014, pp. 153 y ss.

8. DO L n.º 338, de 21.12.2011. Sobre este instrumento permítaseme remitir a mis trabajos anteriores «Eficacia transnacional de las medidas de protección y de vigilancia», en DE HOYOS SANCHO, M. directora, *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Valencia, 2013, pp. 327-351; y «Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección», en MARTÍN OSTOS, J. (coordinador), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Barcelona, 2013, pp. 43-66.

ordinario, en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza.⁹ Y una de las áreas señaladas por ese precepto —en su apartado c)— como idóneas y necesarias a tal efecto era la armonización de «los derechos de las víctimas de los delitos».

Como la propia Directiva se encarga de recordar desde sus primeros Considerandos (1 y 6), en un espacio común de justicia sin fronteras interiores es menester garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado. Debe garantizarse asimismo que el ejercicio legítimo por parte de los ciudadanos de la Unión de su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del art. 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del art. 21 del TFUE, no vaya en menoscabo de su protección.

La Directiva sobre la orden europea de protección, vino a dar respuesta a esta necesidad. Y forma parte de un conjunto de medidas coherente y general sobre los derechos de las víctimas,¹⁰ tras haberse identificado por la Comisión como una prioridad estratégica con base en el Programa de Estocolmo¹¹ y en su Plan de acción¹² la necesidad de establecer medidas para reforzar los derechos de las víctimas de la delincuencia y garantizar que quede cubierta su necesidad de protec-

9. Para una completa comprensión del alcance del precepto, véase MAPELLI MARCHENA, C., *El modelo penal de la Unión Europea*, Cizur Menor, 2014, pp. 403-420.

10. *Vid.* Resolución del Consejo, de 10 de junio de 2011, sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales (2011/C 187/01) donde desde el Consejo se advierte la necesidad de llevar a cabo una actuación a escala de la Unión para reforzar los derechos y la protección de las víctimas de delitos, e instó a la Comisión a que presentara las propuestas oportunas a tal fin.

11. *Vid.* Programa de Estocolmo «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», publicado en el DO n.º C 115, de 4 de mayo de 2010.

12. Plan de Acción presentado por la Comisión el 20 de abril de 2010 [COM (2010) 171 final: Ofrecer a los ciudadanos europeos un espacio de libertad, de seguridad y de justicia. Plan de Acción implementando el Programa de Estocolmo].

ción, apoyo y acceso a la justicia. En cumplimiento de tales objetivos se adoptó un paquete legislativo integrado por varios elementos que acompañan a esta Directiva y de los que se da cuenta en la Comunicación de la Comisión sobre el refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE:¹³ una Directiva por la que se establecen unas normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de la delincuencia,¹⁴ llamada a sustituir a la Decisión marco de 2001¹⁵ y un Reglamento referido al reconocimiento mutuo de medidas de protección adoptadas en materia civil,¹⁶ para complementar en esta esfera (civil) la Directiva sobre la orden europea de protección que versa exclusivamente sobre las órdenes dictadas en materia penal.

Englobada pues en el referido paquete de medidas legislativas y con un campo de actuación que no distingue entre categorías de víctimas (hombres y mujeres) ni tipos de violencia sobre ellas ejercida, se aprobó en diciembre de 2011 la Directiva sobre la orden europea de protección tras una azarosa gestación¹⁷ cuyos primeros pasos se

13. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 18.5.2011, COM (2011) 274 final.

14. COM (2011) 275 final, de 18.05.2011, finalmente adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo como Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (DO 315 de 14.11.2012) cuyo plazo de transposición vence el 16.11.2015. Sobre ella véase ampliamente DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE...», *op. cit.*

15. Sobre el contenido de la Decisión marco de 2001 y su grado de cumplimiento en España *vid.* VIDAL FERNÁNDEZ, B., «El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea», en DE HOYOS SANCHO, M., *El proceso penal en la Unión Europea...*, *op. cit.*, pp. 207 y ss. Sobre la defectuosa transposición de la Decisión marco de 2001 y la necesidad de sustitución por la nueva Directiva de 2012 *vid.* SERRANO MASIP, M., «Una Europa adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal», en *InDret*, abril, 2013. *Vid.* asimismo GÓMEZ COLOMER, J. L., *El estatuto jurídico de la víctima del delito*, Cizur Menor, 2014, en cuyas pp. 175 y ss. se ofrece una amplia panorámica de las normas de la Unión Europea referidas a la víctima.

16. COM (2011) 276 final, de 18.05.2011, finalmente adoptado como Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 (DO L181, de 29.6.2013).

17. Que ya tuve ocasión de comentar en su momento y excusa que lo haga ahora de

dieron bajo la presidencia española de turno del primer semestre de 2010.

El plazo de transposición de la Directiva venció el pasado 11 de enero de 2015. España cumplió en tiempo y forma con la exigencia de incorporación de la norma europea por medio de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea¹⁸ que ha entrado en vigor el pasado 17 de diciembre de 2014. Se trata de una ley ambiciosa que no solo incorpora a nuestro ordenamiento interno la citada Directiva sino que incluye además otros ocho instrumentos normativos de diverso cuño (directivas y decisiones marco) algunos de los cuales estaban a la espera de la referida incorporación (pese a haber vencido ampliamente en muchos casos el plazo para hacerlo)¹⁹ mientras que otros (*v. gr.* la euroorden) ya habían sido objeto de una previa transposición que es derogada y sustituida por la nueva norma. Entre los primeros se cuentan precisamente dos Decisiones marco aprobadas bajo el régimen anterior a Lisboa, pero que presentan importantes conexiones con la Directiva sobre la orden europea de protección: la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias

nuevo remitiéndome para ello a mi precedente trabajo: «Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección», *op. cit.*, pp. 43-49. Sobre este punto véase también MARTÍN MARTÍNEZ, «Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, mayo/agosto 2011, pp. 407-442; asimismo, DE HOYOS SANCHO, M., «La orden europea de protección: Estudio de la Iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, 2011, pp. 251 y ss.; GÓMEZ AMIGO, L., «Una nueva iniciativa europea para la protección de las víctimas especialmente vulnerables: la orden europea de protección», en ARMENTA DEU, T. y OROMI VALL-LLOVERA, S. (coords.), Madrid, 2010, pp. 257-266; SANZ HERMIDA, A. M., «Nuevos avances en la protección de las víctimas del delito», en *RGDPr (Iustel)*, n.º 25, 2011.

18. Publicada en el *BOE* n.º 282, de 21 de noviembre de 2014.

19. Es el caso, por ejemplo, de las Decisiones marco 2008/947/JAI y 2009/829/JAI sobre libertad vigilada y medidas sustitutivas de la prisión provisional respecto de las cuales se apreció un grado de incumplimiento generalizado por los Estados miembros según dio cuenta el Informe de la Comisión de 5 de febrero de 2013 revelando que habían sido transpuestas por apenas la mitad de los Estados miembros.

y resoluciones de libertad vigilada y penas sustitutivas²⁰ —conocida como Decisión marco sobre medidas de *Probation*— y, muy especialmente, la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, más conocida como la Decisión marco sobre la orden europea de vigilancia.²¹ La conexión de las Decisiones marco mencionadas con la Directiva se aprecia en el momento en que se advierte que la orden europea de protección descansa sobre la adopción de unas medidas de protección —enunciadas en el art. 5 de la Directiva—²² cuyo reconocimiento se pretende en otro Estado, medidas que, no obstante, no son exclusivas de este instrumento, puesto que presentan un contenido idéntico a algunas de las que pueden adoptarse con base en una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, acordada al amparo de lo previsto en la Decisión marco sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional²³ o de una resolución sobre libertad vigilada adoptada en atención a la Decisión marco 2008/947/JAI relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada,²⁴ cuyo contenido también transpone la norma española. Ello no obstante y al margen de otras diferencias, la perspectiva aquí es diversa.

20. Publicada en el DO L 337, de 16.12.2008.

21. Publicada en el DO L 294, de 11.11.2009. Sobre ella nos remitimos a nuestros trabajos precedentes «De la *orden europea de vigilancia* al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo», en ARANGÜENA FANEGO, C. (dir.), *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Valladolid, 2010, pp. 223-266; «La protección transnacional de la víctima por medio de la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea» en CABRERA MERCADO, R. (coord.), *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, pp. 79-91.

22. Y recogidas, como veremos, en el art.130.2 de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales.

23. Cfr. los arts.130.2 y 110.1.b) c) y f) de la LRM RP (y 5 de la Directiva) con el artículo 8.1 de la Decisión marco 2009/829/JAI.

24. Cfr. los arts.130.2 y 94 b) y f) de la LRM RP (y 5 de la Directiva) con el artículo 4 b) y f) de la Decisión marco 2008/947/JAI.

Las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión o sobre libertad vigilada están enfocadas desde el punto de vista del imputado o condenado y la medida que se adopta y a la que se le dota de eficacia transnacional «se traslada con él» tutelando de manera inmediata los fines del proceso (al posibilitar su disponibilidad) y aún del propio imputado (que con ello elude la prisión) o condenado (al facilitar su reinserción) aunque de manera mediata también a la víctima, en cuanto al vigilarse a aquel se le protege a esta. En la orden de protección la perspectiva es diametralmente opuesta ya que se proyecta directa e inmediatamente sobre la víctima a la que acompaña y protege cuando se traslada a otro Estado.

En cualquier caso y puesto que las normas citadas confluyen de alguna manera en el objetivo común (mediato o inmediato) de proteger a la víctima del delito, es necesario advertir de su mutua imbricación y la necesidad de comprobar si en la ley española de reconocimiento mutuo de resoluciones penales se ha llevado acabo la deseada transposición concordada de ambos instrumentos. Vaya por delante que este objetivo viene facilitado por la novedosa técnica legislativa empleada en esta ocasión que dejando a un lado la habitual dispersión ha apostado por un único texto para garantizar esa mejor (y concordada) transposición de instrumentos diversos y, al tiempo, reducir la complejidad y facilitar su empleo a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, secretarios judiciales, abogados) llamados a aplicarla.²⁵ No obstante, se advierte una vez

25. Como se señala en la Memoria del análisis de impacto normativo del inicial anteproyecto de ley, de 25 de enero de 2013, «la estructura utilizada en el anteproyecto está dirigida a facilitar su aplicación por parte de los profesionales destinados a ello. Para ello, como se ha apuntado al comienzo de esta memoria, se han unificado las denominaciones dadas a los instrumentos y se han asimilado a la terminología jurídica propia nuestro país, a fin de hacerlos más accesibles y comprensibles en su utilización diaria. Se ha tratado, además, de lograr una regulación simétrica respeto de la emisión y la ejecución de los instrumentos normativos, de recoger los elementos comunes a todos ellos así como sus particularidades —destaca, en este punto, la compilación de los supuestos de denegación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones, en los que los profesionales podrán conocer, por cada motivo aplicable, las peculiaridades propias de cada instrumento en cada caso concreto. Por último, se ha tratado se regular el procedimiento de emisión y ejecución con la mayor concreción y, al mismo tiempo, sencillez posibles, a fin de evitar dudas o interpretaciones erróneas al respecto».

más el tradicional error en que suele incurrir nuestro legislador a la hora de transponer normas europeas: su excesivo apego a la literalidad de las normas que incorpora ignorando a veces, como ha sido denunciado por la doctrina, que incorporar no es traducir.²⁶

II. OBJETIVOS

La lectura de los Considerandos 5 y 6 y del art. 1 de la Directiva, así como del apartado x de la Exposición de Motivos de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales (LRMRP, en adelante) proporciona una clara visión de los objetivos perseguidos, a la par que justifica su adopción: garantizar que los ciudadanos europeos víctimas de un hecho delictivo puedan ejercitar su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de la Unión Europea que se proclama en los arts. 3.2 TUE y 21 TFUE, sin que esto conlleve un menoscabo de su seguridad personal. Lo que se logra mediante un instrumento específico de reconocimiento mutuo que permite dotar de potencial eficacia transnacional en todo el espacio jurídico de la Unión Europea a las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro.

A tal fin establecen las normas adecuadas para hacer posible que la protección obtenida en un Estado miembro (Estado de emisión) pueda surtir efectos en otro Estado miembro al que se traslade la persona objeto de protección (Estado de ejecución), sin necesidad de incoar en él nuevos procedimientos, ni de justificar nuevamente ante sus autoridades los presupuestos de la medida de protección que ya disfruta en el Estado de emisión.²⁷

Y ello se efectúa recurriendo al mecanismo más efectivo de los que se emplean en relación con los instrumentos de reconocimiento mutuo:

26. Así BLANCO-MORALES LIMONES, P., «La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género», en *Diario La Ley*, n.º 8427, de 24 de noviembre de 2014. A modo de ejemplo véase el art.134.1 donde se habla de la salida del «Estado de emisión» cuando debería haberse dicho directamente «España».

27. Véase art. 1 de la Directiva, donde se describe su Objetivo, y las definiciones proporcionadas en el art. 2.

la creación de una orden europea que descansa sobre un certificado expedido por el juez de origen, siguiendo el modelo de la euroorden. A este respecto y como señala Tamarit, precisamente esta simetría del nuevo mecanismo de cooperación respecto al propio de la «orden europea de detención y entrega», refuerza el mensaje de que la protección de las víctimas merece, cuanto menos, los mismos esfuerzos que la persecución del delincuente, superando la concepción que entiende la política de protección de víctimas en clave esencialmente punitiva.²⁸

Sin perjuicio de tales objetivos principales, se pretende además que esta Directiva sobre la orden europea de protección complementa otros instrumentos ya aprobados en relación con materias vinculadas, como la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y penas sustitutivas, y la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, sobre la aplicación del mismo principio a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (Considerando 33). Ahora bien, teniendo en cuenta que a consecuencia de un mismo hecho delictivo pueden confluir medidas de vigilancia, medidas de *probation* y medidas de protección, la Directiva trata de conciliar los ámbitos reguladores de los tres instrumentos²⁹ bien a través de mecanismos de coordinación, bien por la exceptuación de la aplicación del régimen establecido en la Directiva a favor del sentado en los otros dos instrumentos, evitando en todo caso que ejecución de medidas de protección y supervisión de medidas de vigilancia (o de *probation*) puedan coincidir en un mismo Estado miembro; es decir, determina la incompatibilidad de una doble tutela a cargo del Estado destinatario. Lo que no impide que se adopte una orden europea de protección para ser reconocida en un Estado miembro al que se traslada la víctima con independencia de que ya exista una de vigilancia que supervisa el Estado donde el imputado se encuentra,³⁰ distinto del de emisión de la orden y

28. TAMARIT SUMALLA, «La política europea sobre las víctimas de delitos», en DE HOYOS SANCHO (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea...*, op. cit., p. 44.

29. Véanse los arts. 2, 7, 12, 13.1.b), 13.3, 13.4, 14.1.d) 20 y los Considerandos 16 y 33 de la Directiva.

30. La definición de «Estado de supervisión» la proporciona el art. 2.7 de la Directiva.

del de ejecución de la orden de protección. Los Considerandos 16 y 24 abundan en esta idea siendo especialmente expresivo el último de ellos cuando recuerda que habida cuenta de que la Directiva trata de situaciones en las que la *persona protegida* se traslada a otro Estado miembro, la emisión o ejecución de una orden europea de protección no implica transferencia alguna al Estado de ejecución de competencias en cuanto a las penas principales, en suspenso, sustitutivas, condicionales o accesorias, o en cuanto a las medidas de seguridad impuestas a la persona causante del peligro, siempre que esta persona siga residiendo en el Estado que haya adoptado la medida de protección.

La ley española de reconocimiento mutuo, ya en vigor, posibilita bajo las condiciones que a continuación se indicarán, la eficacia transnacional en el ámbito geográfico de la Unión Europea (excepción hecha —según se verá— de Dinamarca e Irlanda) de las medidas de protección penal (medidas cautelares y penas privativas de derechos) adoptadas al amparo de los arts. 544 bis y 544 ter LECRIM y 48 CP y que la persona protegida que se traslada a otro Estado reciba en él una protección si no idéntica, sí al menos equivalente a la que se habría acordado si la medida de protección se hubiera dictado inicialmente en el lugar al que se desplaza.³¹ Del mismo modo que permitirá el reconocimiento y ejecución en España de órdenes de protección dictadas en otros Estados miembro.

En lo que aquí interesa, es el título VI el que se ocupa de las normas reguladoras de la orden de protección. A ellas ha de añadirse lo dispuesto en el título I que contiene las normas generales de la transmisión y del reconocimiento y ejecución de todos los instrumentos de reconocimiento mutuo en la Unión Europea, sin olvidar el título preliminar que explicita las disposiciones básicas que conforman el régimen jurídico del reconocimiento mutuo. No obstante, y por lo que antes se ha indicado, tampoco debemos perder de vista los títulos IV y V que se dedican, res-

31. No obstante, estas actuaciones tendentes a la eficacia transnacional de la protección acordada no implican transferencia alguna al Estado de ejecución de competencias en cuanto a las penas o en relación con las medidas de seguridad que se pudieran haber impuesto a la persona causante del peligro, siempre que esa persona siga residiendo en el Estado que dictó la medida de protección (Considerando 24 de la Directiva).

pectivamente, a las resoluciones sobre libertad vigilada y medidas sustitutivas de la prisión.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Exposición de Motivos de la LMRP en su apartado X introduce la orden de protección describiéndola como una resolución penal que puede adoptar la autoridad competente de cualquier Estado miembro en relación con una medida de protección previamente adoptada en ese Estado por la que se faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o *posibles víctimas* de *delitos* que se encuentren en peligro, cuando se hayan desplazado a su territorio. Y permite que las medidas de protección adoptadas a favor de una víctima le acompañen en cualquier lugar de la Unión Europea al que se desplace, de manera ocasional o permanente.

Tomando como punto de partida tales planteamientos generales, determinemos, a continuación con más precisión su ámbito de aplicación.

1. Objetivo

El novedoso instrumento de protección introducido por la LMRP en armonía con los planteamientos de la Directiva se articula sobre una resolución específica —la orden europea de protección— que acuerda la autoridad de un Estado miembro —en el caso de España, una autoridad judicial—³² sobre la base de una previa medida de protección existente, para que sea reconocida en otro Estado miembro al que se va a desplazar la víctima.

32. Concretamente y según determina el art.131.1LRMP «los Jueces o Tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección».

La orden europea de protección se define en el art. 130 LRMRP como una «resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos... cuando se encuentren en su territorio». La definición proporcionada no diferencia con la claridad deseable que una cosa es la orden de protección (una resolución judicial documentada en un certificado expedido con arreglo a las exigencias a que posteriormente se hará referencia sobre la base de una resolución penal previa —auto cautelar o sentencia—) y otra la medida de protección que la sustenta (medida cautelar penal o pena restrictiva de derechos).

La medida de protección que está en la base de la orden se define de manera mucho más correcta en la Directiva que en la LRMRP, calificándose de «resolución en materia penal, adoptada en el Estado miembro de emisión con arreglo a su legislación y procedimientos nacionales, por la cual se impone a una persona causante del peligro una o más obligaciones previstas específicamente en el art. 5 de la Directiva —en síntesis, prohibiciones de acercamiento y contacto— a fin de proteger a esta persona de actos delictivos que puedan poner en peligro su vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual».

Se evidencia ya en estas definiciones, el vínculo de subsidiariedad entre el dictado de la orden europea de protección y el presupuesto necesario para su concesión: una medida de protección previa que ha de encajar en alguna de las modalidades enunciadas en el art. 5 de la Directiva (equivalente, como veremos, a las del art. 130.2 LRMRP). Lo que a su vez conduce a negar el carácter autónomo y/o independiente de la orden europea de protección.

La LRMRP no recoge propiamente una definición de medida de protección; pero sí se encarga de determinar que la orden de protección puede emitirse tanto en relación con medidas impuestas cautelarmente en un proceso penal como respecto de las penas privativas de derechos, siempre que consistan en cualquiera de las prohibiciones que enuncia a continuación: *a)* La prohibición de entrar o aproximarse a determinadas

localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta; b) La prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio, y c) O la prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor

Respecto al catálogo de prohibiciones enunciado, es prácticamente idéntico al del art. 5 de la Directiva si bien entre las prohibiciones del apartado a) añade a la prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas, la de *aproximarse* a ellas (no contemplada en el art. 5 de la Directiva), acogiendo la recomendación que se efectuó en el Informe de la Fiscalía General del Estado al inicial anteproyecto.³³ En este punto ha optado por una adición que se encuentra en sintonía con el catálogo de medidas de protección disponible en nuestra legislación interna y que permite una mayor protección para la persona protegida.

Al margen de esta mínima diferencia, el mimetismo del precepto de la norma española con respecto al catálogo de la Directiva es total al punto de haberse incluido el término «reglamentación» junto a prohibición, un mimetismo de la traducción de la Directiva que hubiera debido evitarse, pues no es la terminología habitual en nuestro derecho.³⁴

Por último, la lectura conjunta de los diversos preceptos citados (arts. 2 y 5 de la Directiva y 130 LRMRP) evidencia con total claridad que las medidas de protección que pueden estar en la base de una orden europea de protección han de ser de naturaleza estrictamente penal; nunca de naturaleza civil como por ejemplo y en nuestro derecho interno permite el art. 544 ter 7 LECRIM, los arts. 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y el art. 48. 2 CP. Tales medidas (civiles) podrían ser en su caso objeto de reconocimiento a través del sistema de certificados diseñado específicamente al efecto por el Reglamento (UE) 606/2013 que recién-

33. Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales, de 9 de abril de 2013, p.79.

34. Hubiera sido más correcto hablar de «restricción» o «limitación» o bien aludir a la «graduación» que se determine o que sea precisa, como se emplea en el art. 544 bis LECRIM.

temente ha entrado en vigor, con excepción de las adoptadas en materia de determinación de la responsabilidad parental (custodia y régimen de visitas) a las que se aplica el Reglamento 2201/2003.

2. Subjetivo

La Directiva establece denominaciones específicas en su art. 2, apartados 3 y 4 para los dos sujetos afectados por la orden europea: el que resulta amparada por ella («persona protegida») y el que debe soportar las consecuencias de su adopción («persona causante del peligro»). Y define a la primera como la persona física objeto de la protección derivada de una medida de protección adoptada por el Estado de emisión; y a la segunda como la persona física a la que se haya impuesto una o más de las prohibiciones o restricciones contempladas en el art. 5.

La LRMRP por su parte, no contiene definición alguna aunque las proporcionadas por la Directiva han de entenderse incorporadas en el art.130; entre otras cosas, en atención a lo dispuesto en el art. 4.3 LRMRP.

En primer lugar y atendiendo a la persona que puede ser amparada por la orden europea de protección el art.130.2 LRMRP menciona a las «víctimas» o «posibles víctimas» de delitos que pueden poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual.

Una lectura de este precepto a la luz de lo que se expresa en el Considerando 9 de la Directiva, permite comprobar, en primer lugar, que el instrumento se aplica en favor de cualquier víctima y no solo de las víctimas de la violencia de género (como en un principio, se barajó en la primitiva Iniciativa legislativa presentada por doce Estados miembros),³⁵ siendo tales medidas de protección las destinadas de manera

35. El 7 de enero de 2010, el COREPER tomó nota de la presentación de la *Iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de Protección*, presentada por Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Francia, Italia, Hungría, Polonia, Portugal, Rumania, Finlandia y Suecia (DO C 69, de 18 de marzo de 2010). Sobre el texto de la Iniciativa, véase la bibliografía reflejada en la nota 14 de este artículo.

específica a proteger a una persona contra actos delictivos causados por otra que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual, o su dignidad o libertad personal, así como a evitar la reiteración delictiva o reducir las consecuencias de los delitos cometidos anteriormente.

La mención que se hace a «la víctima» o «posibles víctimas» puede entenderse desde dos puntos de vista diversos.

Por una parte, teniendo en cuenta que la orden de protección puede emitirse tanto en relación con medidas impuestas cautelarmente en un proceso penal (v. gr. 544 bis y 544 ter LECRIM. y art. 28.1 II de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores), como respecto de las penas privativas de derechos (v. gr. arts. 48 y 57 CP) siempre que consistan en las prohibiciones a que se refiere el art. 130.2 LRMRP. La ley española habría actuado aquí con la precisión debida reclamada por un relevante sector de la doctrina europea³⁶ contraria al empleo del término «víctima» con relación a un proceso penal en tramitación y en tanto no haya una sentencia de condena. La ley española reservaría aquí el término «víctima» a la persona respecto de la cual se adopta una orden de protección en relación con una pena y en cambio el de «posible víctima» cuando la orden se refiera a una medida de protección dispuesta con carácter cautelar. Si así fuera, hubiera sido más conveniente emplear el término «presunta víctima» que es más gráfico y descriptivo que el de «posible víctima» copiado del Considerando 11 de la Directiva.

Por otra parte, puede buscarse también una explicación diversa (o complementaria) acudiendo al Considerando 12 de la Directiva que se encarga de determinar el círculo de potenciales beneficiarios por la

36. Así, J. M. SILVA SÁNCHEZ en la española («Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad”» y del «Derecho de la víctima al castigo del autor», en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Ed. A. García-Pablos de Molina, Granada, 2009, pp. 17 y ss., esp. p. 40); L. LUPARIA en la italiana («Reflexiones sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal italiano», *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 8, 2012, pp. 99 y ss., esp. p. 112) y SCHÜNEMANN en la alemana («Der Ausbau der Opferstellung im Strafprozess-Flucht oder Segen?», en *Festschrift für Rainer Hamm*, Berlín, 2008, pp. 687 y ss., p. 688, nota n.º 5).

orden de protección que, si bien resulta limitado a las víctimas de una infracción penal, se amplía eventualmente a sus familiares («posibles víctimas») para el caso de que hubieren resultado amparados también por una medida de protección que acompañara a la que se le hubiere otorgado a la principal persona protegida (la «víctima»). Se trata, desde luego, de una interpretación bastante más forzada, pero a la que se recurre para tratar de buscar la adecuación de la ley española a una de las exigencias de la Directiva: extender la protección a los familiares de la «principal persona protegida» a los cuales se habilita también para «solicitar y quedar amparado por la orden de protección en los términos de la Directiva».³⁷

Respecto de la persona causante del peligro, la LMRP la identifica implícitamente (art. 130.1 y 2) con la persona física a la que se le haya impuesto alguna de las prohibiciones o restricciones enunciadas en el citado precepto por estar imputado o haber sido condenado por un delito contra la vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual cometido contra la persona protegida. Y se refiere indistintamente a él con esta denominación (persona causante del peligro) o con la de imputado o condenado (art. 134.3).

3. Espacial

Aunque, según se ha visto, la Exposición de Motivos de la LMRP (apartado X) afirma genéricamente una potencialidad territorial de la orden europea de protección coincidente con todo el ámbito espacial de la Unión Europea, esta inicial percepción ha de matizarse en un doble sentido.

37. *Vid.* Considerando 12. Sobre este particular y sin perjuicio de que pudiera plantearse en su momento una cuestión prejudicial al TJUE, cabría la posibilidad de invocar la aplicabilidad directa y obligatoriedad jurídica de la Directiva como acto típico comunitario ex art.288 TFUE (así lo proponía refiriéndose al primitivo Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo, MORENO CUETO, C., «La orden europea de protección. Su transposición en el Proyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea», en REDCE, n.º 21, enero-junio de 2014.

En primer lugar, por la propia «geometría variable» que caracteriza a la Unión Europea y que restringe ya la potencialidad del instrumento al quedar excluidos de su ámbito de aplicación dos Estados miembros: Dinamarca e Irlanda. En efecto, al habitual desmarque de Dinamarca en virtud de su cláusula *opt-out* se le ha sumado el de Irlanda que no hizo uso de su *opt-in* y no participó en la adopción de la Directiva, sin que por tanto le resulte vinculante y sin perjuicio de que en un futuro pueda solicitar su incorporación.³⁸ El instrumento nació así lastrado por esta adicional limitación espacial de su ámbito de aplicación evidenciando una vez más el peligro de esa Europa a dos velocidades y/o de una «Europa a la carta» advertido por la doctrina.³⁹

En segundo lugar, por el propio funcionamiento de la orden europea de protección que la conforma como una medida de eficacia territorial limitada, a tenor de lo que dispone el artículo 6.1 de la Directiva y, en similares términos, el 133 b) LMRP que condiciona su dictado a los casos en que «la víctima resida, permanezca o tenga intención de hacerlo en otro Estado miembro de la Unión Europea». Se advierte que existe una clara limitación espacial de la eventual orden europea a adoptar, que no irá más allá del territorio donde se hubiera desplazado o tuviera previsto desplazarse la víctima. Ámbito que si bien por regla general se limitará a un Estado miembro, puede extenderse a más de uno, como admite expresamente el art. 136 LMRP que permite la transmisión simultánea de la orden a varios Estados para su ejecución si la víctima manifiesta su intención de permanecer en varios de ellos.

38. Todo ello de conformidad con los arts. 3 y 4 del Protocolo n.º 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda con respecto al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. *Vid.* ARANGÜENA FANEGO, C. y FONSECA MORILLO, F., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en *Políticas comunitarias. Bases Jurídicas* (CALONGE VELÁZQUEZ y MARTÍN DE LA GUARDIA, coords.), Valencia, 2013, pp. 150, 151 y 156.

39. *Vid.*, entre otros muchos, CARRERA, S. y GEYER, F., «El Tratado de Lisboa y un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: excepcionalismo y fragmentación en la UE», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, n.º 29; CALDERÓN CUADRADO, M. P., «¿Hacia una europeización del proceso?», en MARTÍN OSTOS (coord.) *El derecho procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario*, Barcelona, 2013, p. 141.

No obstante, sea uno, o sean varios, se requiere, en todo caso, una vocación de cierta permanencia como requisito para justificar la orden (no un simple viaje esporádico) y a tal fin la autoridad competente del Estado de emisión tendrá en cuenta, entre otros criterios, la duración del período o períodos durante los cuales la persona prevea permanecer en el Estado de ejecución —ámbito territorial al que precisamente se circunscribe su proyección— así como la importancia de la necesidad de protección (art. 133 LRMRP).

IV. EMISIÓN POR LA AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

Puesto que el objetivo de estas páginas es analizar la protección transnacional de una víctima que se desplaza desde España a otro país de la Unión Europea, examinaremos únicamente la vertiente activa de la orden; esto es, cuando España actúa como Estado de emisión.

La emisión de una orden europea de protección se regula en los arts. 133 a 137 de la LRMRP, a los que hay que sumar el art. 131 que determina la autoridad competente para realizarlo.

1. Competencia

Según se ha adelantado, la LRMRP reserva a las autoridades judiciales, la competencia en relación con la emisión (y ejecución) de la orden europea de protección.

Se trata de una solución necesaria y plenamente justificada en atención a nuestro sistema procesal penal en el que no solo las penas, sino también las medidas cautelares se reservan a la jurisdicción.

Solución que, por otra parte, no tiene por qué ser la seguida por otros Estados miembros dado que la Directiva en su articulado, en armonía con lo que se adelanta desde el Considerando 3 y se justifica en el Considerando 8, admite que las autoridades competentes no sean de carácter judicial. Lo que si bien permite que se pueda adaptar perfecta-

mente a los distintos sistemas de los Estados miembros, genera alguna duda ante las más que probables reticencias que se suscitarán entre las autoridades judiciales de los Estados en que, como España, este tipo de medidas tienen carácter estrictamente judicial. Téngase en cuenta que cuando en la Directiva se habla de autoridades «equivalentes» no se está pensando en el Ministerio Fiscal, que en principio ya se entiende incluido en la categoría de *autoridad judicial* puesto que tiene reconocida la consideración de tal en el ámbito de actuación de la cooperación judicial internacional,⁴⁰ sin perjuicio de las funciones reconocidas por nuestro ordenamiento en dicho ámbito;⁴¹ se trata, en suma, de autoridades policiales o penitenciarias, que en determinados ordenamientos están facultadas para adoptar medidas de este tipo. Puesto que nos enfrentamos aquí únicamente al aspecto activo, o de emisión, de la orden europea soslayamos el problema apuntado puesto que será a la hora de la ejecución en España de órdenes emitidas por autoridades competentes equivalentes (pero no judiciales) donde acaso puedan surgir los recelos.⁴²

40. Ya el Instrumento de Ratificación del Convenio n.º 30 del Consejo de Europa sobre la Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 (BOE de 17.09.82), reconoce al Ministerio Fiscal español como autoridad judicial en materia de cooperación internacional, concretamente en el art. 24 del mismo, que declara expresamente que «A los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales: Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria; los miembros del Ministerio Fiscal y las autoridades judiciales militares» habiéndose mantenido dicha declaración en el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (BOE de 15 de octubre de 2003).

41. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal entre las funciones que enumera el art. 3, en el apartado 15 está la de «Promover, o, en su caso prestar, el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales».

42. Recelos, no exentos de justificación. Una lectura del art. 5 de la Directiva en el que se enumeran con carácter de *numerus clausus* las limitadas medidas de protección que pueden adoptarse y transferirse vía orden de protección (en esencia, prohibiciones de acercamiento y comunicación), permite comprobar quedese desde el punto de vista del sistema procesal penal español, son medidas de carácter estrictamente judicial que encajan perfectamente en el catálogo del artículo 544 bis y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y que para su adopción en España necesariamente se habrá tenido que seguir un procedimiento contradictorio y con todas las garantías para el imputado (imputación judicial previa, asistencia letrada, posibilidad de impugnación). El proble-

La LRMRP atribuye la competencia a los «Jueces y tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección». Se trata de una norma de competencia funcional, cuya aparente claridad — advierte Cueto— se presta sin embargo a equívocos, por cuanto es posible que, caso de venir constituida la medida de protección por una medida cautelar, la misma se haya acordado por un juez de Instrucción o un juez de Violencia sobre la Mujer y posteriormente el procedimiento se haya remitido al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia Provincial, no determinándose claramente si la competencia correspondería en tal caso al órgano instructor o al de enjuiciamiento; y el mismo problema se plantearía en el supuesto de que se hubiera dictado por el Juzgado de Instrucción o el de Violencia sobre la Mujer una sentencia de conformidad con pena privativa de derechos y se hubiera remitido posteriormente el procedimiento al juzgado competente para su ejecución.

En opinión de la autora citada, la competencia para emitir y transmitir la orden ha de ostentarla el órgano judicial que esté conociendo del procedimiento en el momento en el que se solicite la emisión de la orden por ser este el órgano que se hallará en mejores condiciones

ma es que esto puede no ser así en otros Estados y la confianza sobre la que descansa el reconocimiento mutuo exige ahora que autoridades judiciales de un Estado como España deban dar por buenas medidas que pueden haber sido adoptadas por la propia policía algo, por cierto, que no está realmente amparado por el artículo 82.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que limita el ámbito de estas directivas y el juego del reconocimiento mutuo a las *sentencias y resoluciones judiciales*. Se trata de una cuestión problemática que ha sido puesta de manifiesto en estudios relativos al reconocimiento mutuo en materia penal y que afecta por regla general al reconocimiento de medidas (de protección y cautelares) que pueden adoptarse pendiente el proceso. Mientras que las resoluciones *finales* plantean en general menos dificultades al haber sido adoptadas por autoridades judiciales equivalentes en todos los Estados miembros, las autoridades competentes para adoptar medidas *pre-sentencia* son a menudo de naturaleza muy diversa (véase sobre este punto el estudio realizado por VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G. y SURANO, L., *Étude « Analyse de l'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union Européenne » Rapport Final* , 20 noviembre 2008, p. 11, en el que a la vez que advierte de esta dificultad también recuerdan que a diferencia de las definitivas, las cautelares y de protección tienen un alcance limitado y, por consiguiente, en principio es más sencillo reconocerlas. Asimismo, DE HOYOS SANCHO, M., «La orden europea de protección...», *op. cit.* , p. 257).

para valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto en el momento de deducirse la solicitud y garantizar la inmediatez en la resolución. Compartimos estos argumentos a los que añadimos que además así se dota de mayor sentido a la referencia que se hace a los «Tribunales». Ahora bien, tal solución no encuentra adecuado reflejo en la reforma orgánica que ha acompañado a la LRMRP operada por Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En ella se han actualizado las competencias en materia de emisión y transmisión de instrumentos de reconocimiento mutuo de Juzgados de Instrucción (art. 87.g LOPJ), Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 ter f/ LOPJ), Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 LOPJ), de lo Penal y Centrales de lo Penal (art. 89 bis 4 LOPJ), Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (art.94 1 y 4 LOPJ), Juzgados de Menores (art. 97 LOPJ) y Juzgado Central de Menores (art. 96.2 LOPJ). Sin embargo no se contiene referencia alguna a esta posible competencia con relación a las audiencias u otros tribunales.

2. Presupuestos

La emisión de la orden europea de protección requiere de una resolución específica adoptada por la autoridad judicial española competente (art. 131.1 LRMRP) dictada tras valorar y considerar concurrente la expansión del riesgo para la seguridad de la víctima más allá de sus fronteras.

La extraterritorialidad de la necesidad de protección, se erige en presupuesto básico de la orden como particular forma de *periculum*, para cuya valoración el juez o tribunal competente deberá tomar en cuenta entre otros factores la duración de la estancia (expresamente mencionada en el art. 133) y la proporcionalidad de extender la medida al ámbito territorial solicitado (igualmente recogida en el precepto citado cuando exige valorar la *importancia de la necesidad de protección*).

A juicio de Rodríguez Lainz,⁴³ lo que en realidad estaba proponiendo el legislador europeo (y así ha sido recogido por nuestra Ley de reconocimiento mutuo) es que el órgano emisor someta los parámetros definidores de la medida de protección a la posibilidad de su expansión extraterritorial; con la implicación que ello supone de principios como el de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad en cuanto a las restricciones o prohibiciones específicas a las que podría afectar.

El art. 133 LRM RP menciona expresamente como criterios a tener en cuenta, entre otros, la duración del período o períodos en que la persona protegida tiene intención de permanecer en el Estado de ejecución, así como la importancia de la necesidad de protección. Respecto al criterio de la «duración», resulta acertada la supresión del plazo mínimo de un mes que inicialmente se había establecido en el Anteproyecto de ley atendiendo en este punto a la recomendación efectuada desde el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al inicial Anteproyecto.⁴⁴ Como se señala en el citado Informe, en la Directiva la duración del periodo de estancia (que no se determina de modo exacto) se señala como un criterio más para valorar la oportunidad de la orden y habrá de estarse a las circunstancias concurrentes y a la importancia de la necesidad de protección. Además, con este requisito podrían quedar fuera de protección las víctimas transfronterizas que viven en un país pero trabajan en el colindante.

El art. 133 de la LRM RP, aunque solo cita expresamente los dos requisitos antedichos como necesarios para emitir la orden, afirma con claridad que son criterios a valorar *entre otros*. Esto conduce a traer a colación el Considerando 13 de la Directiva que exige tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida al territorio del Estado de ejecución, la gravedad del riesgo que corre la persona protegida así como y en su caso, la eventual especial vulnerabilidad de la víctima a la que alude el Considerando 15.

43. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «La orden europea de protección», *op. et locs. cit.*

44. Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de abril de 2013 al Anteproyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales Penales en la Unión Europea y al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En cuanto al título habilitante de la orden europea, puede ser tanto un auto de medidas cautelares imponiendo cualquiera de las prohibiciones del art. 544 bis LECRIM., como adoptando una orden de protección dictado al amparo del art. 544 ter LECRIM. o bien imponiendo alguna de las medidas de protección indicadas en el art. 64 de la LO 1/2004 de medidas de protección integral frente a la violencia de género siempre y cuando sean de carácter penal y hayan sido dictadas en causa por delito.⁴⁵ A ellos ha de sumarse la sentencia de condena que imponga alguna de las penas privativas de derechos dictada al amparo de los arts. 48 y 57 CP coincidente con cualquiera de las prohibiciones del art. 130.2 LRM RP.

Pero además consideramos posible igualmente la certificación de alguna de las medidas cautelares o definitivas recogidas en los arts. 7.1.h) i) y art. 28.1.II de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores consistentes en alguna de las prohibiciones del art. 130.2 LRM RP. La ley española, desde luego, no impide su certificación; otra cosa será que en el Estado de ejecución la minoría de edad (que oscila extraordinariamente de un Estado a otro) pueda precisamente actuar como causa de denegación al ser este uno de los motivos de denegación admitidos en el art. 10.1 h) de la Directiva.

3. Procedimiento para su adopción

En cuanto al procedimiento para su adopción destaca en primer término su *carácter rogado*. La emisión de la orden tendrá lugar únicamente a solicitud de la víctima —art. 133.c) LRM RP en armonía con el art. 6.2 de la Directiva que exigía su dictado *a instancia de la persona*

45. Únicamente se citan las medidas de protección de este artículo por ser las coincidentes con las admitidas en el art.130 LRM RP. Las demás recogidas en otros preceptos de la LO 1/2004 (arts. 63 —medidas de protección de datos y exclusión de la publicidad— 65 —suspensión de la patria potestad o custodia de menores—, 66 —suspensión del régimen de visitas—, 67 —suspensión de la tenencia, porte y uso de armas—. En este punto discrepamos de CUETO MORENO cuando admite genéricamente como título habilitante un auto de medidas de protección adoptadas al amparo de los arts. 62 y ss. de la LO 1/2004, obviando que en tales preceptos se incluyen medidas de imposible reconocimiento por medio de este instrumento.

protegida—. El texto normativo es tajante en este punto, por lo que resulta meridianamente claro que no es posible su dictado a instancia de terceros (excepción hecha de los supuestos de tutela o representación legal a que alude el art. 133 c).

Cosa distinta es la posibilidad de que la autoridad judicial española en el momento de adoptar cualquier medida de protección conforme a nuestro ordenamiento procesal penal que contenga cualquiera de las prohibiciones referidas en el art. 130.2 LRMRP, informe a la persona protegida de la posibilidad de solicitar que se dicte una orden europea de protección en caso de que decida trasladarse a otro Estado miembro, así como de las condiciones básicas para presentar dicha solicitud aconsejando que lo realice antes de salir del territorio español (art. 134.1 LRMRP).⁴⁶ Este deber de información se encuentra en armonía con los derechos que a la víctima le reconoce la Directiva 2012/29/UE cuyos trabajos de transposición por medio del Estatuto de la Víctima se encuentran ya en su recta final.

En definitiva, será únicamente la persona protegida, o bien su tutor o representante legal quien podrá presentar su solicitud de orden europea de protección a la autoridad judicial española (art. 134.1 LRMRP), o bien ante la autoridad competente del Estado de ejecución si ya se hubiera desplazado (art. 134.2 LRMRP). Respecto a esta segunda posibilidad, menos recomendable, la LRMRP guarda silencio sobre las actuaciones subsiguientes a tal petición deducida en el Estado de ejecución, lo que exige acudir para su integración a los arts. 6.3 y 6.7 de la Directiva que indican la necesidad de que la autoridad del Estado de ejecución que la reciba la transmita lo antes posible a la autoridad judicial española, única competente para adoptar la orden europea de protección. Y es que el reparto de papeles entre una y otra autoridad es claro⁴⁷ y se explica en atención al principio de subsidiariedad de la orden europea frente a la medida de protección que le sirve de fundamento: la de emisión dicta la orden pero también acuerda su prórroga, revisión, modificación y anulación

46. Este precepto, art. 134.1, habla de antes de salir del territorio del Estado de emisión (*sic*), evidenciando una traducción mimética (y censurable) del texto de la Directiva (en su art. 6.5).

47. *Cfr.* artículos 11 y 13 de la Directiva.

(art. 137.1.a) y solo excepcionalmente impone una medida privativa de libertad si la revocación obedece a un incumplimiento previo de la medida que es consecuencia de una orden de vigilancia o pena sustitutiva (art. 137.1.b),⁴⁸ mientras que la de ejecución adopta y ejecuta las medidas de protección consiguientes al reconocimiento de la orden (lo que también incluye su eventual suspensión) y, en caso de incumplimiento, y en función de que el mismo constituya o no una infracción penal en su propio ordenamiento jurídico puede llegar a imponer sanciones penales,⁴⁹ adoptar cualesquiera otras resoluciones (no penales) o limitarse a adoptar las oportunas medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento a la espera de una ulterior resolución del Estado de emisión.

En cualquier caso, el silencio de la LRMRP en este punto es inexplicable. Debería haberse aprovechado además para haber previsto que en estos casos de solicitud deducida fuera de España, pudiera haberse efectuado en las oficinas diplomáticas o consulares españolas que puedan existir en el Estado de ejecución.⁵⁰

También puede predicarse del procedimiento su *carácter contradictorio*, cuya correcta comprensión exige tener muy presente, una vez más, la estrecha vinculación entre la medida de protección previamente acordada por la autoridad judicial española y la orden que se va a expedir para su posterior reconocimiento en otro Estado. De este modo, para expedir la orden se tendrá que comprobar que en el procedimiento previo que sirvió para acordar la medida de protección (medida cautelar o penal) la persona causante del peligro (imputado o condenado) pudo ejercer su derecho a ser oído y a impugnar la medida y, no siendo así, habrán de ser garantizados tales derechos en este momento y con carácter previo a la expedición de la orden (art. 134.3 LRMRP).

48. *Vid.* el Considerando 26 de la Directiva donde se explica la doble reacción que puede generar el incumplimiento, permitiendo la adopción de medidas en el Estado de emisión (*v. gr.* una privativa de libertad en sustitución de la no privativa inicialmente acordada), pero también de eventuales sanciones en el de ejecución, sin que ello haya de implicar vulneración alguna de los derechos del causante del peligro incumplidor.

49. Si así están previstas en su ordenamiento jurídico; por ejemplo en España, el quebrantamiento de medida cautelar.

50. Así lo advierte CUETO MORENO, C., «La orden europea de protección...», *op. cit.*

La LRMRP en este punto parte de la base de dar audiencia en todo caso y previa a la adopción de la orden a la persona causante del peligro. Pero solo se materializará dicha audiencia en una vista contradictoria a celebrar dentro de las setenta y dos horas siguientes a la recepción de la solicitud y a la que se convocará a dicha persona causante del peligro asistida de letrado, además del Ministerio Fiscal y «demás partes personadas», cuando aquella (el imputado o condenado) no hubiera sido oído con carácter previo en el procedimiento penal en que se adoptó la resolución (auto o sentencia) acordando las medidas de protección (art. 134.3.II LRMRP). Fuera de estos supuestos, la audiencia previa al afectado por la orden no tiene por qué ajustarse al modelo de vista oral,⁵¹ y tendrá por objeto únicamente permitir sus alegaciones antes de la emisión de la orden de protección, cuidando de no comunicar en ningún caso a la persona causante del peligro la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida, a menos que ello sea necesario para la ejecución de la medida adoptada, lo cual dependerá, obviamente, del contenido de la misma y de las prohibiciones y/o restricciones que contemple. Aunque la ley aquí nada diga, deberá darse también audiencia al Ministerio Fiscal, puesto que así se indica en el apartado v de la Exposición de Motivos LRMRP por más que esta previsión luego no se haya llevado correctamente al articulado de la ley.

Con este diseño contradictorio la norma española es bastante más garantista para con los derechos de la persona causante del peligro que la Directiva al conferir audiencia previa en todo caso, a diferencia de la Directiva que también admitía la diferida. En efecto, la norma europea fuera de los supuestos en que la persona causante del peligro no hubiera sido oída en el curso del procedimiento que hubiera conducido a la adopción de la medida de protección aplazaba la comunicación al agresor a un momento posterior a la emisión de la orden y supeditaba tal comunicación a su reconocimiento por la autoridad de ejecución.⁵² De tal modo que solo

51. CUETO MORENO en la obra anteriormente indicada menciona la posibilidad de hacer uso de la videoconferencia o teléfono al amparo de lo previsto en el art. 22.3 LRMRP si bien este precepto está ubicado en las normas generales relativas no a la emisión, sino al reconocimiento y ejecución.

52. Véanse los arts. 6.4, 9.3 y 10.2.c) de la Directiva, en los que se pone de mani-

hace partícipe de esta decisión al causante del peligro cuando finalmente se haya acordado tras el reconocimiento de la orden alguna medida de protección, posibilitando entonces el acceso a los recursos conforme a la legislación del Estado de ejecución. La solución española que ha atendido en este punto a las recomendaciones efectuadas por el Consejo General del Poder Judicial,⁵³ se explica en atención a un dato relevante: y es que la emisión, transmisión y posterior ejecución de la orden de protección puede suponer la adopción de medidas distintas en el Estado de ejecución, por más que no puedan ser de mayor gravedad.

Atendidos los extremos anteriores, podrá expedirse la orden europea de protección acomodada al modelo de formulario que figura en el anexo VII al texto de la LRM RP (que transpone el anexo I de la Directiva, idéntico por tanto para todos los Estados miembros), traducido a la lengua oficial (o a una de las lenguas oficiales) del Estado miembro al que se dirija o bien a aquella otra u otras lenguas oficiales de las instituciones comunitarias que el Estado en cuestión también haya admitido a estos efectos (art. 7.3)⁵⁴ y firmado por la autoridad judicial competente que haya dictado la resolución que documenta (art. 7.2).

4. Contenido de la orden europea de protección

Debe contener un mínimo de información, bastante exhaustivo, al que si bien no se alude sistemática y específicamente en ninguno de los artículos de la LRM RP dedicados a la orden de protección, sí se determina de manera bastante completa en el anexo VIII que la acompaña (y en el que ha de documentarse la orden) y se detalla en el art. 7 de la

fiesto el intento de atemperar las exigencias de audiencia y contradicción propias del derecho al debido proceso, con la necesidad de proteger de manera efectiva a la víctima, combinando en función de las circunstancias, la audiencia previa o diferida.

53. Véase Informe del Consejo General del Poder Judicial de 11 de abril de 2013 al Anteproyecto de Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Judiciales Penales en la Unión Europea y al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, p. 100.

54. Salvo que disposiciones convencionales permitan, en relación con ese Estado, su remisión al español.

Directiva al que, ante el silencio de la ley española, habrá de acudirse en atención a lo dispuesto en el art. 4.3 LRMRP.

Comprenderá:

- a) identidad y nacionalidad de la persona protegida, y las de su tutor o representante en caso de que la persona protegida sea menor o legalmente incapaz;
- b) fecha a partir de la cual la persona protegida se propone residir o permanecer en el Estado de ejecución, así como el período o los períodos de permanencia, si se conocen;
- c) nombre, dirección, números de teléfono y fax, y dirección de correo electrónico de la autoridad competente del Estado de emisión;
- d) referencia (por ejemplo, por medio de un número y de una fecha) del acto jurídico que contiene la medida de protección en la que se funda la orden europea de protección;
- e) resumen de los hechos y circunstancias que dieron lugar a la imposición de la medida de protección en el Estado de emisión; dicha descripción en cualquier caso, deberá ser suficientemente expresiva para permitir el control de la doble incriminación bajo el que funciona este instrumento;⁵⁵
- f) prohibiciones o restricciones impuestas a la persona causante del peligro en virtud de la medida de protección en la que se funda la orden europea de protección, duración de las mismas, indicación de la pena o sanción aplicable, si ha lugar, en caso de incumplimiento de la correspondiente prohibición u obligación;
- g) en su caso, utilización de un dispositivo técnico que se haya suministrado a la persona protegida o a la persona causante del peligro como medio para hacer cumplir la medida de protección;

55. Nótese que en el certificado no se contempla otra posibilidad, y así se enuncia expresamente en el art. 20.3 LRMRP. Se trata de una recomendación que se ha efectuado ya a los Estados miembros respecto a otros instrumentos de reconocimiento mutuo una vez efectuadas las pertinentes evaluaciones de su funcionamiento (así, para el caso de la orden europea de detención y entrega, según puede verse en la «Versión revisada del manual europeo para la emisión de órdenes de detención europeas de 17 de diciembre de 2010 - 17195/1/10 REV 1/COPEN 275/EJN 72/EUROJUST 139).

- h) identidad, nacionalidad y datos de contacto de la persona causante del peligro;
- i) cuando la autoridad competente del Estado de emisión disponga de esta información sin necesidad de proceder a nuevas investigaciones, indicación de si se ha concedido a la persona protegida o a la persona causante del peligro asistencia jurídica gratuita en el Estado de emisión;
- j) si ha lugar, la descripción de otras circunstancias que podrían influir en la valoración del peligro al que está expuesta la persona protegida;
- k) indicación expresa, en su caso, de que ya se ha transmitido al Estado de supervisión —si este es distinto del Estado de ejecución de la orden europea de protección— una sentencia, según la definición del art. 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del art. 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI, e indicación de la autoridad competente de ese Estado para la ejecución de dicha sentencia o resolución.

De todos esos datos, la LRMRP únicamente ha hecho mención en su articulado (art. 135 LRMRP) a uno de ellos: la necesidad de que la orden europea contenga la indicación expresa de si ya ha sido transmitida a un tercer Estado («Estado de supervisión»)⁵⁶ una resolución imponiendo una medida de libertad vigilada o una medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional⁵⁷ con indicación de la autoridad de ese Estado encargada de la supervisión al que los certificados fueron enviados.

El texto así completado habrá de documentarse, según se ha dicho, en el certificado previsto en el anexo VIII, debiendo traducirse a continuación —para su posterior transmisión— a la lengua oficial (o a una de las lenguas oficiales) del Estado miembro al que se dirija o bien a aquella otra u otras lenguas oficiales de las instituciones comunitarias

56. Según la definición que proporciona el art. 2.7 de la Directiva.

57. Al amparo de las Decisiones marco 2008/947/JAI y 2009/829/JAI transpuestas respectivamente en los títulos IV y V de la LRMRP.

que el Estado en cuestión también haya admitido a estos efectos (art. 7.3)⁵⁸ y será firmado por la autoridad judicial competente que haya dictado la resolución que documenta (art. 7.2).

5. Transmisión de la orden

Únicamente el certificado anteriormente indicado será el que deba transmitirse al Estado de ejecución sin que deba ser acompañado de testimonio de la resolución judicial que la sustenta según expresamente declara el art. 7.1.II LRM RP. Debe tenerse en cuenta que la orden europea constituye un título judicial unificado para los Estados miembros de la Unión Europea, de forma que basta con la cumplimentación de la misma, siguiendo el formulario que figura en el referido anexo de la ley, para que produzca efectos, sin que deba acompañarse de otros documentos. Con todo, la LRM RP no es lo suficientemente clara en este extremo ya que en el art.7 tras afirmar en el apartado y párrafo indicado que «el testimonio de la resolución judicial en la que se basa el certificado se remitirá obligatoriamente junto con este, salvo que se trate de una orden europea de detención y entrega, un exhorto europeo de obtención de prueba *o de una orden europea de protección* que se documentarán exclusivamente a través del formulario correspondiente», añade a continuación (párr. III) que «el original de la resolución o del certificado será remitido únicamente cuando así lo solicite la autoridad de ejecución».

Se acude al procedimiento de transmisión directa entre las autoridades de emisión y ejecución implicadas, según determina el art. 8 LRM RP. Para posibilitar esta transmisión directa, la LRM RP adopta algunas prevenciones establecidas en términos más o menos similares en la Directiva y en la generalidad de los instrumentos de reconocimiento mutuo.

De una parte y para el caso de que la autoridad judicial española desconociera quién es la de ejecución competente, posibilita

58. Salvo que disposiciones convencionales permitan, en relación con ese Estado, su remisión al español.

el recurso al Ministerio de Justicia como autoridad central,⁵⁹ a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea y otras redes de cooperación existentes, e incluso al miembro nacional de Eurojust de su Estado.⁶⁰

De otra y para agilizar el procedimiento, la prevención de que si la autoridad que recibe la orden europea no resulta competente para su reconocimiento, la remita de oficio a aquella que lo sea e informe de ello sin demora a la autoridad de emisión por cualquier medio que deje constancia escrita (art. 8.3).

Naturalmente, no son estos los únicos medios de que se dispone para facilitar la aplicación de este y otros mecanismos. Así, por ejemplo, en España merece ser destacada como herramienta especialmente útil para jueces y magistrados a la hora de poner en práctica la cooperación judicial el Prontuario de Auxilio Judicial Internacional Penal, elaborado por el Ministerio de Justicia, la Fiscalía General del Estado y el Consejo General del Poder Judicial españoles,⁶¹ así como la página web de la Red Judicial Europea⁶² o el Portal e-Justicia⁶³ que entre otros extremos permiten acceder a instrumentos que ofrecen información jurídica sobre los sistemas nacionales, información sobre la organización judicial y las coordenadas de las autoridades judiciales y un sistema de transposición de conceptos jurídicos en varias lenguas; cuestión aparte es la conveniencia de familiarizar a sus potenciales usuarios (jueces, fiscales y secretarios judiciales) con su uso y de desterrar de la mentalidad de muchos de sus integrantes la errónea visión de que la cooperación judicial es una materia de

59. Art. 6.3 LRM RP.

60. Arts. 8.2 y 8.3 LRM RP.

61. Y disponible en castellano, inglés y francés en el sitio www.prontuario.org, además de en las páginas web del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia con actualización trimestral de sus contenidos. Precisamente con la idea de difundir y extender su empleo se ha dictado la Instrucción n.º 2/2009 de la Secretaría General de Justicia del Ministerio de Justicia para el fomento de la Cooperación Jurídica Internacional en la que se dispone su uso obligatorio por las secretarías de los órganos judiciales.

62. <http://www.ejn-crimjust.europa.eu>

63. <https://e-justice.europa.eu>

especialistas lo que pasa por hacer un esfuerzo importante en materia de formación.⁶⁴

6. Impugnación de la orden europea de protección

En cuanto al régimen de recursos aplicable, ha de acudirse a las normas generales contenidas en el título I de la LRMRP entre las cuales el art. 13.1 dispone que «contra las resoluciones por las que se acuerde la transmisión de un instrumento de reconocimiento mutuo podrán interponerse los recursos previstos en el ordenamiento jurídico español, que se tramitarán y resolverán exclusivamente por la autoridad judicial española competente conforme a la legislación española».

Nótese que la ley se está refiriendo exclusivamente aquí a la resolución que adopta la orden europea y acuerda su transmisión. Dejando claro que la resolución que está en su base (la que acordó con carácter cautelar o definitivo la medida de protección) habrán podido interponerse, los recursos previstos en cada caso en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (o en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

Pero ello es independiente de los recursos que puedan formularse contra la Orden europea de protección, y que en su caso y como advierte Cueto Moreno deberán fundarse en las causas de denegación que a juicio del recurrente puedan invocarse o la ausencia de alguno de los requisitos necesarios para su concesión, sin que puedan ser admisibles motivos sobre el fondo o sobre los hechos que fundamentaron la medida de protección en que se basa.

64. Algo en lo que se viene insistiendo, especialmente, desde el Programa de La Haya y se recoge específicamente en el Tratado de Lisboa (art. 82.1 c, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y asimismo como uno de los instrumentos imprescindibles para que se pueda acometer y culminar con éxito la aplicación del nuevo Programa plurianual 2010-2014 de Estocolmo (apartado 1.2.6. del documento del Consejo 17024/09, de 2.12.2009 El Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano).

En todo caso, la interposición de estos recursos no producirá efectos suspensivos ni impedirá la transmisión de la orden al Estado de ejecución, algo que se deduce con claridad de lo que expone el art. 13 en su apartado 2) cuando indica que «en caso de estimación de un recurso, la autoridad judicial española lo comunicará inmediatamente a la autoridad que esté conociendo de la ejecución»; y ello a los efectos previstos en el art. 11 LRMRP, ya que quedará sin efecto la orden de protección transmitida al haberse revocado la medida de protección.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN POSTERIOR EN EL ESTADO DE EJECUCIÓN Y ACTUACIONES POSTERIORES A CARGO DE LA AUTORIDAD JUDICIAL DE EMISIÓN

Una vez emitida y recibida correctamente la orden europea de protección por la autoridad competente del Estado de ejecución,⁶⁵ se procederá a su reconocimiento «sin demora indebida», concediéndole la misma prioridad que sería aplicable en un caso nacional similar, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida al territorio del Estado de ejecución y la gravedad del riesgo que corre la persona protegida salvo que concurra causa legal de denegación (art. 15 de la Directiva).

A partir de ese momento, con la mayor diligencia posible, y basándose en la idea de equivalencia, que junto a la idea de confianza sostienen el principio de reconocimiento mutuo se adoptarán y se harán efectivas en el Estado de ejecución, por la autoridad competente y en virtud de lo dispuesto en su propio ordenamiento nacional conforme a la resolución que sea oportuna, todas las medidas que adoptaría en un caso análogo a iniciativa propia a fin de garantizar la integridad y la seguridad de la persona protegida (arts. 9.1 y 11 de la Directiva).

65. Si no fuera esta la competente para el reconocimiento, la transmitirá de oficio a la que lo sea (art. 8.3 de la Directiva).

Se establece así en la Directiva un elemento de «flexibilidad» que resulta parcialmente justificado a la vista de las disparidades existentes en las regulaciones de los distintos Estados miembros, de modo que la autoridad competente del Estado de ejecución no estará obligada a aplicar en todos los casos la misma medida de protección acordada por la autoridad judicial española de emisión, disponiendo de un margen discrecional de apreciación para adoptar cualquiera que estime oportuna y resulte adecuada con arreglo a su Derecho nacional para un asunto similar, sean estas de carácter penal, civil o administrativo. Tal flexibilidad en cuanto a la naturaleza jurídica de las medidas a disponer se atempera con la exigencia de que la seleccionada deba corresponder «en la mayor medida posible a la medida de protección adoptada por el Estado de emisión» (art. 9.2 de la Directiva).

En definitiva, lo trascendente del reconocimiento de la orden europea de protección es que el Estado de ejecución acepta la existencia de unos hechos, la validez de la medida adoptada por otro estado y conviene con este en que ha de facilitar y mantener esa protección conforme a su derecho nacional. Pero esto produce, como es evidente, una relajación o rebaja de las exigencias propias de un correcto entendimiento del reconocimiento mutuo, apreciada también en otros instrumentos de reconocimiento mutuo como la Decisión marco de 2009 sobre medidas alternativas a la prisión provisional⁶⁶ o el exhorto europeo de investigación).⁶⁷ El profundo respeto al ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, destacado por el Considerando 18 de la Directiva, tiene aquí una de sus expresiones más destacadas; el respeto de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas propias de los Estados miembros proclamado en los arts. 67.1 y 82.2 TFUE se

66. *Vid.* art. 13 de la Decisión marco 2009/829/JAI. Sobre este punto permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., «De la orden europea de vigilancia...», *op. cit.*

67. *Vid.* art. 10 de la Directiva 2014/21/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal. Véase sobre la referida «relajación» en relación con este exhorto europeo de investigación, AGUILERA MORALES, M. «El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones transfronterizas», en BIMJ, n.º 2145, agosto 2012, pp. 10-11.

hace aquí plenamente patente y actúa a modo de discutible⁶⁸ freno corrector de la potencialidad del nuevo instrumento. El Considerando 10 es suficientemente expresivo de esta realidad cuando declara que «la presente Directiva no obliga a los Estados miembros a modificar su legislación nacional de modo que les permita adoptar medidas de protección en el contexto de los procesos penales».

También sin demora deberá transmitir a su interlocutor español que ha expedido y transmitido la orden el contenido y características del conjunto de medidas que se adopten, así como a la propia persona protegida y al causante del peligro, incluyendo la advertencia de las posibles consecuencias jurídicas de la infracción de tales exigencias con arreglo a lo dispuesto en el Derecho nacional —art. 9.3 de la Directiva—. Este último extremo tiene especial importancia en lo que se refiere al causante del peligro de cara a posibilitar, en caso de incumplimiento,⁶⁹ la adopción de otras medidas más graves o la imposición de sanciones previa celebración, en su caso, del correspondiente procedimiento penal o administrativo. La Directiva se preocupa también por garantizar la seguridad de la persona protegida, excluyendo como regla su domicilio y otros datos de contacto en la notificación de las medidas que se practique al causante del peligro; datos que sin embargo habrán de constar si estuvieran incluidos precisamente en la prohibición o restricción impuesta en calidad de medida de ejecución.

Frente a la hipótesis deseable y normal del reconocimiento, cabe denegar este por alguno de los motivos que con carácter de *numerus clausus* se recogen en el art. 10.1. Los motivos son bastante numerosos tras las modificaciones realizadas en el texto inicial,⁷⁰ y coinciden en

68. Y es que puede dar lugar a situaciones indeseables, como la que parece contemplar el art. 11.3 a la luz de lo que se expone en el Considerando 27: que el Estado de ejecución no disponga de medidas de protección para un caso similar a los hechos descritos en la orden europea de protección, limitándose su responsabilidad a notificar a la autoridad competente del Estado de emisión «cualquier incumplimiento de la medida de protección descrita en la orden europea de protección del que tenga conocimiento».

69. Incumplimiento que deberá notificar de inmediato a la autoridad española de emisión y, en su caso, de supervisión, conforme al modelo de certificado que figura en el anexo II de la Directiva, idéntico al que se recoge en el anexo IX de la LRM RP.

70. Que pecaba de excesiva parquedad y fue objeto de crítica y sugerencias de me-

buena parte con los que son típicos de los instrumentos del antiguo tercer pilar. Si en general pueden considerarse aceptables y justificados, algunos otros resultan claramente criticables y suscitan serias dudas sobre el modo en que su juego pueda afectar a la virtualidad práctica del instrumento, como la exigencia de doble incriminación prevista en la letra c) del artículo y apartado citados, al punto de que se ha llegado a decir que el texto claudica frente a la norma territorial del Estado de ejecución exigiendo la superación de un juicio de legalidad, de un auténtico *exequátur*, para que la resolución reconocida tenga vigencia en el Estado de ejecución.⁷¹

No es posible, por razones de espacio, detenerme en ellos, muchos de los cuales, por otra parte, han sido ya analizados con detalle con ocasión de otros instrumentos de reconocimiento mutuo siendo en buena medida sus conclusiones extrapolables a la problemática particular de este nuevo instrumento.⁷² Pero junto a la ya citada cuestionable exigencia de doble incriminación, prevista en la letra c) del art. 10.1,⁷³ otros supuestos plantean efectivamente obstáculos verdaderamente difíciles de superar como los que se contemplan en la letra f) derivados de cuestiones procesales tales como la prescripción del ejercicio de la acción penal, contra la conducta del causante del peligro, por la disparidad de los plazos entre los Estados miembros que consideran esta materia, «no negociable». También los problemas de competencia objetiva y territorial entre los Estados implicados, que se recogen en las letras d) e i)

jora, atendidas en su mayor parte. *Vid.* a este respecto el informe realizado por JUSTICE en febrero de 2010 (*European Protection Order. Briefing and suggested amendments*), disponible en http://www.justice.org.uk/data/files/resources/182/European_Protection_Order_JUSTICE_briefing_and_amendments_feb10.pdf, pp. 3, 11 y 12.

71. Así RODRÍGUEZ LAINZ, «La orden europea de protección», *op. cit.*

72. Véase, por ejemplo, y a propósito de la euroorden JIMENO BULNES, M., «Régimen y experiencia práctica de la orden de detención europea», en la obra colectiva coordinada por la autora *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo*, Valencia, 2011, pp. 109-200.

73. Téngase en cuenta, por ejemplo, que en muchos Estados miembros de la Unión, no están tipificadas como delito autónomo, las conductas de violencia contra la mujer lo que plantearía problemas de cara a la ejecución de una orden de protección dictada en España que tenga por base una medida adoptada ante un hecho delictivo tipificado como de violencia de género.

también relacionados con la jurisdicción de cada uno en la comisión de la propia conducta peligrosa.⁷⁴

Fuera de los motivos enumerados en el art. 10.1 de la Directiva, no es posible invocar otra razón para rechazar la orden ni, desde luego, recurrir a la cláusula genérica de «obligación de respetar los derechos fundamentales»⁷⁵ a modo de cierre del sistema para hacer uso de ella a conveniencia y, en último término, no reconocer ni ejecutar una orden europea de protección por considerarla contraria a los derechos fundamentales y principios jurídicos del art. 6 del Tratado de la Unión Europea, y en definitiva a su propio ordenamiento.

Reconocida la orden y adoptadas las medidas de protección en el modo anteriormente reseñado, la competencia para su control recae en la autoridad competente del Estado de ejecución que deberá efectuar conforme a lo previsto a su legislación interna. El art. 11.1 de la Directiva reconoce al Estado de ejecución la competencia para el dictado, conforme a su Derecho interno, de cuantas actuaciones sean conducentes para llevar a efecto las medidas de protección consiguientes a su reconocimiento lo que incluye, igualmente, el régimen de recursos contra las decisiones que se adopten en el ejercicio de tal competencia.

No obstante, a lo largo de la vida de las medidas que, en principio, puede mantenerse hasta que expire su plazo máximo de vigencia con arreglo al derecho nacional,⁷⁶ pueden producirse diversas incidencias

74. Sobre ellos *vid.* GALLEGO SÁNCHEZ, G., «La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: la Orden Europea de Protección», en *Revista de Jurisprudencia*, n.º 4, de 29.03.2012.

75. Tradicional de los instrumentos del viejo tercer pilar, y ausente ya como regla en las nuevas Directivas adoptadas bajo la vigencia de Tratado de Lisboa. *Cfr.* el texto de la Directiva con el de la primitiva Iniciativa para comprobar cómo la referencia expresa que se recogía en el art. 3.2 de la Iniciativa ha desaparecido del articulado final, quedando reducida a la referencia genérica que se efectúa en el Considerando 37, tradicional de todos los instrumentos de reconocimiento mutuo pero que no puede considerarse suficiente para amparar semejante motivo de oposición.

76. No obstante en este supuesto y en previsión de que la necesidad de protección subsista, la autoridad de ejecución «podría invitar» a la de emisión a que facilite información en cuanto a la necesidad de mantener la protección otorgada por la orden europea de protección en las circunstancias del caso concreto de que se trate. Esta cautela recogida en el art. 14.3 de la Directiva puede provocar una prórroga de la medida de

a que trata de dar respuesta la Directiva determinando las actuaciones de las autoridades (de emisión y/o ejecución) implicadas y el derecho aplicable.⁷⁷

En este sentido, recordemos, la autoridad española de emisión mantiene a su cargo algunas actuaciones tras haber expedido el certificado. El art. 137.1 LRM RP le atribuye la competencia exclusiva para adoptar las resoluciones relativas a la prórroga, revisión, modificación y anulación de la medida de protección y de la propia orden europea de protección. Además asume en esta fase de ejecución algunas obligaciones: de una parte, informar inmediatamente a la autoridad encargada de la ejecución de la adopción de cualquier resolución o medida que tenga por objeto dejar sin efecto el carácter ejecutorio de la orden o resolución cuya ejecución ha sido transmitida previamente, solicitando la devolución del formulario o del certificado (art. 11 LRM RP). De otra, y para el caso de que la autoridad competente del Estado de ejecución solicitara información sobre la necesidad de mantener la protección otorgada por la orden europea de protección, responder sin demora a dicha solicitud, sin que el precepto establezca un trámite previo de audiencia a las partes como se barajó inicialmente en el proyecto (art. 137.2 LRM RP).

De todas las posibles incidencias sin duda, la de mayor importancia, es el supuesto de incumplimiento de las medidas de protección por parte del causante del peligro obligado a soportarlas. En tales circunstancias resulta obligado, en primer lugar, notificar a la autoridad española que emitió y transmitió la orden⁷⁸ cualquier tipo de incumplimiento conforme al modelo normalizado que figura en el anexo II de la Directiva (idéntico al que se recoge en el anexo IX de la LRM RP). Esta comunicación debe permitir a la autoridad judicial española decidir con rapidez la reacción oportuna en relación con la medida de protección impuesta

protección y de la orden de protección tras la actuación en ese sentido de la autoridad de emisión de conformidad con lo previsto en el art. 13.1 a).

77. Por habernos ocupado de esta cuestión en otro trabajo previo, permítasenos remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., «Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea...», *op. cit.*, especialmente pp. 61-65.

78. O, en su caso, a la autoridad del Estado de supervisión tal y como es definida por el art. 2.7 de la Directiva.

por ese Estado a la persona causante del peligro.⁷⁹ Pero junto a esta obligación, el art. 11.2 de la Directiva reserva también en tales casos a la autoridad del Estado de ejecución la competencia para reaccionar frente tal incumplimiento con diversas medidas que van desde adoptar aquellas provisionales y urgentes que sean oportunas para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión, a imponer directamente sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento, cuando este constituya una infracción penal con arreglo a su derecho interno. Tal competencia abarca igualmente la posibilidad de adoptar nuevas resoluciones relacionadas con el incumplimiento, referidas sin duda a la garantía del respeto de las medidas asumidas por el órgano de ejecución.⁸⁰

El esquema de atribuciones expuesto no implica por lo demás una pérdida de competencia del órgano judicial español de emisión, habida cuenta del vínculo de subsidiaridad de la orden europea frente a la medida de protección que le sirve de fundamento. Cualesquiera que sean las decisiones que pueda adoptar el órgano de ejecución ante un incumplimiento, el juez español podrá, con motivo del conocimiento que tenga del mismo por habérselo así informado el órgano de ejecución, dictar una nueva resolución que modifique o agrave la situación jurídica del sujeto responsable;⁸¹ y ello en base a las competencias propias que le atribuye el art. 13 de la Directiva.

79. *V. gr.*, una medida privativa de libertad siempre que la medida de protección se hubiera adoptado con motivo de una resolución de adopción de medidas de libertad provisional o de libertad vigilada, de acuerdo con la LRMRP (art. 137.2).

80. En todos estos casos resulta de aplicación general la previsión contenida en el art. 9.2 de que la medida acordada en cualquier resolución posterior corresponderá en la mayor medida posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión.

81. Como ejemplifica RODRÍGUEZ LAINZ, si el causante del peligro se presenta en el lugar de trabajo de la víctima, contraviniendo lo establecido en la resolución de reconocimiento del órgano de ejecución en virtud de la orden europea de protección, podrá ser condenado por un delito de desobediencia o quebrantamiento de medida cautelar en el Estado de ejecución; pero la autoridad de emisión puede agravar la medida, por ejemplo, sustituyéndola por una prisión preventiva, por razón precisamente de tal incumplimiento.

LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA A TRAVÉS DEL GRECO: ¿UN MODELO A SEGUIR?

PROF.^a DR.^a LORENA BACHMAIER WINTER
*Catedrática acreditada de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. DEFINIR LA CORRUPCIÓN.- III. COMPLEJIDAD DEL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA ESTRATEGIA INTEGRAL.- IV. LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL GRECO. 1. Desde una perspectiva general. 2. Composición 3. Funciones y proceso de evaluación.- V. ¿ES EL GRECO UN MODELO DE SUPERVISIÓN EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN?.- VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Sin exageración se ha afirmado que la corrupción es una de las más graves lacras de la sociedad.⁸² Se trata de un fenómeno común a cualquier comunidad política organizada, y sería ingenuo pensar que se da exclusivamente en sociedades en vías de desarrollo o sometidas a re-

82. Directrices de la OCDE sobre Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas de 2005.

gímenes autoritarios.⁸³ Al contrario, una mirada atenta a la experiencia muestra que el desarrollo económico de un país no le proporciona inmunidad frente a la corrupción.

Europa tampoco es ajena a este hecho, pero no cabe duda de que el grado de corrupción varía enormemente de un país a otro.⁸⁴ Así, aunque de algunos países pueda casi afirmarse que tienen índices de corrupción irrelevantes con gobiernos e instituciones en general limpios, la lucha contra la corrupción sigue siendo uno de los grandes retos a los que se enfrenta Europa, con un coste económico que se ha calculado que puede ascender a los 120.000 millones de euros al año. Muchos estados europeos siguen presentando niveles de corrupción preocupantes, a pesar de las diversas iniciativas adoptadas tanto desde el punto de vista de la prevención como desde la sanción.

Favoritismo, nepotismo, «patrocinio» político y decisiones arbitrarias en material de gasto público son prácticas extendidas en muchos países europeos. La percepción que tienen los ciudadanos de la existencia de la corrupción es elevada: un 79 % de los ciudadanos declara que las instituciones de su país están afectadas por la corrupción, al menos parcialmente.⁸⁵ Y lo que es aún más grave: en algunos países los índices de corrupción no han mejorado desde su incorporación a la Unión Europea, sino que incluso han experimentado retrocesos.⁸⁶ Ante esos datos no es extraño que la lucha contra la corrupción se haya convertido en una prioridad en Europa. El Consejo de Europa, desde hace décadas, viene trabajando seriamente en la prevención y lucha contra la corrupción, pero ese objetivo también se ha convertido en prioritario en

83. Vid. E. Fabián Caparrós, «La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio», en E. Fabián Caparrós (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca 2000, p. 20.

84. En la Unión Europea vid. el *EU-Anti-Corruption Report*, Bruselas 3.2.2014, COM(2014)38 final, disponible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf.

85. A. Mungiu-Pippidi (ed.), *Controlling Corruption in Europe*, Opladen 2013, p. 14. Conforme a este informe un 47 % de los ciudadanos europeos considera que el nivel de corrupción en su país ha aumentado en los últimos tres años.

86. A. Mungiu-Pippidi (ed.), *op. cit.*, p. 123.

el ámbito de la Unión Europea, especialmente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

La finalidad de este trabajo es examinar cuál ha sido la labor del Consejo de Europa (en adelante COE) en la lucha contra la corrupción, centrándome en el sistema de supervisión internacional instaurado para su control y prevención: el Grupo de Estados contra la corrupción, denominado GRECO —del francés *Groupe d'Etats contre la corruption*—. Este órgano de supervisión está previsto en el art. 24 de la Convención Penal sobre la Corrupción, de 27 de enero de 1999, y en el art. 14 del Convenio Civil sobre la Corrupción, de 4 de noviembre de 1999, ambos del Consejo de Europa.

La estructura de este trabajo es la siguiente. En primer lugar, se aludirá brevemente al propio término de corrupción para clarificar cuál es el concepto que aquí se usará. En segundo lugar, se abordará la complejidad del fenómeno de la corrupción para analizar cuál es el papel que desempeñan los tratados internacionales y los mecanismos de supervisión internacional en la lucha contra la corrupción, y si realmente han servido para disminuir o al menos contener la corrupción. Por último, se estudiará la estructura y funcionamiento del GRECO, con el fin de valorar si este mecanismo de supervisión internacional podría servir como modelo a adoptar en otras áreas geográficas fuera de Europa. Debido a las limitaciones inherentes a este trabajo, no me detendré a analizar cada uno de los informes elaborados por el GRECO desde su instauración al presente, ni mucho menos a cada una de sus evaluaciones y sus resultados. Mi propósito se reduce a realizar una primera valoración de la función que el GRECO desempeña en la difícil lucha contra la corrupción, y de cuál ha sido hasta ahora el impacto de este sistema de supervisión internacional. Todo ello, con el objetivo, como ya he dicho, de plantear si debería promoverse la extensión del GRECO a otras zonas geográficas azotadas por la corrupción, en particular Latinoamérica y Asia.

II. DEFINIR LA CORRUPCIÓN

La primera cuestión que se suscita al abordar el tema de la lucha contra la corrupción es el problema de su definición, sobre la que no

existe acuerdo claro a pesar de tener una larga historia y existir en prácticamente todas las sociedades.⁸⁷ En la mayoría de las definiciones, no obstante, se encuentra un elemento común: el uso abusivo de los recursos de una organización o del Estado en beneficio propio. De ordinario se entiende por corrupción el «abuso de poder, de posición, o de autoridad en beneficio propio»,⁸⁸ por parte de un funcionario público, y también por parte de actores privados.⁸⁹ Eser enumera los elementos que definen la corrupción de la siguiente manera: 1) influencia; 2) mediante incentivos inapropiados; 3) sobre procesos dentro de una estructura organizativa, y 4) en favor de un interés particular. Los incentivos pueden considerarse inapropiados cuando no están previstos, o no están previstos de ese modo, en el proceso del cual se obtienen.⁹⁰ La corrupción puede abarcar desde conductas que implican cantidades de dinero mínimas hasta aquellas en las que el estado se encuentra al servicio de la corrupción y son los propios gobernantes los que amasan ingentes fortunas.⁹¹ Dependiendo del tipo de corrupción, esta puede clasificarse como sistémica, institucional o individual, o política en función de los sujetos implicados,⁹² y puede analizarse tanto desde la perspectiva

87. A. Nützenadel, «Korruption aus historischer Perspektive» en P. Graeff y J. Grieger (eds.), *Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung*, Baden-Baden, 2013, pp. 79 y ss.; C. A. Brioschi, *Breve historia de la corrupción*, Madrid, 2010, pp. 41 y ss.; J. L. de la Cuesta Arzamendi, «Iniciativas internacionales contra la corrupción», *Eguzkilore* 17 (dic. 2003), pp. 9 y ss.

88. I. Amundsen, *Corruption. Definitions and Concepts*, Michelsen Institute. Development Studies and Human Rights, en <http://resources.transparency.bg/download.html?id=261>.

89. G. Brooks, D. Walsh, C. Lewis y H. Kim, *Preventing Corruption. Investigation, Enforcement and Governance*, Basingstoke, 2013, pp. 12 y ss.

90. A. Eser y M. Kubiciel, *Institutions against Corruption. A comparative Study of the National Anti-Corruption Strategies reflected by GRECO'S First Evaluation Round*, Baden-Baden, 2005, p. 21.

91. A. Graycar y T. Prenzler, *Understanding and Preventing Corruption*, Basingstoke, 2013, pp. 12-15.

92. M. Johnston, *Syndromes of Corruption. Wealth, Power and Democracy*, Cambridge, 2005, pp. 11-15 y la bibliografía allí citada. Vid. también, V. Ruggiero y P. Gounev, «Corruption and the disappearance of the victim», en V. Ruggiero, P. Gounev (eds.), *Corruption and Organized Crime in Europe*, Londres, 2012, p. 16.

penal como desde la perspectiva de gestión organizativa, económica o sociológica, entre otras.⁹³

A pesar de que para medir la corrupción y adoptar una estrategia global común es preciso alcanzar un acuerdo acerca de cómo definirla, lo cierto es que hasta el momento no se ha llegado a una comprensión unánime de las conductas que pueden englobarse bajo ese término. Así, hay prácticas que sin duda son consideradas como corrupción, como es el caso del fraude, la apropiación indebida, el cohecho, la malversación de fondos, el nepotismo y el tráfico de influencias. En cambio, otras conductas como el amiguismo, o la toma de decisiones cuando existe un conflicto de intereses, parecen ubicarse en esa frontera difusa entre la corrupción y el comportamiento contrario a la ética; de manera que serán punibles o no dependiendo de los valores imperantes en cada sociedad y de cómo estos se hayan materializado en normas jurídicas.⁹⁴

Ciertamente, la definición del término —y del delito— de corrupción es cuestión compleja, que aquí solo apunto porque, en realidad, tiene escasa relevancia a los efectos de este trabajo, cuyo objetivo, como he indicado, se centra en plantear la función que desempeña el mecanismo de supervisión internacional de la corrupción llamado GRECO, establecido en el seno del Consejo de Europa, y en qué medida podría servir de modelo para otras áreas geográficas. Para un tal análisis no es preciso partir de una definición absoluta y con validez general de la corrupción, pues el ámbito de actuación del GRECO viene definido en los propios convenios del COE. El Convenio Civil contra la Corrupción define la corrupción, a los efectos de la aplicación del convenio, en los siguientes términos:

Artículo 2: Definición de corrupción. A los efectos del Convenio, se entiende por «corrupción» el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida que afecte al ejercicio normal de una fun-

93. Vid. P. Graeff y J. Grieger (eds.), *Was ist Korruption?*, cit., pp. 41 y ss.; P.C. van Duyne, «Corruption: Acts and Attitudes», en B. Huber (ed.), *Combating Corruption in the European Union*, Colonia, 2002, p. 12.

94. Vid., entre otros, A. Graycar y T. Prenzler, *op. cit.*, pp. 5-12.

ción o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.

Al margen de cuál sea la personal postura acerca de si esa definición es la más apropiada de entre las posibles, para valorar el papel que desempeña GRECO no es necesario ahondar en esta cuestión. GRECO no es un órgano de supervisión de la corrupción en general, sino el órgano de supervisión del cumplimiento de los dos convenios de 1999 del Consejo de Europa sobre la corrupción y de las directrices aprobadas para su implementación en los estados firmantes de esos convenios. Por ello, GRECO se centra principalmente en los delitos de corrupción contemplados en los referidos convenios, esto es soborno y tráfico de influencias.

III. Complejidad del fenómeno de la corrupción: la necesidad de una estrategia integral

La corrupción es un fenómeno complejo que requiere ser combatido en diversos planos mediante una estrategia integral: una única medida está abocada al fracaso. Una actuación completa contra la corrupción debería comprender al menos en cuatro aspectos: 1) establecer mecanismos de prevención; 2) desarrollar una legislación criminal coherente y completa contra la corrupción; 3) investigar y perseguir eficazmente los delitos de corrupción, reforzando los mecanismos de cooperación policial y judicial en material penal, y 4) implementar mecanismos de recuperación de activos y bienes originados en actos de corrupción.

El amplio elenco de convenios internacionales sobre la corrupción sin duda ha contribuido al desarrollo de una normativa común a nivel global,⁹⁵ lo cual representa un importante avance, sobre todo para su-

95. Otros convenios internacionales sobre la corrupción aparte de los elaborados por el Consejo: Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) de 31 de octubre de 2003; dentro de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los intereses financieros de las Comunidades de la Unión Europea, de 27 de noviembre 1995 y el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados

perar la idea de que tales conductas podían considerarse tolerables, o incluso una expresión cultural propia de sociedades pobres y en vías de desarrollo. Ha de recordarse que, en un pasado no tan distante, diversos autores se han ocupado de destacar los supuestos efectos positivos de la corrupción, tanto para la estabilidad política como para el desarrollo económico o como una alternativa preferible a las guerras civiles o movimientos revolucionarios.⁹⁶

Por su parte, el Consejo de Europa desde la Recomendación R(81)12, de 25 de junio de 1981, ha demostrado su compromiso en la lucha contra la corrupción, siendo uno de los primeros actores internacionales en advertir que la lucha contra la corrupción requiere un enfoque multidisciplinar.⁹⁷ En 1995 se estableció un grupo de trabajo el cual elaboró el programa de acción de 1996, hasta que finalmente quedaron abiertos para la firma los dos convenios sobre la corrupción de 1999.⁹⁸ Además de estos dos importantes instrumentos jurídicos, el Consejo de Europa también ha contribuido de manera importante a crear códigos de conducta, estándares de cumplimiento y monitoreo, además de dar formación en diversos países a través de programas de cooperación legal y técnica.⁹⁹

miembros de la Unión Europea de 25.6.1997) (DO C 195); Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 21 de noviembre de 1997, que entró en vigor el 15 de febrero de 1999; Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción, de 11 de julio de 2003.

96. *Vid.* A. Mungiu-Pippidi (ed.), p. 15, y la bibliografía allí citada.

97. En igual sentido J. L. de la Cuesta Arzamendi, *op. cit.*, p.12.

98. —Convención penal sobre la corrupción (STE n.º 173), de 27 de enero de 1999.

—Convenio civil sobre la corrupción (STE n.º 174), de 4 noviembre de 1999.

—Protocolo adicional a la Convención penal sobre la corrupción (ETS n.º 191), de 15 de mayo de 2003.

Vid. la página web oficial http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/general/2.%20Historical%20Background_en.asp

99. Enumeramos aquí únicamente los convenios y documentos más relevantes elaborados por el Consejo de Europa en esta materia:

—Recomendación R (2003) 4, sobre reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y campañas electorales, de 8 de abril 2003.

—Recomendación R (2000) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre códigos de conducta para los funcionarios públicos, adoptada por el Comité de Ministros el 11 mayo de 2000.

El hecho de que se haya alcanzado un cierto consenso internacional acerca de la necesidad de criminalizar y combatir la corrupción no significa que exista una legislación armonizada en la materia, ni tampoco que en los países firmantes de los convenios internacionales se vaya a producir esa armonización: los citados convenios establecen una normativa común mínima, y dejan a los estados un amplio margen de actuación en sus legislaciones nacionales para dar cumplimiento a lo estipulado en los tratados.¹⁰⁰

Por otro lado, los convenios internacionales adoptados en las pasadas décadas también han desempeñado un importante papel para que la corrupción sea considerada como un problema de dimensión internacional que, por ende, requiere también de una respuesta combinada, a nivel local y a nivel internacional: tales convenios han reforzado la idea de que la cooperación internacional, así como una mayor coordinación entre los estados, resultan imprescindibles para poder implementar las estrategias globales contra la corrupción a largo plazo.¹⁰¹

En qué medida hayan contribuido los convenios internacionales a prevenir y sancionar la corrupción, sin embargo, es algo incierto. La naturaleza secreta de este tipo de delitos, sin concretas víctimas individuales y en los que las partes implicadas comparten el interés en mantener ocultas sus actividades, unido a las dificultades de establecer índices para medir este fenómeno, tienen como consecuencia que no existan cifras claras sobre la corrupción.¹⁰² De ahí que no sea sencillo evaluar en qué medida la criminalización de la corrupción ha contribuido realmente

— Resolución (97) 24 referente a los 20 Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción, adoptada por el Comité de Ministros en noviembre de 1997 con ocasión de su 101.º Periodo de Sesiones,

— El Código Europeo de Ética de la Policía, de 12 de marzo de 2009, CommDH (2009) 4 y el Dictamen del Comisario para los Derechos Humanos en materia de determinación independiente y eficaz de denuncias contra la policía, de la misma fecha. *Vid.* <http://www.coe.int/greco>.

100. *Vid.* M. Arnone y L. S. Borlini, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham, 2104, p. 218.

101. *Vid.* M. Arnone y L. S. Borlini, p. 217.

102. M. Johnston, *op. cit.*, p. 5.

a reducir este tipo de conductas delictivas.¹⁰³ Puesto que la corrupción busca mantenerse oculta y se rodea de discreción, ello ha generado que durante mucho tiempo su influencia en la justicia, la economía y, a la postre, en la concepción del Estado de derecho, haya sido subestimada: en realidad, el conocimiento que de la corrupción se tiene es mínimo y los sistemas para medir su incidencia no ofrecen cifras fiables.¹⁰⁴

Varias razones adicionales explican esa dificultad para conocer el verdadero estado de cosas. Entre ellas destacan, por un lado, como antes se hizo notar, la ausencia de una definición común de lo que constituye corrupción; y por otro lado, la falta de acuerdo acerca de cuáles deben ser los marcadores utilizados para medir la incidencia de la corrupción en una determinada sociedad. El resultado es que, a fin de cuentas, es virtualmente imposible manejar datos objetivos que tengan carácter indiscutido. Sí parece, en todo caso, que las actuaciones legislativas en el ámbito del Derecho penal han tenido un impacto positivo en la lucha contra la corrupción, aunque sea por el efecto disuasorio general de la sanción penal.

A pesar de la imposibilidad de saber con exactitud el número de delitos de corrupción, de no poder calcular de manera precisa el coste económico que representan para los estados, y de tampoco poder evaluar la efectividad de las medidas adoptadas para luchar contra este fenómeno, hay una cuestión clara: los convenios internacionales sobre la corrupción solo podrán contribuir a luchar contra ella si se les da cumplimiento. Garantizar la implementación de estos instrumentos internacionales por parte de los estados firmantes es la premisa fundamental para que puedan tener una incidencia apreciable en la lucha contra la corrupción. Únicamente entonces, cuando se hayan implementado, podrá seguir cuestionándose si los resultados obtenidos son efectivos o no, y si los logros son proporcionados al esfuerzo realizado y los medios invertidos.

Si lograr la adecuada implementación de los convenios promovidos por el Consejo de Europa contra la corrupción es un objetivo previo, es

103. Entre otros, *vid.* T. Ax, M. Schneider y J. Scheffen, *Rechtshandbuch Korruptionsbekämpfung*, Berlín, 2010, p. 56.

104. Acerca de los problemas para medir la corrupción, *vid.* entre otros, G. Brooks, D. Walsh, C. Lewis y H. Kim, *op. cit.*, pp. 27- 43.

de toda lógica que los propios convenios hayan previsto el establecimiento de un sistema de control por parte de un órgano independiente: ese es precisamente el GRECO. La función primordial del GRECO, por tanto, consiste en garantizar, a través de la supervisión, el funcionamiento de la normativa internacional: es decir, que los estados cumplen con lo dispuesto en los convenios del COE sobre la corrupción.

Ello no significa que estableciendo un sistema de supervisión vayan a disminuir automáticamente los delitos de corrupción en el estado «supervisado». Adaptar la legislación nacional a lo dispuesto en el convenio internacional, y criminalizar determinadas conductas de corrupción, son solamente algunas de las medidas básicas para luchar contra este tipo de delitos; una vez establecido el marco legal apropiado, es necesario que concurren otros elementos para que la lucha contra la corrupción se efectiva.

IV. LAS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL GRECO

1. Desde una perspectiva general

Los mecanismos de supervisión internacional de los tratados buscan garantizar que los estados firmantes respetan las normas acordadas. En ese sentido, la función de los sistemas de supervisión es esencialmente preventiva: evitar que el incumplimiento de las normas internacionales termine por generar un conflicto contencioso.

El GRECO se instaura precisamente para promover que los estados firmantes cumplan con las obligaciones asumidas en los convenios contra la corrupción. Se establece en 1999 por el Consejo de Europa, mediante la Resolución (99)5,¹⁰⁵ como órgano de monitoreo de los convenios sobre la corrupción de 1999 y las directrices derivadas de los mismos.

El art. 1 de su estatuto establece:

105. Resolución COE (99)5 por la que se establece el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) adoptada por el Comité de Ministros el 1 de mayo de 1999. El texto completo está disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/resolution\(99\)5_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/resolution(99)5_en.asp).

La finalidad del Grupo de Estados contra la Corrupción (en adelante GRECO) consiste en mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción, estableciendo un sistema de seguimiento a través de un proceso dinámico de evaluación mutua, ejerciendo las partes presión mutua para que se cumplan los compromisos contraídos mediante la firma del convenio.

El GRECO tiene su sede en Estrasburgo y sus lenguas oficiales son el inglés y el francés.

El estatuto del GRECO,¹⁰⁶ aprobado como apéndice a la Resolución (99)5, regula su composición, sus órganos principales, el proceso de evaluación, la designación de los equipos que llevarán a cabo las evaluaciones. La regulación del funcionamiento del GRECO se completa en sus Reglas de Procedimiento (*Rules of Procedure*), que se adoptaron en la primera sesión plenaria del GRECO celebrada entre los días 4 y 6 de octubre de 1999 siguiendo lo dispuesto en el art. 8.4 del estatuto. Estas normas han sido objeto de diversas reformas a lo largo del tiempo.

La posibilidad de obtener la condición de miembro del GRECO, que constituye un acuerdo parcial ampliado, no queda limitada a los estados miembros del Consejo de Europa. Cualquier estado no miembro puede ser signatario de los Convenios sobre la corrupción y someterse así al sistema de supervisión del GRECO. La firma de cualquiera de los convenios del COE sobre la corrupción convierte a ese estado automáticamente en miembro del GRECO y sujeto a sus procesos de evaluación. Actualmente, el GRECO está compuesto por 46 miembros: 45 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, más los Estados Unidos de Norteamérica. La Unión Europea participa en el GRECO.¹⁰⁷

106. Puede consultarse en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/statute_en.asp.

107. *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: La participación de la Unión Europea en Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa, Bruselas, 10.19.2012 COM (2012) 604 final. La presente Comunicación expone cómo la Comisión tiene la intención de intensificar la cooperación entre la UE y el Consejo de Europa en cumplimiento del «Paquete de medidas contra la corrupción» de la Comisión Europea de 6 de junio 2011.

2. Composición

El art. 6 del Estatuto del GRECO establece que cada estado miembro designará un máximo de dos representantes, uno de los cuales actuará como jefe de la delegación. Además de los representantes de los estados, el GRECO está compuesto por representantes de diversos órganos del Consejo de Europa, enumerados en el art. 7 del Estatuto. Estos sujetos no tienen derecho de voto¹⁰⁸ pero, con autorización del presidente, podrán realizar declaraciones verbales o escritas sobre los temas objeto de debate.¹⁰⁹ Inicialmente estaba previsto que la Unión Europea fuera invitada a participar (art. 5 Estatuto). Su status de participante se ha visto reforzado desde 2011, y nuevamente mediante la Comunicación de la Comisión de 19 de octubre de 2012, ya mencionada.

La financiación del GRECO corre a cargo de los estados firmantes de los convenios COE sobre la corrupción. Aquellos estados que dejen de pagar su contribución obligatoria al presupuesto del GRECO por un tiempo superior a dos años no pueden participar en la toma de decisiones (art. 8.6 Estatuto). El GRECO celebra al menos dos reuniones anuales, mientras que el trabajo organizativo corre principalmente a cargo de su *bureau* (art. 9 Estatuto). El *bureau* u oficina permanente está formado por el presidente y el vicepresidente del GRECO, y por cinco miembros elegidos por el GRECO. El *bureau* está asistido por una secretaría. El presidente y el vicepresidente son elegidos para el período de una ronda de evaluación —teniendo en cuenta que la duración de cada una de las

108. «Artículo 7 — Otros representantes

1. El Comité Europeo de Cooperación Jurídica (CDCJ) y el Comité Europeo de Problemas Penales (CDPC) designarán cada uno a un representante en GRECO.

2. El Comité de Ministros podrá invitar a otros órganos del Consejo de Europa de nombrar a un representante en el GRECO previa consulta a este último.

3. El Comité Estatutario, creado por el artículo 18, nombrará un representante en GRECO.

4. Los representantes nombrados de conformidad con los apartados 1 a 3 anteriores deberán participar en las reuniones plenarias del GRECO sin derecho a voto. Sus gastos de desplazamiento y estancia no serán sufragados por el presupuesto del Acuerdo parcial ampliado».

109. Art. 4 de las Reglas de Procedimiento.

rondas puede variar— y pueden ser reelegidos para un segundo mandato (art. 5 de las Reglas de Procedimiento). Las sesiones del GRECO serán presididas por el presidente, quien además fijará las fechas de su celebración. Como presidente deberá actuar exclusivamente en interés del GRECO (art. 6 de las Reglas de Procedimiento). Cuando proceda debatir el informe de evaluación del estado que lo nombró presidente del GRECO, este será sustituido por el vicepresidente. Análoga norma se aplica cuando se dé la misma situación respecto del vicepresidente y no pueda ser sustituido por el presidente, siendo sustituido por un representante miembro del *bureau* (art. 7.4 de las Reglas de Procedimiento).

3. Funciones y proceso de evaluación

Las funciones del GRECO se encuentran definidas en el art. 2 de su estatuto en los siguientes términos:

Con el fin de alcanzar el objetivo establecido en el art. 1, el GRECO:

1. Vigilará el cumplimiento de los Principios Rectores de la lucha contra la corrupción, aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 de noviembre 1997.
2. Supervisará la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales que se adopten en cumplimiento del Programa de Acción contra la Corrupción, de conformidad con las disposiciones contenidas en dichos instrumentos...

Para dar cumplimiento a esos fines, el GRECO lleva a cabo procesos de evaluación en cada uno de los estados miembros. Como evaluar el cumplimiento de todas y cada una de las normas y estándares fijados por el COE sería una tarea inabarcable, cuando se estableció el GRECO se acordó que las evaluaciones se organizarían en rondas. Cada una de ellas abarca un periodo de tiempo durante el cual se supervisan concretas normas fijadas en los Veinte Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción y los instrumentos legales internacionales adoptados en ejecución del Programa de Acción contra la Corrupción. Hasta ahora,

las rondas de evaluación han tenido una duración variable que oscila entre tres y cinco años.

Los miembros del GRECO deciden en sus reuniones plenarias cuál será el tema de la próxima ronda de evaluación, las normas de los convenios cuyo cumplimiento será supervisado y acuerdan la elaboración del cuestionario correspondiente (art. 10). Además, cada estado habrá de proponer a cinco expertos cualificados para llevar a cabo las actuaciones de supervisión necesarias dentro de esa ronda de evaluación. El GRECO designará de entre ellos al equipo de expertos para el proceso de evaluación¹¹⁰ y, salvo acuerdo en sentido contrario, el equipo estará formado por tres expertos de distintos estados miembros elegidos de la lista remitida por los propios estados, los cuales estarán asistidos por un miembro del secretariado. Excepcionalmente se podrá completar el equipo con expertos adicionales y, si fuera necesario, con expertos provenientes del ámbito científico (art. 26 de las Reglas de Procedimiento).

El equipo de evaluadores analizará las respuestas al cuestionario remitidas por cada uno de los estados, y en su caso podrán llevar a cabo visitas a los países para recopilar directamente información adicional (art. 13). La duración de estas visitas, como regla general, no excederá de cuatro días, y los países de destino deberán ser informados de la misión con al menos dos meses de antelación. El programa de la misión será acordado con los respectivos países, tomando en cuenta las peticiones expresadas por el equipo de evaluación.

Sobre la base de la información recopilada tanto en los cuestionarios como en las visitas, cada uno de los evaluadores redactará un informe (art. 14 Estatuto), que servirá de punto de partida para que el secretariado prepare un borrador de informe conjunto (arts. 28.3 y 4 de las Reglas de Procedimiento). Ese borrador podrá incluir recomendaciones para superar los problemas o riesgos que se hayan detectado. Con estos informes se pretende contribuir tanto a mejorar la legislación nacional como a impulsar la implementación de prácticas encaminadas a prevenir y combatir la corrupción de manera efectiva. El informe de evalua-

110. Conforme a las Reglas de Procedimiento, el *bureau* realizará propuestas al GRECO en relación con la composición del equipo evaluador (art. 26.1 de las Reglas).

ción relativo a cada estado se discute en la reunión plenaria del GRECO, en la cual el estado miembro correspondiente podrá realizar observaciones. Concluido el debate, el informe será aprobado en su caso, con o sin enmiendas (art. 15.3 Estatuto). Aprobado el texto definitivo del informe, los estados se comprometen a cumplir las recomendaciones dentro del plazo fijado por el GRECO.

Es importante subrayar que, conforme al Estatuto del GRECO, toda la información recopilada en el informe de *evaluación* o en relación con el cumplimiento del mismo, incluidas las respuestas a los cuestionarios y los informes durante las visitas a los estados miembros, tiene carácter confidencial. Lo mismo se aplicará a todos los informes de las reuniones del GRECO. Tales informes solo podrán hacerse públicos si el país correspondiente expresamente lo consiente. En la práctica, los estados miembros de ordinario han autorizado a que se hagan públicos sus informes respectivos, que están accesibles, tanto en inglés como en francés, en la página web del COE. En todo caso, incluso cuando un estado haya optado por mantener la confidencialidad de los informes, el comité estatutario del GRECO, con el fin de lograr el cumplimiento de las recomendaciones, puede adoptar la decisión de realizar declaraciones públicas acerca del contenido del informe de evaluación de un estado determinado (art. 16 Estatuto).

Este proceso se complementa con la elaboración de informes de *situación* y de *cumplimiento*. El informe de situación se remitirá en un plazo de 18 meses desde la adopción del informe de evaluación, especificando las medidas que ha adoptado el estado para afrontar la lucha contra la corrupción, siguiendo las recomendaciones recogidas en el informe. El informe de cumplimiento evaluará los avances realizados por el estado correspondiente para superar los déficits o riesgos detectados y en qué medida ha seguido las recomendaciones aprobadas (art. 31 de las Reglas de Procedimiento). Este segundo informe se debatirá en la sesión plenaria del GRECO, durante la cual la delegación del estado correspondiente podrá realizar alegaciones al mismo, así como explicar cuáles han sido las medidas que han llevado a cabo. El contenido del informe de cumplimiento especificará cuáles son las recomendaciones que han sido cumplidas de manera satisfactoria, las que han sido cumplidas

solo parcialmente y las que no han sido atendidas. Si el informe concluye que el país está en situación de incumplimiento, se remitirá una carta al representante permanente ante el Consejo de Europa y al secretario general, explicando la situación con el fin de adoptar nuevas medidas políticas (art. 32.2 de las Reglas de Procedimiento).

Junto a lo anterior, el GRECO también podrá acordar la creación de grupos de trabajo *ad hoc* para tratar asuntos específicos.

Hasta el momento, el GRECO ha llevado a cabo tres rondas de evaluación. La cuarta ronda de evaluación se inició en 2012 y no ha concluido todavía. Los temas de estas evaluaciones han sido los siguientes:¹¹¹

Primera ronda de evaluación, iniciada el 1 de enero de 2000:

- Independencia, especialización y medios disponibles de las instituciones nacionales que participan en la prevención y lucha contra la corrupción
- Extensión y el alcance de las inmunidades

Segunda ronda de evaluación, iniciada el 1 de noviembre de 2003:

- Identificación, incautación y decomiso de los productos de corrupción
- La administración pública y la corrupción (sistemas de auditoría; conflictos de intereses)
- Medidas para prevenir que las personas jurídicas no sean utilizadas como tapaderas para la corrupción
- Legislación tributaria y financiera para hacer frente a la corrupción
- Vínculos entre la corrupción, el crimen organizado y el blanqueo de dinero

111. El cuestionario, las normas e instrucciones de los evaluadores, y los informes de cumplimiento relativos a todas las rondas de evaluación pueden consultarse en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/index_en.asp.

Tercera ronda de evaluación, iniciada el 1 de enero de 2007:

- Tipificaciones penales previstas en el Convenio Penal sobre la Corrupción (ETS 173), su Protocolo Adicional (ETS 191) y el Principio Rector 2 (GPC 2)
- Transparencia en la financiación de los partidos con referencia a la Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre normas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales (Rec (2003) 4)

Cuarta ronda de evaluación, iniciada el 1 de enero de 2012:

- Prevención de la corrupción en relación con los miembros del Parlamento, jueces y fiscales
- Principios y normas de conducta ética
- Conflicto de intereses
- Incompatibilidades o restricción de ciertas actividades
- Declaración de bienes, ingresos, pasivos e intereses
- Aplicación de las normas sobre conflictos de intereses
- Incrementar la toma de conciencia (sobre la importancia de luchar contra la corrupción)

Los Estados que aún no eran miembros del Consejo de Europa cuando se inició alguna de las rondas se someterán posteriormente a una evaluación sobre esos temas.

V. ¿ES EL GRECO UN MODELO DE SUPERVISIÓN EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN?

Tras esta breve síntesis de los objetivos, composición y funciones del GRECO, es momento de abordar cuál es el impacto que ha tenido el GRECO en la lucha contra la corrupción y de analizar si el GRECO podría servir como modelo de mecanismo de supervisión internacional más allá del ámbito del Consejo de Europa.

Los mecanismos internacionales de supervisión de los convenios internacionales surgieron principalmente tras la Primera Guerra Mundial y muchos de ellos siguieron operando después de la Segunda Guerra Mundial. Con ello se buscaba impulsar que los estados respetasen las normas internacionales sin tener que recurrir a cauces más severos de resolución de controversias y a la aplicación de sanciones internacionales. Ha de tenerse presente que recurrir al proceso de denuncia de un tratado y aplicar sanción a los estados que no cumplan con sus obligaciones internacionales no siempre es factible ni eficaz.¹¹²

Debido a sus ventajas frente a los sistemas de resolución de conflictos, muchos convenios internacionales comenzaron a establecer mecanismos de supervisión del cumplimiento, por ejemplo, en tratados sobre uso pacífico de la energía nuclear, de derecho económico internacional, o en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo. Entre esas ventajas puede mencionarse que los mecanismos de control del cumplimiento actúan en el ámbito de la prevención, anticipándose a un potencial conflicto; sus informes y recomendaciones pueden ser confidenciales; la iniciativa de comenzar la actividad de monitoreo no necesariamente depende de un estado concreto, y sus decisiones y recomendaciones por lo general no tienen efectos vinculantes.

Esas características hacen que para los estados sea más fácil someterse al control de órganos de supervisión que a los jurisdiccionales. Los sistemas de supervisión internacional de convenios se basan en el respeto del principio de soberanía y la no injerencia en los asuntos internos, así como en la voluntad de los estados parte a seguir las recomendaciones que reciban, puesto que estas carecen de efecto jurídicamente vinculante.¹¹³ De hecho, lo que motiva a los estados a cumplir esas recomendaciones es mantener su buena reputación, un factor que todavía tiene un impacto importante en el ámbito de las relaciones internacionales.

En suma, puede afirmarse que los mecanismos de supervisión internacional de los convenios constituyen un método flexible para pro-

112. *Vid.* M. Arnone y L. S. Borlini, p. 445.

113. M. Arnone y L. S. Borlini, pp. 444-446.

mover el cumplimiento, pues se centran en evitar su incumplimiento; y además sin excluir otras posibilidades de control, pues tienen carácter complementario. Sometiéndose a los procesos de supervisión, los estados refuerzan y hacen patente su compromiso de respetar las obligaciones asumidas en los convenios internacionales de los que sean parte.

En el campo de la lucha contra la corrupción GRECO no es el único mecanismo de supervisión. Otros convenios internacionales también han previsto órganos de monitoreo para el cumplimiento de las normas aprobadas para hacer frente a la corrupción.

Entre ellos ha de mencionarse el sistema de revisión por pares previsto en la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en la Organización de los Estados Americanos.¹¹⁴ Este Convenio inicialmente no preveía un órgano de supervisión, pero el Mecanismo para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC) se estableció más tarde como un organismo intergubernamental para supervisar y formular recomendaciones a los estados miembros,¹¹⁵ sobre la base del art. 3.9 de la Convención.¹¹⁶

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 2003,¹¹⁷ inicialmente no incluía ningún mecanismo de supervisión y solo después de grandes esfuerzos logró establecerse en 2010 un órgano de control, el llamado Grupo de Revisión de la Imple-

114. Convención Interamericana contra la Corrupción adoptada en la tercera sesión plenaria celebrada el 29 de marzo de 1996 en Caracas, Venezuela.

115. Acerca del funcionamiento de MESICIC *vid.* su página web: http://www.oas.org/juridico/english/mesicic_reports.htm. *Vid.* también M. Arnone y L. S. Borlini, pp. 448-452.

116. Art. III.9 prevé la creación de «Órganos de supervisión con el fin de implementar mecanismos modernos de prevención, detección, sanción y erradicación de actos de corrupción».

117. El texto de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción se negoció durante las siete sesiones mantenidas por el Comité Ad Hoc nombrado para la negociación del convenio. Entre el 21 de enero de 2002 y el 1 de octubre de 2003. La Convención aprobada por el Comité *Ad Hoc* fue adoptada por la Asamblea General mediante la resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003. La Asamblea General, en su resolución 57/169 de 18 diciembre de 2002, aceptó el ofrecimiento del gobierno de México para organizar una conferencia política de alto nivel celebrada en Mérida con el propósito de firmar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. *Vid.* <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>.

mentación (IRG).¹¹⁸ Dicho organismo habrá de contribuir a la aplicación efectiva de la Convención a través de un seguimiento basado en una autoevaluación elaborada por los estados seguida de una revisión por pares realizada por expertos que son designados por los estados miembros. Con todo ello se elaborará un informe final para cada país. Este sistema ha sido objeto de crítica por no prever visitas sobre el terreno, ni tampoco la participación de la sociedad civil, además de no establecer plazos temporales concretos.¹¹⁹

También la Convención contra el Cohecho de la OCDE prevé mecanismos de seguimiento para mejorar su aplicación efectiva, y la de las Recomendaciones de 2009. Se basan, como el anterior, en una evaluación de revisión por pares y un procedimiento de autoevaluación. Estas evaluaciones no solo se centran en controlar la aplicación de la normas previstas en la Convención, sino que también tienen como objetivo comprobar la estructura institucional de un país con el fin de valorar su capacidad para prevenir, disuadir y sancionar la corrupción. La evaluación se divide en estadios, y en cada etapa se lleva a cabo por evaluadores expertos designados por los otros estados miembros y por personal de la Secretaría de la OCDE. Al final, todos los miembros revisan las medidas que cada uno de los demás estados ha adoptado para combatir la corrupción. El proceso prevé también visitas sobre el terreno de aproximadamente una semana de duración. Suele considerarse que este sistema ha servido para obtener importante información sobre la actuación de los estados miembros en la lucha contra el cohecho, y ha puesto de relieve un bajo índice de condenas penales por estos delitos, así como una elevada incidencia de casos de cohecho por parte de funcionarios extranjeros.¹²⁰

La Unión Europea ha iniciado la elaboración de informes contra la corrupción, que se publicarán cada dos años. La Comisión adoptó la

118. En la tercera sesión de la Conferencia de Estados Parte (3a CEP) celebrada en Doha en 2009, los países miembros mediante la Resolución 3/1 adoptaron el Mecanismo de Revisión de la Implementación de la Convención.

119. *Vid.* M. Arnone y L. S. Borlini, p. 473.

120. *Vid.* los informes de los países disponibles en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>.

Comunicación sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea en junio de 2011. En ella se prevé la elaboración del Informe de la Lucha contra la Corrupción en la UE, cuyo objeto será supervisar y evaluar los esfuerzos realizados por los estados miembros en este ámbito, con el fin de reforzar el compromiso político frente a la corrupción.¹²¹

La elaboración de este informe bianual, sin embargo, no significa que la Unión Europea haya establecido un nuevo órgano de supervisión para combatir la corrupción. Como se explica en la Comunicación, la Comisión quiere evitar una duplicación de los mecanismos de supervisión ya existentes. Así, el informe de la UE tomará como base la información proporcionada por los órganos de supervisión existentes, la cual se complementará con datos aportados por las instituciones, trabajos de investigación académicos, la sociedad civil, grupos de expertos independientes, *think tanks*, así como con los resultados del *Eurobarómetro*, que es un indicador de la percepción de los ciudadanos sobre la corrupción. Es importante hacer notar que el informe anticorrupción de la Unión Europea se basa en gran medida en la información recopilada por el GRECO.

Como puede observarse, los diferentes instrumentos de supervisión que se han mencionado presentan notables analogías. Todos ellos prevén un proceso de obtención de información, fundamentalmente proporcionada por los propios estados a evaluar, la cual se analiza por expertos de manera objetiva, con el fin de elaborar un informe que, aun no teniendo fuerza vinculante, servirá ciertamente para ejercer presión política que permita corregir defectos detectados o adoptar medidas eficaces contra la corrupción.

No es fácil señalar cuál de estos mecanismos de supervisión internacional para la lucha contra la corrupción es más eficiente, pero sí existe unanimidad al considerar que un sistema de supervisión será adecuado si: 1) arbitra un cauce para que la información obtenida sea completa y fiable; 2) garantiza que esa información sea procesada y analizada por

121. Vid. el *EU-Anti-Corruption Report*, Bruselas 3.2.2014, COM(2014)38 final, en el cual se contiene un análisis de la corrupción en el ámbito de los estados miembros de la Unión Europea.

expertos con absoluta objetividad, y 3) permite que el estado supervisado pueda comprobar los resultados y aportar información adicional. Son tres, por tanto, los elementos cruciales: la cantidad y fiabilidad de los datos; la cualificación y neutralidad de los expertos, y que proceso establecido para la aprobación final del informe de evaluación y las recomendaciones permita que intervenga el estado objeto de supervisión.

Si, como parece claro, el resultado final de un informe de evaluación depende en gran medida de la calidad y exactitud de los datos en los que se basa, el sistema de obtención de esos datos es pieza clave, a su vez, para poder valorar el sistema de supervisión.

De ordinario los datos se obtienen a través de un cuestionario que responden los propios estados. La fiabilidad de la información así recabada depende sobre todo de dos elementos: la calidad del propio cuestionario, y la precisión y corrección de las respuestas. En relación con el primer punto, el cuestionario debe ser lo suficientemente extenso como para abarcar las áreas a evaluar, pero también lo suficientemente preciso como para poder extraer conclusiones acertadas. La premisa inicial básica es hacer las preguntas adecuadas y evitar la ambigüedad en el modo de formularlas. La exactitud de las respuestas descansará, en gran parte, en la profesionalidad de las personas encargadas de ello y en la disposición del estado correspondiente a colaborar con el organismo de evaluación.

Para garantizar la fiabilidad de los datos obtenidos, el siguiente paso sería confirmar su veracidad, pues lamentablemente muchos estados no siempre proporcionan informaciones precisas para evitar ser tachados de incumplidores. Por ello es vital que esas respuestas sean contrastadas con otras fuentes y mediante visitas al país por parte de los evaluadores.

En fin, además de lo anterior, la calidad de la información dependerá también de la frecuencia con que se realicen las actividades de monitoreo. Un sistema que funciona sobre la base de un control periódico lógicamente estará en mejores condiciones de proporcionar más información, y más útil, que aquellos mecanismos en los que se prevé una única evaluación sin continuidad y sin un calendario preestablecido.

A la vista de estos criterios —calidad y cantidad de la información— puede afirmarse que el GRECO sigue el camino correcto en el control de

la corrupción. Es cierto que otras organizaciones también tienen sistemas parecidos de monitoreo, pero en comparación teniendo en cuenta la cantidad y la calidad de la información recopilada por el GRECO, este instrumento, a mi juicio, resulta ser el más completo.

Así, los informes del GRECO se basan en una ingente cantidad de información que aportan los estados de manera periódica, que se complementa con los datos recabados por los propios expertos. Además, al dividirse la supervisión en rondas de evaluación, es posible adquirir información detallada de cada uno de los puntos regulados en los convenios.

Si atendemos al segundo elemento, la calidad, la práctica de estos años ha demostrado la capacidad, experiencia e imparcialidad de los evaluadores del GRECO: los expertos designados para cada una de las rondas de evaluación son personas de probada integridad y con un amplio conocimiento en materia de justicia penal y de lucha contra la corrupción.

Hay todavía otras características del modo de control seguido por el GRECO que contribuye a reforzar su eficacia. El proceso para la aprobación de los informes, como se ha descrito antes, también contribuye a garantizar la imparcialidad de los informes de evaluación, de situación y de cumplimiento. Recuérdese que cada uno de los expertos elabora un informe individual, y que la Secretaría del GRECO prepara la versión consolidada. Y que el estado sometido a evaluación puede hacer comentarios a los informes sobre su país, pero no bloquear su aprobación final.

Algo parecido puede decirse respecto de la confidencialidad: todo el procedimiento será confidencial si el estado en cuestión no da permiso para hacerlo público. Pero el hecho de que en la práctica todos los estados miembros consienten la publicación de los informes del GRECO muestra que confían en el sistema y por ello cooperan para que funcione correctamente.

Por otra parte, los informes de cumplimiento elaborados por el GRECO ponen de manifiesto que la mayoría de los estados sigue las recomendaciones de los informes de evaluación, asegurando por lo tanto un marco jurídico e institucional adecuado para prevenir y combatir la corrupción.

En síntesis, no es exagerado afirmar que el diseño del GRECO puede ser presentado como un buen modelo para la supervisión internacional del cumplimiento de lo pactado en los convenios sobre la corrupción. Cuestión distinta es si el monitoreo de la corrupción ha tenido un impacto real y apreciable en la lucha contra la corrupción en los estados que se han sometido al procedimiento de seguimiento. Aquí, nos encontramos una vez más con las dificultades para medir la corrupción.

A este propósito, debe hacerse notar que el número de condenas no resulta un indicador válido, de suyo, para demostrar el éxito de la respuesta del Derecho penal. Un escaso número de sentencias por delitos de corrupción, como es sabido, no siempre indica que no existan esos delitos en un país, pues la ausencia de condenas puede también tener su origen en la propia corrupción de las instituciones judiciales y policiales. El informe de Europol de 2009¹²² identifica un nuevo tipo de delincuencia organizada cuyos actos van dirigidos a interferir en la actuación policial y judicial en Europa, recurriendo para ello a prácticas de corrupción.¹²³ Si tales prácticas son reconocidas en varios países de la UE (no solo del área mediterránea), no puede sorprender que el número de condenas por corrupción hace tiempo que haya dejado de ser un indicador fiable.¹²⁴

Si medir la corrupción es algo complejo, identificar si el posible éxito contra la corrupción se debe a los informes de evaluación y al cumplimiento de las recomendaciones que figuran en ellos, o bien se debe a otros elementos, tampoco puede determinarse. Por lo que me consta, no hay estudios que hayan analizado el impacto directo del GRECO en la mejora de la lucha contra la corrupción en el área del Consejo de Europa, y dudo de que un estudio de este tipo pueda llevarse a

122. Europol OCTA 2011: EU Organised Crime Threat Assessment, disponible en <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/publications/octa2011.pdf>.

123. Si bien los jueces son objeto de corrupción en menor medida que la policía, como afirma T. Gounev y T. Bezlov, «Corruption and Criminal Markets», en V. Ruggiero, P. Gounev (eds.), *Corruption and Organized Crime in Europe*, Londres, 2012, p. 81, «la falta de independencia del poder judicial facilita la corrupción».

124. G. Brooks, D. Walsh, C. Lewis y H. Kim, *op. cit.*, p. 28.

cabo con resultados fiables. A falta de datos estadísticos, no es posible concluir cuál ha sido exactamente el impacto del GRECO en la lucha contra la corrupción.

Pese a todo, creo que queda fuera de toda duda que el GRECO ha contribuido de manera positiva a que los estados miembros hayan adoptado reformas en su marco jurídico para sancionar adecuadamente los delitos de corrupción, así como para mejorar la respuesta por parte de las instituciones ante este fenómeno criminal. Aún sin poder dar cifras exactas, me atrevería a afirmar que los órganos de supervisión son un instrumento adecuado para impulsar a los estados a cumplir con las normas internacionales, y por lo tanto para cumplir con las obligaciones asumidas para frenar y combatir la corrupción. Si comparamos el perfil y funcionamiento del GRECO con otros instrumentos análogos de supervisión, las soluciones que aporta parecen adecuadas para fomentar el cumplimiento de los convenios contra la corrupción.

En todo caso, no puede pasarse por alto que la eficacia de todo sistema de supervisión pivota en torno a la voluntad de los estados y su compromiso efectivo de mejorar su actuación contra la corrupción. De existir tal disposición y compromiso, a mi juicio el modelo del Consejo de Europa adoptado en el GRECO es uno de los más eficaces.

No quiero dejar de mencionar una última cuestión a tener en cuenta a la hora de valorar la eficacia de un mecanismo de supervisión internacional: la relación coste-beneficio, que implica analizar esta temática desde una perspectiva económica. Por interesante que esto sea, queda fuera de los límites de este estudio.

VI. CONCLUSIONES

La complejidad del fenómeno de la corrupción requiere una respuesta integral, con un enfoque que abarque sus múltiples facetas, y la sanción penal es solo uno de los instrumentos para combatirlo. En qué medida la respuesta penal contribuye eficazmente a frenar la corrupción, es algo que no tiene una respuesta clara, puesto que, como tantas veces sucede en el ámbito de los instrumentos jurídicos,

no hay posibilidad de arbitrar mecanismos para medirlo de manera exacta.

No obstante, esa imposibilidad de medir la corrupción y cuál es la eficacia del Derecho penal en la lucha contra la corrupción es compatible con una conclusión que es comúnmente aceptada: que la ausencia de sanción penal puede favorecer la expansión del fenómeno. De ahí que no deba desdeñarse el papel que desempeñan los convenios internacionales sobre corrupción al promover que en las legislaciones nacionales se sancione penalmente la corrupción, y al establecer mecanismos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los estados en la lucha contra la corrupción.

Aunque no pueda medirse el impacto directo de los convenios internacionales en la lucha contra la corrupción —porque es imposible establecer una relación de causa-efecto entre la aplicación de los convenios del Consejo de Europa y el nivel de corrupción en un país concreto— y a pesar de que la legislación penal por sí sola no producirá ningún resultado significativo si no se aplica en un contexto institucional adecuado, pienso que el papel del Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción merece sin duda una valoración positiva. Entre otras razones, porque ha contribuido a establecer un marco jurídico adecuado y porque, a través del GRECO, vigila de cerca la forma en que ese marco jurídico está siendo implementado por los estados.

El modelo de supervisión del GRECO aunque está bien diseñado y realmente promueve un sistema de evaluación independiente. Si se compara con otros mecanismos de supervisión internacional en materia de corrupción, considero que su configuración y regulación permite combinar de manera adecuada la eficacia, con la neutralidad y el respeto a la soberanía de cada estado miembro. Frente a otros mecanismos de supervisión de la corrupción, creo que puede decirse que es de los más completos y eficaces. Claramente presenta las mismas deficiencias que otros órganos internacionales de supervisión: su éxito depende de la voluntad de los estados en cumplir las normas establecidas en los convenios, motivación unida a su deseo de mantener el respeto internacional, la denominada honorabilidad internacional. Los instrumentos de coerción consisten en una cierta presión política

y en la posible pérdida de imagen ante la opinión pública. Mantener la honorabilidad internacional y la buena imagen pública pueden ser motivaciones eficaces para algunos estados, pero también resultar absolutamente ineficaces para incentivar el cumplimiento de las normas internacionales en otros estados.

En el contexto europeo, al menos el GRECO ha demostrado ser eficaz en la creación de un marco legislativo en los estados miembros y también para impulsar prácticas y políticas anticorrupción. En este sentido, creo que deberían llevarse acciones políticas que animaran a otros estados no miembros del Consejo de Europa a firmar los convenios del Consejo de Europa sobre la corrupción, y a que sean miembros del GRECO.

Combatir eficazmente la corrupción requiere llevar a cabo acciones coordinadas en todos los planos: en la economía privada y en el sector público, en relación con las personas individuales y con respecto a los partidos y organizaciones, en el ámbito local y en el ámbito internacional, a nivel educativo y cultural, así como en el desarrollo y aplicación de códigos de conducta.

Si admitimos que la respuesta penal es solo una de las armas contra la corrupción, pero que resulta indispensable, la consecuencia lógica es aceptar igualmente que han de establecerse instrumentos de supervisión que garanticen que esas normas penales existen y se aplican. Un sistema de supervisión internacional como el del GRECO —naturalmente, unido a muchas otras medidas— puede sin duda contribuir a combatir la corrupción. Por ello debería promoverse que fuera adoptado en otras áreas geográficas, pues a mi juicio puede servir como modelo para supervisar la implementación normativa en materia de corrupción.

Y, en fin, en todo caso ha de aceptarse que, por eficaces que sean los instrumentos de supervisión internacional y la respuesta penal ante la corrupción, su erradicación es un objetivo poco realista. El *homo oeconomicus* siempre tratará de obtener beneficios y no todas las personas elegirán para ello el camino legal. La historia ha demostrado muchas veces la verdad que encierra aquella antigua sentencia del libro sagrado: *oboediunt omnia pecunia*.¹²⁵

125. Eclesiastés 10, 19.

LA LIBERTAD VIGILADA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y SU FORMULACIÓN EN EL PROYECTO DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2013, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL¹²⁶

DR. DAVID-ELEUTERIO BALBUENA PÉREZ
Doctor en Derecho por la Universitat Jaume I
Abogado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA LIBERTAD VIGILADA EN LA LO 5/2010. 1. Concepto y formas de aplicación. 2. Contenido de la libertad vigilada. 3. Ejecución.- III. LA LIBERTAD VIGILADA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CP DE 2013. 1. Contenido de la libertad vigilada. 2. Duración de la libertad vigilada.- IV. LOS INFORMES CONSULTIVOS. 1. El informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013. 2. El informe del Consejo Fiscal, de 20 de diciembre de 2012. 3. El dictamen del Consejo de Estado, de 27 de junio de 2013. 4. Las enmiendas al Proyecto.- V. CONCLUSIONES.

126. El presente trabajo forma parte de una tesis doctoral elaborada en la Universitat Jaume I de Castellón dentro del programa de doctorado interuniversitario *Sistema de Justicia Penal*, bajo la dirección del Prof. Dr. José Luis González Cussac y de la Prof.^a Dr.^a Cristina Guisasola Lerma, leída el 16 de septiembre de 2014. El tribunal estuvo compuesto por los doctores Juan Carlos Carbonell Mateu, catedrático de Derecho penal de la Universitat de València, Ángel José Sanz Morán, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid y María Luisa Cuerda Arnau, catedrática de Derecho penal de la Universitat Jaume I, a quienes quiero expresar mi agradecimiento por los consejos y las observaciones que formularon a mi trabajo y que fueron de gran ayuda para la elaboración del presente artículo.

La libertad es «casi un milagro», un equilibrio delicado y apenas creíble que no soporta convicciones demasiado entusiastas ni tutelas demasiado enérgicas, de modo que, muchas veces, quienes intentan defenderla con mayor vigor la ponen involuntariamente en peligro.

TOMÁS VIVES ANTÓN¹²⁷

I. INTRODUCCIÓN

Debo comenzar estas líneas agradeciendo la invitación del Área de Derecho Procesal de la Universitat Jaume I para participar en esta obra. El homenajado, César Barrientos, siempre fue muy admirado entre los doctorandos del Departamento de Derecho Público de la Universidad y siempre se dijo que César, magistrado guatemalteco y discípulo de Juan-Luis Gómez Colomer, era un jurista brillante. Quienes por aquel entonces empezábamos nuestro doctorado, admirábamos con regocijo los dos tomos de su tesis que siguen estando para su consulta en la sala de profesores del Departamento y en la biblioteca de la Universidad. Algunos tuvimos poco contacto con el ilustre César Barrientos, pero pronto supimos que pasó a ocupar el cargo de magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Guatemala, con el consiguiente aumento de nuestra admiración por su formación como jurista y sobre todo por su calidad como persona.¹²⁸ Quienes nos hemos formado en esta Universidad, lamentamos profundamente haber perdido a un compañero y a un gran jurista que supo estar a la altura de las enseñanzas de su maestro, por lo que solo espero contribuir mínimamente con este artículo a su homenaje.

127. VIVES ANTÓN, T. S., «La libertad como pretexto». Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 388.

128. Desde Guatemala visitó también nuestra tierra y nuestra casa de estudios, su sobrina, la Dr.^a Alejandra de Ovalle, con quien sigo manteniendo una cordial amistad a pesar del tiempo transcurrido y de la distancia, lo que refuerza mi estima por el ahora homenajado.

Entrando en la materia que es objeto de este estudio, la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo la libertad vigilada como una figura nueva en el sistema español de consecuencias jurídicas del delito, que si bien contaba con antecedentes legislativos en nuestro Derecho histórico y también con precedentes en el ámbito de los menores, no es hasta 2010 cuando se traspasa la barrera del dualismo con tendencia monista¹²⁹ que imperó en el CP de 1995 desde su promulgación —en el que las medidas de seguridad carecían de acomodo sistemático para ser aplicadas a personas imputables— lo que evidencia que la tendencia reformista que en el ámbito jurídico-penal se está llevando a cabo en los últimos tiempos, parece que pretende desembocar en un retorno al dualismo rígido de corte clásico en el que penas y medidas de seguridad coexistirán como medios de reacción frente al delito y se aplicarán de forma conjunta para servir a los fines preventivos —generales y especiales— de forma simbiótica. Como paso previo a adentrarnos en la formulación proyectada de libertad vigilada, conviene hacer referencia a cuatro cuestiones básicas.

La primera es una necesaria referencia a que, en su origen, las medidas de seguridad, aunque aparecen referencias en los textos de Feuerbach y Klein¹³⁰ a finales del siglo XVIII, donde realmente surgen son a finales del siglo XIX con la Escuela Positiva italiana¹³¹ y con el Anteproyecto de Código Penal suizo de 1893 —de Carl Stoons—¹³² aunque se consolidan definitivamente en el siglo XX.

129. JORGE BARREIRO, A., «Reflexiones sobre la compatibilidad de las medidas de seguridad en el CP de 1995 con las exigencias del Estado de derecho». En *Homenaje al Prof. Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, pp. 624-625.

130. A KLEIN se le considera el fundador del sistema de doble vía o dualista, debido a que desarrolló la idea de implementar junto con las penas, medidas de carácter asegurativo con orientación preventivo-especial, idea que pasó posteriormente, en fecha 5 de febrero de 1794, al Derecho Territorial Prusiano. Cfr. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*. Valladolid: Lex Nova, 2003, p. 22.

131. BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español. Tomo I. El sistema de la parte general. Vol. 1. Fundamentos del Derecho penal español. Las consecuencias jurídico-penales*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 483.

132. JORGE BARREIRO, A., «Reflexiones sobre la problemática...», cit. p. 600; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*. 5.ª ed., Navarra: Civitas, 2011, p. 354; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La medida de seguridad». En

Si bien las teorías monistas¹³³ se traspasan con el dualismo de Stoos,¹³⁴ su carácter afflictivo pronto fue tachado por Kohlrausch

CALDERÓN CERESO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho penal. Tomo I. Parte general*, 2.^a ed., Barcelona: Bosch, 2001, p. 496.

133. Las teorías monistas desarrolladas por la Escuela Positiva, pretenden sustituir las penas por medidas de corrección y de seguridad, aunque otra vertiente del monismo apostaba por la suficiencia de la reorientación preventiva de las penas hacia la desaparición de la peligrosidad, sin necesidad de acudir a técnicas represivas distintas, (*vid. SIERRA LÓPEZ, M.V., Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*. Tirant monografías, n.º 62, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 118-120). En el programa de Marburgo de Von LISZT, la misión del Derecho penal no es retributiva sino preventiva, (*vid. LISZT, F., La idea del fin en Derecho penal*, 1882. Traducción de Carlos Pérez del Valle. Granada: Comares, 1995, pp. 43-96), para lo que la pena puede utilizarse como medio de intimidación, como medio de corrección de los delincuentes que no son susceptibles de ser intimidados con la pena pero pueden ser corregidos, y como medio de aseguramiento de la sociedad frente a los incorregibles; pero esta concepción no terminó de imponerse a las teorías a las que se aferraba la Escuela Clásica, que asociaban la pena a la retribución y a la culpabilidad, (*vid. FRISCH, W., «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho»*. En *Indret. Revista para el análisis del Derecho*. 3/2007. Barcelona: 2007, p. 5). El monismo encuentra, pues, su fundamento en que penas y medidas de seguridad son materialmente lo mismo, diferenciándose únicamente su ejecución, (*vid. COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S., Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 986, estos autores señalan que «el monismo en Derecho penal introduce más que una fusión entre penas y medidas, una *confusión* de dichas instituciones que no puede ser aceptada ni conceptualmente, ni tampoco con fundamento en consideraciones políticocriminales. La pena debe mantener su primordial función de prevención general y su noción retributiva, como hemos expuesto. Y la medida de seguridad, por el contrario, su eminente proyección de prevención especial»).

134. Las teorías dualistas de Stoos plasmadas en su anteproyecto del CP suizo de 1893, fueron un punto clave para la implementación de las medidas de seguridad que, frente a las teorías de los positivistas italianos, defendían el carácter retributivo de la pena completada con medidas de seguridad o de corrección donde sea insuficiente o de imposible aplicación. Este modelo dualista se acabará aceptando incluso por VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, 4.^a ed., traducido de la 20.^a edición alemana por Luis Jiménez de Asúa. Tomo III. Madrid: Reus, 1999, pp. 198-199, que vino a decir que «ambas instituciones jurídicas son como dos círculos secantes: la pena puramente retributiva y la pura medida de seguridad están en oposición, pero, dentro de la esfera que le es común, puede entrar la medida de seguridad en lugar de la pena (con ella «reemplazada» [*virkariieren*]) y viceversa». De hecho, con motivo del intento por reconciliar la Escuela Clásica y la Moderna, se preparó un anteproyecto de CP alemán en 1909 que, junto con las penas, admitía la custodia para dementes, la internación de desintoxicación y la pena de seguridad, y un contraproyecto en 1911 que fue elaborado

de «fraude de etiquetas»,¹³⁵ de ahí que se buscara paliar sus carencias mediante el sistema vicarial ideado por Exner en 1914.¹³⁶ Roxin llega a afirmar que «la denominación generalmente acuñada de “Derecho penal” realmente es incorrecta. Más exactamente debería llamarse: “Derecho penal y de medidas”». ¹³⁷ El CP español de 1995, en su origen era un código dualista de tendencia monista, también llamado de criterio *neomonista* por algunos autores como Sanz Morán,¹³⁸ y consistía en que solo era posible imponer

con representantes de ambas escuelas, Kahl por la Clásica, Von Liszt y Von Lilienthal por la Moderna, y con la mediación neutral de Golschmidt, trabajo que introdujo la doble vía distinguiendo entre penas y medidas, y que fue la base para otro proyecto, el de 1913 elaborado por Kahl, Frank y Von Hippel, que también adoptó el sistema de doble vía pero que no se llegó a publicar y únicamente tuvo repercusión en la adaptación que se produjo en el proyecto de 1919 que igualmente quedó sin ser un proyecto oficial del Gobierno alemán debido al comienzo de la Primera Guerra Mundial, (vid. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2.ª edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, pp. 115-116). Y Birkmeyer, a propósito de la preparación del proyecto del CP de Suecia en 1913, impulsó la idea de la conveniencia de elaborar dos códigos, uno retributivo para las penas y otro preventivo para las medidas de seguridad, idea también plasmada en 1922 por autores alemanes como Beling, en su obra *Metódica de la Legislación*, y también autores italianos como Longhi en su obra *Per un Codice de la Prevenzione criminale*, que propugnaron que debía existir un CP en el que se definieran los delitos y se establecieran las penas asociadas a ellos, y otro código llamado de prevención o de seguridad, en el que se describieran los estados peligrosos y se definieran las medidas de seguridad que les serían aplicables, (vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*. 3.ª ed., 1958, Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Reimpresión de 1997, pp. 64-65).

135. Cfr. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección...*, op. cit., p. 32.

136. Mediante la descripción de tres características: la determinación del orden de cumplimiento sucesivo de los dos tipos de sanciones de la forma que resulte más favorable a la reeducación o resocialización, la extensión de todos los efectos beneficiosos alcanzados con la primera sanción a la sanción que deba cumplirse en segundo lugar, y aplicación de los mecanismos de sustitución y demás previsiones legales en torno a la ejecución íntegramente a ambas sanciones, para favorecer la resocialización. Vid. EXNER, F., *Die theorie der Scherungsmittel*. Berlín: Guttentag, 1914, pp. 197-225.

137. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit., pp. 42-43.

138. SANZ MORÁN, A. J., «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso». En BUENO ARÚS, F. / KURY, H / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / ZAFFARONI, E. R., (dirs.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la*

penas a los imputables y medidas de seguridad a los inimputables, todo ello mejorado con una serie de reglas que incorporaron el sistema vicarial para los semiimputables. La reforma de 2010 muestra una tendencia hacia el dualismo¹³⁹ al que algunos autores refieren como *neodualismo*,¹⁴⁰ que en el proyecto de 2013 se dirige hacia el dualismo rígido de corte clásico. El sistema de doble vía por el que optó la LO 5/2010, pretende consolidarse y evolucionar hacia su radicalización, conjugando penas (primera vía) y medidas de seguridad (segunda vía) de forma que las primeras se adicionan

política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 2006, p. 1087.

139. Puesto que conjuga penas y medidas de seguridad sin sujeción al sistema vicarial (CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 356), esto es, un régimen sumatorio (ACALE SÁNCHEZ, M., «Nuevos presupuestos para la imposición de penas y medidas de seguridad». En PÉREZ CEPEDA, I. (dir.) / GORJÓN BARRANCO, M. C., (coord.), *El proyecto de reforma del Código Penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014, p. 26) que rompe con el monismo para los imputables peligrosos, de forma que, en la libertad vigilada aplicable a delincuentes sexuales (art. 192.2 CP) y terroristas (art. 579.3 CP), la medida de seguridad puede cumplirse de forma sucesiva a la pena, cuya ejecución se lleva a cabo sin solución de continuidad tras extinguirse la pena de prisión (GARCÍA ALBERO, R., «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada». En *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 6, 2010, p. 185) sumándose a la misma, con el objetivo de someter a esta clase de delincuentes a una suerte de control de baja intensidad encaminado a la neutralización de la peligrosidad (MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, cit. p. 365). Este sistema de doble vía que se aleja de la —para algunos autores errónea concepción del CP de 1995 fundada en que el sistema dualista necesariamente debe asociar medidas de seguridad con ausencia total o parcial de imputabilidad— (ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., «Las medidas de seguridad como instrumentos de reinserción». En *Revista Sepín práctica penal*. N.º 60. 2010, p. 19, nota al pie 4, con cita de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena». En *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 1, 2009, pp. 199-212), supone un «criticable retorno al dualismo rígido» (JORGE BARREIRO, A., en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Introducción al Derecho penal*. Navarra: Civitas, 2011, p. 337), al modelo de medidas de seguridad complementarias a las penas, acercándose a lo previsto en otros ordenamientos que parecían haberse descartado con la promulgación del CP en 1995.

140. CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho penal...*, cit., p. 356. Estos autores señalan que se trata de una recuperación de la relación dualista entre penas y medidas de seguridad, «entendiéndolas como dos realidades impermeables unidas secuencialmente y precedidas por la ejecución de la medida».

a las segundas. La pena, basada en la culpabilidad, está dotada de carácter retributivo, y la medida, basada en la peligrosidad, sirve al ideal de salvaguarda de la seguridad del conjunto de la sociedad frente a las posibles infracciones del individuo peligroso. Ambas categorías sirven al objetivo común de la prevención especial, pero mientras en las medidas es la única finalidad que justifica su existencia,¹⁴¹ en las penas solo es uno de más de sus objetivos, entre los que también está la retribución y la prevención general.¹⁴² El fundamento de las medidas de seguridad reside, pues, en el binomio peligrosidad-futuro y no en el de culpabilidad-pasado propio de las penas,¹⁴³ aunque Roxin afirma que las medidas de seguridad son una expresión del pensamiento del Derecho penal de autor.¹⁴⁴

La segunda cuestión básica, es una necesaria referencia a que la discusión doctrinal sobre la justificación de las medidas de seguridad para imputables centra sus principales objeciones en que no es posible presumir la peligrosidad cuando no se constata a través de métodos científicos o médicos, que se sobrepasa el límite de la proporcionalidad y que se trata de un fraude de etiquetas.¹⁴⁵ Jescheck afirma que las objeciones constitucionales no son importantes¹⁴⁶ y Jakobs las justifica afirmando que la au-

141. No obstante, JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.^a ed., traducida por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 41-42, mantiene que las medidas de seguridad también están al servicio de la prevención general positiva, en la medida en que con su aplicación sirven al mantenimiento de la autoridad de la norma y a la vigencia del Derecho, al tiempo que restablecen el orden jurídico quebrantado por el delito, sin olvidar que también se crea la suficiente seguridad cognitiva para el apoyo de una garantía normativa, pero principalmente se trata de mantener la confianza en la generalidad de la norma.

142. FRISCH, W., «Las medidas de corrección...», cit., p. 15.

143. WELZEL, H., *Derecho penal. Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 240.

144. ROXIN, C., *Derecho penal...*, cit. p. 189.

145. ZAFFARONI, E. R., «Teoría de las Consecuencias Jurídicas del Hecho Punitivo». En *Nuevo Código Penal. Opiniones y comentarios*. Asunción: Colegio de Abogados del Paraguay, 1999, pp. 103-104.

146. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal...*, cit. pp. 739-740. Según este autor, «quien abusa repetidamente de la libertad para cometer delitos graves, y representa también un considerable peligro para el futuro, puede, en interés de la justificada

sencia de seguridad cognitiva en el comportamiento personal¹⁴⁷ no permite que el delincuente sea tratado como *persona* y es posible coaccionarle para apartarle de la sociedad o para que recupere la seguridad cognitiva de la que carece.¹⁴⁸ La doctrina española ha venido manteniendo opiniones muy dispares,¹⁴⁹ y así Gracia Martín refiere a que el tratamiento para el delincuente peligroso puede tener solución en el campo de la culpabilidad, a través de agravaciones penológicas como la reincidencia o la

demanda de seguridad por parte de la sociedad, ser sometido a la necesaria restricción de sus movimientos».

147. JAKOBS, G., *El Derecho penal como disciplina científica*. Traducción de A. Van Weezel. Navarra: Civitas, 2008, pp. 104-105.

148. JAKOBS, G., «Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 1/2009. Barcelona: 2009, pp. 11-14.

149. Por ejemplo, URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*. Granada: Comares, 2009, p. 21, mantiene que en el sistema español, las medidas como la custodia de seguridad alemana serían contrarias al mandato constitucional del art. 25.2 CE; ALONSO RIMO, A., «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (a propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)». En *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXIX. 2009, pp. 135-136, afirma que la peligrosa lógica de la peligrosidad que justificaría la imposición de medidas complementarias a la pena nos conduciría a admitir también las medidas indefinidas y las predelictuales; ROBLES PLANAS, R., «“Sexual Predators”». Estrategias del Derecho penal de la peligrosidad». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 4/2007. Barcelona, 2007, p. 20, mantiene que sería posible la implementación de un Derecho de medidas desvinculado del de la pena, porque podría ofrecer soluciones a supuestos de excepcional peligrosidad que supusieran «una amenaza inminente, grave y suficientemente concreta y probable (no siendo posible la mera posibilidad)», que quedaría condicionada a la necesidad de su utilización y a la persistencia de la gravedad y probabilidad del peligro, por lo que las posibilidades de proporcionar seguridad a través del Derecho de la peligrosidad son muy limitadas. Para VIVES ANTÓN, T. S., «Constitución y medidas de seguridad». En *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 251, la concurrencia de penas y medidas de seguridad puede ser válida y sin que quepa oponer obstáculos de constitucionalidad cuando, como sucede en supuestos de acumulación de varias penas en el castigo de un hecho, el legislador decide sancionar en parte con una pena y en parte con una medida, siempre que se respeten los límites de proporcionalidad, y dice: «No siempre será constitucionalmente ilegítima la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad. Lo será, desde luego, cuando la pena exprese por sí sola la total reprobación que el ordenamiento jurídico proyecta sobre el hecho y la medida suponga, por consiguiente, solo una ilegítima desaprobación de la personalidad del autor».

multirreincidencia.¹⁵⁰ Sanz Morán se muestra partidario de otorgar una respuesta dualista para imputables peligrosos de criminalidad media o grave, «dando preferencia al carácter correctivo de la intervención frente al meramente asegurativo».¹⁵¹ Guisasola Lerma, para los delincuentes habituales peligrosos imputables, se muestra partidaria del sistema dualista sin una rígida acumulación de penas y medidas para un mismo hecho, sino con una adecuada articulación del sistema vicarial que permita aplicar medidas de seguridad también a imputables cuando se aprecie peligrosidad criminal o pronóstico de comisión de futuros delitos que en ningún caso puede presumirse *iuris et de iure*, sino que deberá ser constatado en cada caso por el órgano judicial atendiendo a criterios fiables, para no vulnerar los principios de *ne bis idem* y proporcionalidad.¹⁵²

La tercera cuestión básica se refiere a que las medidas de seguridad son posdelictuales y se basan en la peligrosidad, pero solo en la peligrosidad criminal, que es la cualidad personal que demuestra alta probabilidad de cometer delitos en el futuro,¹⁵³ no en la peligrosidad social basada en la inadaptación y en meras conductas antisociales.¹⁵⁴ La

150. GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho». En GARCÍA VALDÉS, C. / CUERDA RIEZU, A. / MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / ALCÁCER GUIRAO, R. / VALLE MARISCAL DE GANTE, M., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Vol. I. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1000.

151. SANZ MORÁN, A. J., «De nuevo sobre el tratamiento...», cit. pp. 1098-1101, con cita de CERZO MIR, SÁNCHEZ LÁZARO y JORGE BARREIRO, entre otros.

152. GUIASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 151-155. Ahora bien, según esta autora las medidas aplicables a imputables tendrían que ser no privativas de libertad como la libertad vigilada. No obstante, algunos autores afirman que es preferible prescindir de cualquier forma de libertad vigilada, como MARTÍNEZ GARAY, L., «La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la *Führungsaufsicht* del Derecho penal alemán». En *Revista General del Derecho penal*, n.º 22, 2014, pp. 65-66, que considera que «sería preferible renunciar a la libertad vigilada como medida de seguridad postcondena, y que en su lugar se debería rediseñar la ejecución de las penas privativas de libertad en un sentido verdaderamente reeducador».

153. LEAL MEDINA, J., «Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del Derecho penal». En *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 20. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, pp. 216-226.

154. MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., «Peligrosidad social y la tipología del sujeto peligroso». En *Documentación Jurídica* n.º 20. Madrid: Ministerio de Justicia, Secre-

determinación de la peligrosidad, es una cuestión sobre la que durante décadas se han venido desarrollado varios métodos —algunos mejores que otros— en los que se ha intentado conseguir resultados cada vez más precisos y seguros, como los métodos científicos que, en esencia, son los métodos biológicos y matemáticos; y los métodos intuitivos que se basan en las técnicas de pronóstico. Todos han presentado dificultades que ya fueron expuestas magistralmente por Vives Antón en la década de los 70¹⁵⁵ y más recientemente por Martínez Garay, en varias publicaciones sucesivas, en las que ofrece nuevos datos que evidencian la escasa fiabilidad de los métodos de pronóstico.¹⁵⁶ Mención aparte merece la neurociencia, pues conviene prestar atención a sus avances en los métodos de imágenes cerebrales aplicados a la predicción de la peligrosidad, aunque por el momento no ofrecen resultados concluyentes.¹⁵⁷

taría General Técnica. 1978, p. 1178; LANDECHO VELASCO, C. M., en COBO DEL ROSAL, M., (dir.), *Comentarios al Código penal*. Tomo IV, Madrid: Edersa, 1999, p. 57.

155. VIVES ANTÓN, T. S., «Métodos de determinación de la Peligrosidad». En *la libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 18. Edición original en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, 1974.

156. MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de seguridad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 2/2014. Barcelona, 2014, pp. 3 a 68; MARTÍNEZ GARAY, L., «Minority Report: pre-crimen y pre-castigo. Prevención y predicción». En VIVES ANTÓN, T. S. / CARBONELL MATEU, J. C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / ALONSO RIMO, A. / ROIG TORRES, M., (dirs.), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 579-606.

157. *Vid.*, por ejemplo, HASSEMER, W., «Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 2/2011. Barcelona: 2011, pp. 2-12; RUBIA, F. J., «Neurociencia y libertad». En DEMETRIO CRESPO, E., (dir.) / MAROTO CALATAYUD, M., (coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer, 2013, pp. 185-190; DEMETRIO CRESPO, E., «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. 2/2011. Barcelona: 2011, pp. 2-31; RAMOS VÁZQUEZ, J. A., *Ciencia, libertad y Derecho penal. (Aporías del determinismo y defensa de la libertad de acción como base del sistema penal)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 29-253; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Culpabilidad jurídico-penal y Neurociencias». En DEMETRIO CRESPO, E., (dir.) / MAROTO CALATAYUD, M., (coord.), *Neurociencias y Derecho penal*.

La cuarta cuestión básica es la distinción entre la peligrosidad del inimputable y la del imputable, puesto que la primera, a pesar de que plantea multitud de problemas relacionados con aspectos médicos y con los tratamientos que quepa otorgarles a través de las medidas de seguridad —de los que no puedo ocupar aquí—, no plantea tantos problemas como la segunda, que es donde realmente reside la dificultad en su aplicación a la libertad vigilada. Debe partirse de que la peligrosidad del imputable en las últimas décadas ha venido experimentando una dirección inocuidadora,¹⁵⁸ focalizando su tratamiento exclusivamente en la pena y en la culpabilidad, a través de la aplicación de un régimen de

Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Madrid: Edisofer, 2013, pp. 269-298; PÉREZ MANZANO, M., «Fundamento y fines de Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la Neurociencia». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho.* 2/2011. Barcelona: 2011, pp. 2-32; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Derecho penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho.* 2/2011. Barcelona: 2011, pp. 2-50; PÉREZ MANZANO, M., «El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal». En DEMETRIO CRESPO, E., (dir.) / MAROTO CALATAYUD, M., (coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.* Madrid: Edisofer, 2013, pp. 105-136; ROTH, G., «Delincuentes violentos: ¿seres malvados o enfermos mentales?». En DEMETRIO CRESPO, E., (dir.) / MAROTO CALATAYUD, M., (coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.* Madrid: Edisofer, 2013, pp. 669 y ss; PARDO, M. S., / PATERSON, D., «Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia». En *InDret. Revista para el análisis del Derecho.* 2/2011. Barcelona: 2011, pp. 2-45; VIVES ANTÓN, T. S., «Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica». En DEMETRIO CRESPO, E., (dir.) / MAROTO CALATAYUD, M., (coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.* Madrid: Edisofer, 2013, pp. 219-233. CANCIO MELIÁ, M., «Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias». En FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. / GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. / VILLA SIEIRO, S. V., (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes.* Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, D. L., 2013, pp. 520-544.

158. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El retorno de la inocuidación. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos». En ARROYO ZAPATERO, L. / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam.* Vol. I. Castilla-La Mancha: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 701-710.

ejecución penal más estricto, basado en exasperaciones penológicas, en el discutido periodo de seguridad,¹⁵⁹ en la creación de una serie de requisitos añadidos para el acceso a libertad condicional, etc. Pero desde 2010, la respuesta fue la incorporación de un sistema de doble vía para los imputables peligrosos, que combina pena más medida de seguridad sin solución de continuidad. Por tanto, centrándonos exclusivamente en la peligrosidad del imputable, creo conveniente focalizar la atención en las dos categorías de delincuencia peligrosa que el legislador estimó merecedoras de la libertad vigilada en su modalidad pospenitenciaria: los delincuentes sexuales y los terroristas. La peligrosidad sexual ha tenido tratamientos jurídicos diferentes en distintos ordenamientos, como por ejemplo en el Reino Unido, a través de leyes como la *Sex offenders Act*, de 1997 o la *Criminal Justice Act 2003*.¹⁶⁰ En EE. UU., a través de tratamientos antiandrógenos,¹⁶¹ la creación de registros públicos,¹⁶² o figuras como la *life time supervisión*,¹⁶³ con sujeción al *parole officer*;¹⁶⁴ en Francia, Italia y Alemania, a través de figuras muy próximas a la libertad vigilada que está vigente en España desde 2010. Mientras que la peligrosidad terrorista es lo que se ha venido denominando delin-

159. BAUTISTA SAMANIEGO, C., «Periodo de seguridad y crimen organizado». En *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XXII. *Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 145-147.

160. ROCA POVEDA, M., «La libertad vigilada. Notas desde una visión penitenciaria». En *La Ley Penal*, n.º 96-97, 2012, p. 39; GARCÍA ALBERO, R., «Ejecución de penas en el proyecto de reforma. Estudio de un problema concreto: ¿qué hacer con los reos habituales o reincidentes en los que subsiste la peligrosidad criminal tras el licenciamiento definitivo?». En ÁLVAREZ GARCÍA, F., (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 130-131.

161. ROBLES PLANAS, R., ««Sexual Predators»...», cit. pp. 9-10; SIERRA LÓPEZ, M. V., *La medida de libertad vigilada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 93-95.

162. FERNÁNDEZ VILLAZALA, T., «La medición de los delitos sexuales como base empírica de la expansión del Derecho penal». En PÉREZ ÁLVAREZ, (ed.) / DÍAZ CORTÉS, L. M., (coord.) *Temas actuales de investigación en Ciencias penales. Memorias del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias penales*. Salamanca: Aquilafuente, 2011, pp. 277 y ss.

163. ROCA POVEDA, M., «La libertad vigilada...», cit. p. 39.

164. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La libertad vigilada». En *Diario La Ley*, n.º 7534. *Especial Reforma del Código Penal*, 2010, p. 4.

cuencia por convicción,¹⁶⁵ que en España ha tenido un tratamiento penológico con diferencias importantes respecto del resto de categorías delictivas, consistente en la elevación de los marcos penales hasta los cuarenta años, la fijación de regímenes especiales de cumplimiento, la imposición de la polémica figura del período de seguridad, requisitos especialmente reforzados para el acceso a la libertad condicional y a beneficios penitenciarios y la implementación mecanismos para el cumplimiento íntegro de las penas,¹⁶⁶ etc.¹⁶⁷ A todo ello, desde 2010, se añade la libertad vigilada pospenitenciaria¹⁶⁸ para su cumplimiento posterior,¹⁶⁹ intensificación de la respuesta punitiva que, curiosamente, se produce cuando la amenaza terrorista prácticamente ha desaparecido.¹⁷⁰

165. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El sistema de penas español: balance crítico y propuesta alternativa». En ARROYO ZAPATERO, L. / CRESPO BARQUERO, P. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. / QUINTERO OLIVARES, G. / ORTS BERENGUER, E., *La reforma del Código Penal tras 10 años de vigencia*. Navarra: Aranzadi, 2006, pp. 57-58.

166. Como la ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, o la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas, y la LO 5/2010, de reforma del código penal.

167. LAMARCA PÉREZ, C., «La regulación del terrorismo en el código penal español». En PÉREZ ÁLVAREZ, F., (ed.), *Vniversitas Vitae, homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Salamanca: Aquilafuente, 2007, pp. 359-371.

168. El preámbulo de la LO 5/2010, contenía una referencia genérica a la Decisión marco 2008/919/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo, a través de la que justificaba una «profunda de reordenación y clarificación del tratamiento penal». No obstante, mantiene una posición muy crítica con la reforma CANCIO MELIÁ, M., «Delitos de terrorismo». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 531, que señala que la justificación que invoca la Decisión marco 2008/919/JAI, nada tiene que ver con el contenido del texto que finalmente se aprobó.

169. *Vid.* DEL CARPIO DELGADO, J., «La medida de libertad vigilada para adultos». En *Revista de Derecho penal*, n.º 36, 2012, pp. 21-65; FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos». En DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*. Navarra: Civitas, 2011, pp. 213-239.

170. VIVES ANTÓN, T. S., «Sobre la dignidad del sistema jurídico». En *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 1, 2012, p. 73; CANO PAÑOS, M. A., «El régimen penitenciario de los terroristas de ETA, ¿mantenimiento, supresión o modificación?». En *Diario La Ley*, n.º 7821, 2012, pp. 1-3.

II. LA LIBERTAD VIGILADA EN LA LO 5/2010

La libertad vigilada es un instrumento frecuente en Derecho comparado, pues existe, por ejemplo, en Alemania (*Führungsaufsicht*),¹⁷¹ en Italia (*Libertà vigilata*),¹⁷² en Francia (*Suivi socio-judiciaire*),¹⁷³ en el Reino Unido (*Community Punishment*),¹⁷⁴ y en EE. UU., *Lifetime supervision*, etc. En España hay continuas referencias, pues aparece

171. STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Canci Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas. 2005, p. 42; EIRANOVA ENCINAS, E., (coord.), *Código Penal alemán StGB. Código Procesal Penal alemán StPO*. Madrid: Marcial Pons. 2000, pp. 49-50; JES-CHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*. 4.ª ed., traducida por J.L. Manzanares Samaniego, Granada: Comares. 1993, p. 748. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed., Traducida por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons. 1997, p. 41; TAMARIT SUMALLA, J. M., «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009, p. 83; MARTÍNEZ GARAY, L., «La libertad vigilada...», cit., pp. 49-64.

172. FIANDACA, G. / MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*. Quinta edizione. Bologna: Zanichelli Editore, 2007, pp. 828 y ss.; PADOVANI, T., *Dirito penale. Seconda edizione*. Milán: Giuffrè Editore, 1993, pp. 437 y ss.; ALEO, S., *Il Sistema penale. I. La parte generale del diritto penale. II. Altri profili normativi e istituzionali*. Milano. Giuffrè Editore. 2004, pp. 246 y ss.; ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto penale. Parte generale. Sedicesima edizione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, pp. 828 y ss.; PAGLIARDO, A., *Principi de Diritto penale. Parte generale. Quarta edizione*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1993, pp. 695 y ss.; RIZ, R., *Lineamenti di Diritto penal. Parte generale*. Padua: CEDAM, 2000, pp. 488-489.

173. LEROY, J., *Droit pénal général*. 3.ª ed., París: L.G.D.J. Lextenso Éditions. 2010, pp. 361-362; BOULOC, B., *Droit pénal général*. 20.ª ed., París: Dalloz. 2007, pp. 457 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. / ALARCÓN NAVÍO, E., *El Código Penal francés. Traducido y anotado*. 2.ª ed., Granada. Comares. 2003, pp. 58 y ss.; DREYER, E., *Droit pénal général*. París. Flammarion. 2006, pp. 173-174; MOLFESSIS, N. (dir.) / DESPORTES, F. / LE GUNHEC, F., *Droit pénal général*. 9.ª ed., París: Economica, 2002, pp. 752 y ss.; PRADEL, J., *Droit pénal général*. 16.ª ed., París: Éditions Cujas, 2006, pp. 553 y ss.

174. WORRALL, A. / HOY, C., *Punishment in the Community*. 2.ª ed., Cullompton, 2005, pp. 17 y ss.; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. GEPC, 2005, p. 43.

en la LORPM,¹⁷⁵ en el Código Penal de 1822¹⁷⁶ desapareció con la promulgación del CP de 1870,¹⁷⁷ aunque se mantuvo en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933¹⁷⁸ y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970,¹⁷⁹ pero desaparece con la llegada de la Constitución de 1978 y la promulgación del CP de 1995, y su reaparición se produce ya en el siglo XXI, pues desde 2006 se instala su presencia en los distintos anteproyectos y proyectos de reforma del Código Penal de 1995, en 2006 y 2007, que —por supuesto— generaron un intenso debate doctrinal,¹⁸⁰ aunque el texto más destacable es el Anteproyecto de 2008, en el que se formuló la libertad vigilada en forma de pena privativa de derechos accesoria,¹⁸¹ manteniendo el monismo del CP de 1995,

175. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Ley orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Madrid: Dijusa, 2005, pp. 91 y ss.; DOLZ LAGO, M. J., *Comentarios a la legislación penal de Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 113-116; MONTERO HERNÁNDEZ, T., *La justicia juvenil en España. Comentarios y reflexiones*. Madrid: La Ley, 2009, pp. 304-305; MAPELLI CAFFARENA, B. / GONZÁLEZ CANO, M. I. / AGUADO CORREA, T., *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2002, p. 87.

176. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La libertad vigilada...», cit. pp. 2-3; GARCÍA RIVAS, N., «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad». En *Revista General de Derecho penal*, n.º 16, 2011, p. 5.

177. CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho penal...*, cit. pp. 359-360.

178. SIERRA LÓPEZ, M. V., *La medida de libertad vigilada...*, cit. pp. 19-20.

179. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La libertad vigilada...», cit. p. 3.

180. Sobre estos textos puede verse, por ejemplo, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada». En *ReCrim. Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, 2009, pp. 294-314; CÁMARA ARROYO, S., «La libertad vigilada en adultos: naturaleza jurídica, modos de aplicación y cuestiones penitenciarias». En *La Ley Penal*, n.º 96-97, 2012, pp. 803 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M., «La integración jurídica en la Unión Europea y la reforma de 2006. Las penas y la reforma». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.), *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 81-82; GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 203.

181. Vid. DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R. / MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P. / FABIÁN CAPARRÓS, E. A., (comps.), *Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviem-*

aunque en realidad parecía que su comportamiento se asemejaba más al de una medida de seguridad. Seguidamente se publicó un nuevo Anteproyecto en 2009, formulando la libertad vigilada como medida de seguridad¹⁸² (que se convirtió en el Proyecto de 2009¹⁸³ para finalmente alumbrar la LO 5/2010) cerrando el debate —a mi juicio por la opción más correcta de entre las posibles— al regular la libertad vigilada como medida de seguridad y no como pena. No obstante, la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo de la UE, de 27 de noviembre de 2008, relativa al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas, contribuyó a su implantación en España, aunque esta disposición comunitaria hace referencia a figuras que no son exactamente la libertad vigilada que se ha terminado por implantar en España.¹⁸⁴

bre de 2008, de Reforma del Código Penal. Acompañado de los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. XXI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal. Universidad de Salamanca: Ratio legis. 2009, pp. 17 y ss.; DE MARCOS MADRUGA, F., en GÓMEZ TOMILLO, M., (dir.), Comentarios al Código penal. 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova. 2011, p. 437; VIVES ANTÓN, T. S., Reflexiones jurídico-políticas a propósito de un Anteproyecto de Código Penal ¿Estado democrático o Estado autoritario? [www.tirantonline.com], TOL1.405.952, 2008, pp. 1-5.

182. CÁMARA ARROYO, S., «La libertad vigilada...», cit. pp. 9-10.

183. *Vid.* SANZ MORÁN, A. J., «Libertad vigilada y quebrantamiento de condena. Arts. 106 y 468 CP». En ALVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 141-144; REBOLLO VARGAS, R., «Libertad vigilada. Arts. 100.3, 106.2 y 106.4 CP». En ALVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 145-149; ACALE SÁNCHEZ, M., «Libertad vigilada. Arts. 106, 192 y 468 CP». En ALVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., (dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. (Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 151-160.

184. SIERRA LÓPEZ, M. V., *La medida de libertad vigilada...*, cit. p. 52, nota al pie 68 y p. 53.

1. Concepto y formas de aplicación

La definición hay que extraerla de la interrelación del articulado, del que se desprende que es una medida de seguridad no privativa de libertad, que puede ser impuesta por tiempo de entre uno y cinco años en unos casos y por tiempo de hasta diez años en otros; y consistirá en el sometimiento del condenado al control judicial a través del cumplimiento de alguna, algunas o todas las obligaciones y prohibiciones previstas en el art. 106 CP. La libertad vigilada aglutina en una sola medida lo que antes eran varias sanciones penales autónomas¹⁸⁵ y además añade otras nuevas, proyectando una posibilidad de imposición conjunta de un elenco muy variado de obligaciones y prohibiciones, bajo el prisma y justificación de una única medida.¹⁸⁶ La libertad vigilada tiene una previsión general, de imposición facultativa para los inimputables y semiimputables, y una previsión especial, de imposición preceptiva, para delincuentes sexuales y terroristas imputables. El problema que se plantea en la previsión general, es que en caso de semiimputables que además hayan cometido alguno de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o de terrorismo, la fórmula será la siguiente: la imposición de una medida de seguridad más una pena que se cumplirá tras la medida y, finalmente, la libertad vigilada, con el consecuente incremento acumulativo de sanciones penales en esta categoría de personas de imputabilidad reducida.

La libertad vigilada puede ser aplicada de tres formas distintas dependiendo de la categoría de delincuentes a los que se aplica y de los delitos cometidos, de modo que puede ser impuesta como medida principal, como medida sustitutiva de otras medidas originarias, y como medida complementaria a la pena en sujetos imputables (delincuentes sexuales y terroristas). Pero lo realmente importante desde mi punto de vista, es que para los imputables hay dos libertades vi-

185. ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*. 3.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 351.

186. MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias...*, cit. p. 378.

giladas: una para los delincuentes sexuales y otra para los terroristas, lo que implica que ni los contenidos ni la duración ni los requisitos deben ser los mismos, porque son tipologías delictivas distintas. Por ese motivo, en sus respectivas regulaciones presentan diferencias importantes, de entre las que destacaré solo las principales: 1) Para los delitos sexuales, el art. 192.1 CP habla de que «se impondrá además la libertad vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad», mientras que para los terroristas, el art. 579.3 CP dice que «se impondrá además la libertad vigilada», omitiendo la referencia a que se ejecutará con posterioridad a la pena. Para esta cuestión hay tres posiciones doctrinales: la primera es la que aduce que no sería posible la analogía (Rebollo Vargas);¹⁸⁷ la segunda es la que interpreta que sería posible el cumplimiento simultáneo de la pena y la medida de seguridad (Sierra López);¹⁸⁸ y la tercera es la que entiende que no se trata más que de un desliz gramatical (Cámara Arroyo).¹⁸⁹ En cualquier caso, la diferencia existe y es correcto conferirle un tratamiento también distinto. 2) En los delitos de terrorismo se habla de que acompañará a «penas graves y menos graves», no a «delitos» como sucede en la previsión para delincuentes sexuales. Por tanto, puede ser que los delitos de terrorismo tengan penas en abstracto menos graves y luego en la concreción la pena resultante sea grave, en cuyo caso la libertad vigilada podrá llegar a los diez años frente a los cinco que puede alcanzar cuando se trata de delitos menos graves en los delitos sexuales.¹⁹⁰ 3) En relación a la facultad de no imposición a los delincuentes primarios —que debería haber sido la regla general y no la excepción—,¹⁹¹ en los delitos sexuales se aplicará atendiendo

187. REBOLLO VARGAS, R., *La llibertat vigilada: pena accessòria o mesura de seguretat contra els condemnats per delictes sexuals i delictes de terrorisme*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2010, p. 70.

188. SIERRA LÓPEZ, M. V., *La medida de libertad vigilada...*, cit. p. 138.

189. CÁMARA ARROYO, S., «La libertad vigilada...», cit. p. 15.

190. SIERRA LÓPEZ, M. V., *La medida de libertad vigilada...*, cit. pp. 136-137.

191. TAMARIT SUMALLA, J. M., «Delitos relativos a la pornografía infantil y otras medidas relacionadas con la delincuencia sexual (arts. 189 y 192)». En QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Navarra. Thomson Aranzadi. 2010, p. 178.

a la menor peligrosidad cuando el sujeto haya cometido delitos graves y menos graves,¹⁹² mientras que para los terroristas solamente se podrá hacer uso de esta facultad cuando el sujeto haya cometido un solo delito menos grave, excluyendo los delitos graves y cuando sean varios.¹⁹³ Por tanto, considero que ante tantas diferencias, es necesario otorgarle un tratamiento también distinto.

2. Contenido de la libertad vigilada

La libertad vigilada aglutina muchas medidas de seguridad en una sola y posibilita la imposición de muchas de ellas de forma concurrente. El art. 106 CP enumera las obligaciones y prohibiciones de las que, por razones obvias, no me puedo ocupar aquí,¹⁹⁴ por lo que solo me detendré en algunas de ellas, como la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos, sobre la que autores como Gudín Rodríguez han señalado que está inspirada en una suerte de cárcel electrónica y en las ideas del panóptico¹⁹⁵

192. Aunque en la práctica, desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, esta facultad de no imposición a los primarios —que no es más que eso— raras veces se ha utilizado para prescindir de la libertad vigilada, advirtiéndose un excesivo automatismo en su imposición, *vid.*, por ejemplo, la SAP de Valencia 223/2014, de 8 de abril (TOL4.296.730), entre muchas otras.

193. FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La libertad vigilada...», cit. p. 221.

194. Se han planteado, por ejemplo, cuestiones de compatibilidad entre la libertad vigilada y las penas accesorias de prohibición de aproximarse del art. 48 CP, de aplicación a los delitos sexuales *ex art.* 57 CP, cuestión que ha sido resuelta por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en sentido favorable a la compatibilidad de ambas sanciones (STS 347/2013, de 9 de abril de 2013, TOL3.706.510); y también se han plantado problemas de compatibilidad entre la suspensión de la pena y el cumplimiento de la medida de seguridad, puesto que en los delitos menos graves es posible la suspensión de la pena y no termina de quedar claro si se puede aplicar igualmente la libertad vigilada cuando termine el período de suspensión acordado, lo que implica que podría existir una incompatibilidad entre suspensión de la pena y la persistencia de la peligrosidad que justifica la medida de seguridad, aspecto que sigue sin resolverse.

195. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad...*, cit. p. 129.

de Bentham¹⁹⁶ y Foucault¹⁹⁷. Pero lo que me interesa destacar es la inconcreción de los medios que aparecen marcadamente necesitados de desarrollo reglamentario; y tampoco queda del todo claro qué actividades se van a vigilar, esto es, no se delimita con claridad hasta dónde se puede llegar, sin que sepamos muy bien si pueden consistir en las comunicaciones, llamadas telefónicas, interacciones *online*, etc., o cualesquiera otras actividades incluidos los movimientos. Además esta obligación plantea varios inconvenientes como el gasto, la inversión en personal, las falsas alarmas que puedan producirse cuando se pierde la señal por falta de cobertura; el estigma que produce en el vigilado, el aumento del aseguramiento y el escaso contenido resocializador, etc.

Me detendré solo en dos obligaciones más: la primera, la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares, en la que la participación implica voluntariedad (y no sometimiento), pudiendo producirse una disfunción con el tratamiento penitenciario, esto es, si el sujeto no se sometió voluntariamente en la pena, no parece que vaya a participar posteriormente en la medida de seguridad.¹⁹⁸ En cuanto a los programas, los problemas se plantean en el de educación sexual, porque la terapia en este ámbito es de muy difícil efectividad; y la amplitud de la expresión «otros similares», cuya inconcreción es evidente. La segunda, la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico, es la que mayor debate generó puesto que en realidad no es una obligación al ser necesaria la voluntariedad, en consonancia con la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente,¹⁹⁹ y la vía elegida

196. BENTHAM, J., *El Panóptico*. 1791. Madrid: Ediciones la Piqueta, 1979, pp. 29-128.

197. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*. París, 1975. Traducción de A. Garzón del Camino, Ed. Siglo XXI de España editores S. A., 1990, pp. 199-230.

198. CÁMARA ARROYO, S., «La libertad vigilada...», cit. p. 17.

199. ACALE SÁNCHEZ, M., «Libertad Vigilada». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 156.; LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada». En NEIRA PENA, A. (coord.) / PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (dir. congr.) / FE-

por el legislador para salir del paso es la regla especial para el quebrantamiento de la libertad vigilada (art. 100.3 CP) que dispone que el incumplimiento o el abandono del tratamiento no se considerará quebrantamiento y será, pues, suficiente con sustituirla por otra.²⁰⁰ Por esos motivos, se trata de una medida autónoma que no encuadra ni en las obligaciones ni en las prohibiciones, por lo que sería preferible conferirle también una regulación autónoma²⁰¹ sin sujeción a la libertad vigilada para dotarla de mayor contenido terapéutico y para fijar con mayor claridad sus límites.

3. Ejecución

La libertad vigilada se impone en sentencia pero su concreción se produce tras la pena, conjuntamente entre el juez de vigilancia penitenciaria (en adelante JVP) y el tribunal sentenciador antes de empezar a cumplirse.²⁰² Además, es obligatorio llevar a cabo una

RREIRO BAAMONDE, X. (dir. Congr.), «Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada»: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, 2012, pp. 552-553, nota al pie 33.

200. GARCÍA ALBERO, R., «La nueva medida de seguridad...», cit. p. 189.

201. SANZ MORÁN, A. J., «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada: reflexión político-criminal». En MUÑOZ CONDE, F. / LORENZO SALGADO, J. M. / FERRÉ OLIVE, J. C. / CORTES BECHIARELLI, E. / NÚÑEZ PAZ, M. A., (dirs.), *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 1025.

202. No obstante, la jurisprudencia viene imponiendo en la sentencia la libertad vigilada y concretando en ese mismo momento cuál de las obligaciones y prohibiciones deberá cumplir. Por ejemplo, la SAP de Valencia, 57/2013, de 23 de enero (TOL3.767.09), condenó al autor de un delito de abusos sexuales continuados a la pena de once años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta, «y a la medida de ocho años de libertad vigilada con posterioridad a la pena privativa de libertad consistente en prohibición de aproximarse a menos de 100 metros y de comunicar con la menor así como de aproximarse a menos de 100 metros del domicilio y centro de enseñanza al que acuda la misma y prohibición de realizar actividades que impliquen supervisión de menores, tanto remuneradas como gratuitas, (tales como profesor, monitor etc.)». También la SAP de Valencia 49/2013, de 4 de febrero (TOL3.767.195), condenó al autor de un delito de exhibicionismo, con la exigente incompleta del art. 21.1 CP y la agravante de reincidencia, a la pena de

serie de revisiones periódicas, de modo que anualmente el JVP deberá elevar un informe al tribunal para decidir si sustituye, cesa o suspende la ejecución, decisión que se basará en los informes de las administraciones competentes o de los facultativos sin mayor concreción de quiénes son realmente, aspecto que fue matizado en el RD 840/2011, de 17 de junio, que aunque dejó pasar la oportunidad para dar entrada a la tan necesitada figura del agente de vigilancia, creó el servicio de gestión de penas y medidas alternativas, que vino a otorgar la competencia para la ejecución de la libertad vigilada a la administración penitenciaria de la que depende dicho servicio. En cuanto a la concreción efectiva de la medida de seguridad, hay tres posibilidades: 1) la regla general es que se concretará por el tribunal sentenciador, dos meses antes de dar comienzo el cumplimiento, con la propuesta del JVP; 2) cuando se trata de una multiplicidad de penas de prisión, la libertad vigilada se concretará cuando se hayan cumplido todas las penas, y 3) en casos de multiplicidad de libertades vigiladas, el cumplimiento será sucesivo, salvo que el contenido permita el cumplimiento simultáneo.

seis meses menos un día de prisión, con accesorias legales «y la medida de libertad vigilada consistente en tratamiento ambulatorio por dos años». La SAP de Alicante 51/2014, de 7 de julio (TOL4.561.527), condenó al autor de un delito de agresión sexual a la pena de diez años de prisión más accesorias legales, prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima por tiempo de quince años, e impuso «la medida de libertad vigilada consistente en participar en programas de educación sexual a realizar una vez cumplida la pena privativa de libertad». Y la SAP de Alicante 54/2014, de 16 de julio, (TOL4.563.415) condenó al autor de un delito continuado de abusos sexuales a menores de trece años a la pena de seis años de prisión, más las accesorias legales, e impuso «la medida de libertad vigilada consistente en la participación del acusado en programas formativos de educación sexual». Aunque en realidad, será en el momento de empezar a cumplirse la libertad vigilada cuando deberá concretarse, pudiendo acordar otras obligaciones y prohibiciones si el JVP y el tribunal sentenciador lo consideran conveniente.

III. LA LIBERTAD VIGILADA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CP DE 2013

En el Proyecto de 2013²⁰³ las medidas de seguridad experimentan un cambio significativo hacia el modelo dualista rígido —o, si se prefiere, radical—,²⁰⁴ un sistema de doble vía para los imputables en el que destaca la desaparición del límite temporal en la aplicación de las medidas de seguridad, situando el límite en la peligrosidad y no en la gravedad de la pena, pues el art. 6.2 CP, reza que «las medidas de seguridad no podrán exceder del límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor». El art. 95.1 CP, fija como requisitos, que el hecho esté previsto como delito, que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto se pueda deducir un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos; y que la imposición de una medida de seguridad resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto. La proporcionalidad también experimenta modificaciones en cuanto a sus criterios, pues desaparece el límite de la pena en abstracto aplicable al hecho y también la prohibición de exceder el límite de lo necesario, dando paso a una nueva redacción del art 95.2 CP, que dispone que la medida de seguridad que

203. Proyecto 121/000065 de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. BOCG, de 4 octubre de 2013, serie A, n.º 66-1, pp. 1-100. Al texto íntegro puede accederse en el siguiente enlace: [http://www.congreso.es/public_oficial/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF]. (Consultado el 4/1/2015).

204. PÉREZ CEPEDA, A. I., «Prólogo». En PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.) / GORJÓN BARRANCO, M. C., *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014, pp. 15-20. Esta autora explica que el Proyecto gravita sobre una suerte de populismo punitivo, sobre una *vis expansiva* del Derecho penal que además criminaliza el ejercicio de los derechos fundamentales y se dirige decididamente hacia el llamado Derecho penal de la seguridad, que es, pues, el verdadero Derecho penal de la peligrosidad. Y ACALE SÁNCHEZ, M., «Nuevos presupuestos para la imposición de medidas de penas y medidas de seguridad». En PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.) / GORJÓN BARRANCO, M. C., *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014, p. 48, advierte de que los puntos esenciales de la reforma proyectada son la normativización del concepto de peligrosidad, la consideración del autor como enemigo social, la inocuización como fin del sistema penal, la confusión de penas y medidas de seguridad y un pensamiento retro de la defensa social frente a los delincuentes.

se imponga deberá ser proporcionada, por una parte, a la gravedad del delito y a la de los delitos que se prevea que pudiera llegar a cometer, y por otra, a la peligrosidad.²⁰⁵

También experimenta una reformulación el sistema vicarial, que se mantiene solo en los casos de internamiento en centro psiquiátrico, en centro de educación especial o en centro de deshabitación (con algunos matices), y penas y medidas de seguridad se impondrán de forma simultánea, esto es, primero medida de seguridad, luego la pena y la medida se le abonará a la pena cumplida, aunque el tiempo de medida de seguridad solo será abonable a la pena en un tramo: las tres cuartas partes, por lo que una cuarta parte se deberá ejecutar, aunque cabe la posibilidad de suspender ese tramo restante si se estima que la ejecución puede poner en peligro los beneficios obtenidos con la medida de seguridad. Cuando concurren la pena de prisión y la libertad vigilada, en todos los supuestos se impondrá primero la pena y después la medida de seguridad, aspecto que alcanza también a los semiimputables, en quienes la regla es a la inversa (primero se aplica la medida de seguridad y luego la pena), por lo que se observa con claridad que la finalidad que se persigue con esta figura solo es el castigo y nada más.²⁰⁶

La libertad vigilada aparece en el art. 104 CP y se podrá imponer de forma facultativa, si concurren los requisitos del art. 95.1 CP —a los que ya hemos referido— y si aparece prevista en la parte especial.²⁰⁷ El único supuesto de imposición preceptiva es el de los terroristas (art. 579.3), pero el listado de delitos a los que se aplica se amplía considerablemente, tras pasando las dos categorías de delincuentes peligrosos de 2010, de modo que se incluye a los delitos de homicidio y sus formas, lesiones, detenciones ilegales, se crea una nueva figura de acoso que lleva libertad vigilada, algunas figuras de violencia habitual en el ámbito familiar, la trata de seres humanos, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, los hurtos y los robos, incluido el robo y hurto

205. ACALE SÁNCHEZ, M., «Nuevos presupuestos...», cit. p. 29.

206. Como señala ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Medidas de seguridad...», cit. p. 481, «lo que se “compensa” a través de la pena es la culpabilidad del autor. La peligrosidad del autor se “previene”».

207. MARTÍNEZ GARAY, L., «La libertad vigilada...», cit. p. 28.

de uso de vehículos, estafas, receptación y blanqueo de capitales, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, delitos contra la seguridad colectiva y delitos contra el orden público. En la modalidad de imposición facultativa, se podrá acordar en caso de inimputabilidad o semiimputabilidad, o cuando se acuerde el cese de una medida de seguridad privativa de libertad, (art. 104.2 CP); y se impondrá preceptivamente cuando se suspenda la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad, o cuando se cumpla el plazo máximo sin haber cesado o suspendido (art. 104.3 CP). El problema es que en estos dos últimos casos se cesa o suspende porque desaparece la peligrosidad, pero se aplica otra medida de seguridad —la libertad vigilada— basada en también la peligrosidad, aspecto que es en sí mismo contradictorio.

1. Contenido de la libertad vigilada

El catálogo de obligaciones y prohibiciones —que pasan a llamarse condiciones— se amplía notablemente y su diseño aparece dotado de mayor contenido controlador, lo que para algunos autores conforma una medida de carácter policial que no debe confundirse con el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad.²⁰⁸ La otra novedad es que se permite que el juez o tribunal acuerde que cada una de las obligaciones o condiciones que se impongan tenga una duración concreta, esto es, se pueden imponer algunas por plazo igual al de la duración de la medida y otras por un plazo determinado, atendiendo a criterios de necesidad de las medidas que se pretendan adoptar en relación a la personalidad del sujeto y a la naturaleza del delito cometido. Las obligaciones y condiciones que pueden imponerse son diecisiete y ya no aparecen ordenadas en letras sino en números ordinales. Son las siguientes:

1.^a *Prohibición de aproximarse a la víctima o a otros miembros de su familia que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmen-*

208. ACALE SÁNCHEZ, M., «Nuevos presupuestos...», cit. p. 42.

te frecuentados por ellos. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada. Se amplía notablemente el contenido de esta prohibición, que además de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, se añade que la prohibición se extiende a sus domicilios o a sus lugares de trabajo o a otros lugares a los que dichas personas suelen concurrir. Además se impone una obligación al órgano jurisdiccional de que se comunique la imposición a las personas sobre las que se proyecta la prohibición.

2.ª Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo. También se le podrá prohibir establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas. Desaparece del articulado la prohibición de comunicarse con la víctima y lo que se prohíbe es establecer contacto —que entendemos será por cualquier medio, aunque el precepto no lo concreta— con personas determinadas o con miembros de grupos determinados siempre que sean personas de quienes se tenga una mera sospecha de que pueden incitar al sujeto a volver a delinquir o facilitarle la ocasión para ello.²⁰⁹ Baste decir que la sospecha deberá estar fundada en materiales fácticos para tener entidad suficiente como para justificar la imposición de la prohibición, no siendo posible basarse en criterios abstractos o en meras afirmaciones carentes de sustento. El legislador es consciente de que si exige la certeza en lugar de la sospecha,

209. ACALE SÁNCHEZ, M. «Medidas de seguridad». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (dir.) / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 440. Esta autora explica que «la finalidad de las medidas de seguridad no es la de prohibirle al autor determinados comportamientos, tuitivamente, controlar que no vuelve a cometer delito. Se trata de una medida de contenido puramente policial que no puede confundirse con la esencia de las medidas de seguridad. Siendo así que, además, se olvida el legislador de prohibirle el contacto con la víctima dejándola desprotegida, que es una de las finalidades que se persigue con esta medida de libertad vigilada».

esta medida nunca llegará a imponerse, por lo que opta por flexibilizar el criterio permitiendo su imposición basándose en un cálculo de probabilidades de incitar al delito o facilitarle la ocasión, que no aparecen ni siquiera delimitado a efectos de tomar referencias de partida para establecer con claridad una sospecha que sea bastante.²¹⁰ Además se añade que será posible la prohibición de «establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar» a cualquiera de las personas mencionadas, prohibición que no termina de ser del todo coherente, ya que no se entiende de qué modo se puede establecer relación sin contacto, al igual que el resto de prohibiciones. Por lo que la primera prohibición de establecer contacto ya impediría, por sí sola, el resto de prohibiciones. Por ese motivo, entiendo que la previsión solo tiene sentido si las prohibiciones de establecer relación, ofrecer empleo, etc., se acuerdan sin necesidad de imponer también la prohibición de contacto, esto es, se trataría de prohibiciones autónomas, que permitirían el contacto pero no ir más allá de él. En cualquier caso, la prohibición de establecer relación, lejos de ofrecer alguna pista sobre qué clase de relación se pretende prohibir, no deja sino abierto un elenco de posibilidades que implica que la relación podrá ser de cualquier tipo: laboral, profesional, sentimental, de amistad, enemistad o incluso las relaciones amor-odio que tantos quebraderos de cabeza han venido generando en la praxis diaria de la protección penal y procesal en materia de violencia de género, sobre todo en la adopción de medidas cautelares y en la ejecución de penas de alejamiento. Por otra parte, en la medida en que desaparece del elenco de prohibiciones la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza, la prohibición de establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas, parece no ser más que la versión ampliada de la misma, concretando en qué consisten esas actividades que antes se enunciaban de forma más genérica. Desaparece también la prohibición de acudir a determinados

210. ACALE SÁNCHEZ, M., «Nuevos presupuestos...», cit. p. 42. Esta autora señala que de esta previsión se desprende una «filosofía de desconfianza absoluta hacia el penado», ya que se trata de «meras sospechas abiertamente reconocidas».

territorios, lugares o establecimientos, que ahora no tiene previsión específica en el articulado.

3.^a *Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas.* Se trata de una nueva regla de conducta, aunque no parece que sea una obligación absoluta, sino que el sujeto puede cambiar de residencia si solicita autorización a los servicios de gestión competentes. Sobre qué debe entenderse por los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, el art. 2, apartado 4 del RD 804/2011, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, los define diciendo que son las «unidades administrativas multidisciplinares dependientes de la Administración penitenciaria que tienen encomendado la tarea de ejecución de las medidas y penas alternativas a la privación de libertad». Estos organismos adquieren especial protagonismo en la regulación proyectada de la libertad vigilada, ya que aparecen en varios preceptos, como se verá a continuación.

4.^a *Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.* Se modifica la prohibición de residir en determinados lugares y ahora se especifica que lo que se prohíbe es residir en un lugar determinado pero también acudir a él, siempre que dicho lugar sea propicio para que el sujeto pueda encontrar ocasión o motivo para delinquir nuevamente. Se trata de precisar que esta prohibición no puede ser a título de castigo cuando el lugar al que se prohíbe ir o residir no guarda relación con la naturaleza de los delitos que se pretenden prevenir, por lo que no sería válida una prohibición genérica de no ir al río, o a la playa, o no poder ir a cines o teatros como quien castiga a un menor de edad en el ámbito doméstico. Las prohibiciones tienen que estar justificadas desde el punto de vista de la relación que guarden con los delitos que se pretende que el sujeto no cometa.

5.^a *Informar sin demora a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de sus cambios de residencia y de sus datos de localización.* Se modifica la obligación de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el juez o tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo, por un deber de informar, sin demora, a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas cada cambio de residencia y los datos para su localización. Desaparece la necesidad de que el juez o tribunal señale un medio por el que poner en conocimiento dichos cambios y también el plazo, que ahora se debe realizar sin demora, esto es, tan pronto como se produzca el cambio de residencia o de los datos de localización, que puede ser, por ejemplo, el cambio de número de teléfono.

6.^a *Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante los servicios de gestión de penas y medidas alternativas o el servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.* Sustituye a la anterior obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el juez o tribunal establezca, que pasa a ser una comparecencia personal ante los servicios de gestión de penas y medidas alternativas o, en su caso, ante el servicio de la administración que se determine, con la única finalidad de informar de sus actividades y justificarlas, entendiéndose que deberá ofrecerse información de haber llevado a cabo las reglas de conducta impuestas en la libertad vigilada. Se trata de una condición al servicio del control y seguimiento de la medida de seguridad.

7.^a *Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.* La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares, queda ampliada con esta nueva redacción que incluye programas de educación vial, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y finalmente añade una cláusula abierta en la que caben otros programas similares, similitud que será el límite para impedir que se imponga cualquier tipo de programa si sus contenidos son muy diferentes a los relacionados en el precepto.

8.^a *Participar en programas de deshabituación al consumo de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o programas de tratamiento de adicciones sociales patológicas.* Es una novedad entre los contenidos de la libertad vigilada, que no venía prevista en modo alguno en la redacción de la LO 5/2010 y consiste en participar en programas de deshabituación en el consumo de drogas o de tratamiento para las adicciones sociales, que pueden ser adicciones al juego, al trabajo, al sexo, a las comidas, a las redes sociales, a las compras, a la televisión, etc., pero entiendo que las adicciones sociales que pretendan ser objeto de tratamiento en los programas, deberán guardar relación con los delitos que se pretende evitar que cometa en el futuro, porque si un sujeto es adicto a las rebajas y al trabajo pero su delito no tuvo nada que ver con ellas, no será procedente tratarle por esas adicciones, menos aún como obligación concreta de la libertad vigilada.

9.^a *Privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores.* Se trata de una medida de seguridad que ahora queda refundida bajo el concepto de libertad vigilada, que en la LO 5/2010 no se incluyó y mantenía su carácter autónomo. En la formulación proyectada se puede imponer, junto con otras reglas de conducta, como contenido específico de la libertad vigilada, siempre que la medida sea idónea para neutralizar la peligrosidad criminal del sujeto que justifica su imposición. Por otra parte, desaparece como medida de seguridad autónoma, puesto que el Proyecto modifica también el catálogo del art. 96 CP, siendo que solo se contemplan como medidas de seguridad no privativas de libertad la prohibición de ejercicio de actividad profesional, la expulsión del territorio nacional de extranjeros y la libertad vigilada. Sobre la medida de seguridad de privación del derecho a conducir, se ha dicho por la doctrina que está reservada a los inimputables, porque para el resto de personas que delinquen está prevista la pena privativa de derechos con la que, de otra forma, se solaparía.²¹¹ Con la reforma podrá imponerse a todos, sin que se proponga solución alguna para solucionar el solapamiento y la prohibición de *ne bis in idem*.

211. LEAL MEDINA, J., «Un estudio de las actuales medidas...», cit. p. 417.

10.^a *Privación del derecho al porte o tenencia de armas.* Al igual que la prohibición anterior, se trata de una medida de seguridad que ahora queda refundida bajo el concepto de libertad vigilada, que en la LO 5/2010 no se incluyó y mantenía su carácter autónomo. En la formulación proyectada se puede imponer, junto con otras reglas de conducta, siempre que sea idónea para neutralizar la peligrosidad. Sobre esta medida de seguridad, a pesar de su marcando contenido profiláctico, la doctrina venía afirmando que carece de efectos rehabilitadores y que su aplicación queda reducida a los inimputables que tenían permiso de armas y se han servido del mismo para delinquir, porque para los semi-imputables y para los imputables, ya está la pena privativa de derechos y la medida no sería procedente aplicarla.²¹² Con la reforma proyectada, se advierte que puede imponerse en todos los casos, sin que quede claro cómo resolver el solapamiento con la pena sin incurrir en infracción del principio de *ne bis in idem*.

11.^a *Prohibición de consumir alcohol, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, cuando existan razones que permitan suponer que aquél pueda incrementar el riesgo de comisión de nuevos delitos.* En estos casos, se impondrá también el deber de someterse al control de consumo de esas sustancias con la periodicidad que se determine o cuando se considere oportuno por los servicios de gestión de penas y medidas alternativas. Se trata de una novedad en el contenido de la libertad vigilada y es donde el legislador parece estar dotado de una cierta ingenuidad, al pretender que mediante la imposición de una regla de conducta dentro de una medida de seguridad, se pueda conseguir eliminar algo tan fuerte como la adicción que causan ciertas sustancias tóxicas, etílicas, estupefacientes o psicotrópicas. Quizás sea cierto que el consumo de dichas sustancias puede incrementar el riesgo de comisión de nuevos delitos, pero prohibir el consumo —cuando el mismo es más o menos frecuente— es sinónimo de fracaso en el tratamiento, ya que las adicciones solo se combaten a través de tratamientos médicos o psicológicos en los que el principal exponente es la voluntad del paciente y su deseo de someterse para abandonar el consumo.

212. *Ibidem*, p. 416.

Las prohibiciones de consumo de sustancias cuando se imponen por la fuerza, suelen acarrear resultados contraproducentes y no es frecuente que arrojen resultados positivos para el pretendido fin de la desaparición del hábito adictivo. Por otra parte, el sometimiento del vigilado a las medidas de control de consumo que periódicamente puedan llevarse a cabo por parte de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, puede que no hagan más que provocar continuos incumplimientos y evidenciar que la peligrosidad criminal no desaparece sino que subsiste a pesar de las condiciones pretendidamente beneficiosas para su adicción, permitiendo las sucesivas prórrogas de la libertad vigilada.

12.^a *Inscribirse en las oficinas de empleo.* Es también una novedad en el texto proyectado que no se incluía en las reglas de conducta de la libertad vigilada en la redacción dada por la LO 5/2010 y consiste en la obligación de inscribirse en las oficinas de empleo. Lo que no se termina de resolver es si el vigilado cumple con su obligación al inscribe en dichas oficinas como demandante de empleo, o si existe un deber de mantener la inscripción, esto es, estar inscrito y de alta mientras no se tenga trabajo. Ello implica que hay que hacer las renovaciones periódicas del documento de alta y renovación de la demanda de empleo (DARDE), pero no termina de quedar claro qué sucede si el sujeto no renueva la inscripción, no acude a las citas para entrevistas de trabajo o cursos de formación que se ofrezcan para desempleados y, en definitiva, incumple las demás consecuencias derivadas del alta en la oficina del Instituto Nacional de Empleo. En principio tendríamos dos interpretaciones, si no renueva —o no acude cuando es citado— incumple la obligación con los efectos que correspondan en el incumplimiento de la libertad vigilada; la segunda interpretación es que sería suficiente con volver a imponer nuevamente esa medida a solicitud del Ministerio Fiscal cuando el servicio de gestión de penas y de medidas alternativas, dé cuenta de la baja en el Instituto Nacional de Empleo por no renovar la inscripción el día fijado al efecto, y que se inscriba sin mayores efectos para la ejecución de la libertad vigilada en su conjunto. De ese modo la obligación sería de inscribirse, pudiendo ser acordada nuevamente si se causa baja, pues el incumplimiento solo se haría si el sujeto no se inscribe. Esta segunda interpretación parece la más correcta.

Por otra parte, no se impone la obligación de aceptar el trabajo que hipotéticamente podría proporcionarle su condición de demandante de empleo, lo que plantearía el problema de que al igual que en las penas de trabajos a favor de la comunidad, sería necesario el consentimiento del sometido a la medida, por lo que este aspecto sería de difícil viabilidad aun estando previsto en la norma —que no está—, y su regulación como derecho al trabajo remunerado tendría que guardar las mismas especialidades y condicionantes que envuelven el trabajo en los centros penitenciarios de los condenados a penas de prisión. En cualquier caso, esta obligación nos recuerda la regulación que contenía el CP 1848 de la pena correccional de «sujeción a la vigilancia de la autoridad» (art. 24), pues entre sus contenidos, se presentaba como obligación más importante, la de tener un oficio, (art. 42 CP) bajo esta nominación: «3.^a Adoptar oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios y conocidos de subsistencia». Se trataba de una pena que adquiría especial importancia cuando se cometía el delito de vagancia y además concurría reincidencia, puesto que se trataba de una sanción penal destinada a neutralizar los estados de peligrosidad social derivados de los sujetos vagos y mendigos. Su regulación se reprodujo en el CP de 1850 pero desapareció con el CP de 1870.²¹³ Conviene tener presente estos antecedentes porque quizás el legislador no está siendo consciente de que puede estar involucionando el Derecho hacia figuras que tuvieron su auge en el siglo XIX y a mediados del XX, pero que desaparecen con la derogación de las leyes de vagancia y peligrosidad social. La obligación de inscribirse en las oficinas de empleo, puede que no sea más que la versión moderna de esta clase de sanciones, que suponen una proyección involucionista hacia la neutralización de la peligrosidad social más que hacia la efectiva eliminación de la peligrosidad criminal.

13.^a *Someterse a tratamiento ambulatorio. En este caso se determinarán las fechas o la periodicidad con que el sometido a la medida debe presentarse ante un médico, psiquiatra o psicólogo.* Frente a la tan polémica obligación de seguir tratamiento médico externo, o de so-

213. Cfr. GARCÍA RIVAS, N., «La libertad vigilada...», cit., p. 5; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La libertad vigilada...», cit., pp. 2 y 3).

meterse a un control médico periódico que introdujo la LO 5/2010, se proyecta ahora una nueva redacción que consiste en someterse a tratamiento ambulatorio, determinando las fechas o la periodicidad con que el vigilado deberá presentarse ante un médico, psiquiatra o psicólogo. Más allá de los cambios en la redacción y de la especificación de que debe tratarse de un médico, psiquiatra o psicólogo, no se proporciona solución alguna al tema de la voluntariedad del tratamiento para los imputables ni se impone como requisito que el vigilado deba prestar el consentimiento previamente, aspecto que se ha dejado pasar nuevamente dando lugar a que persistan las dudas de interpretación sobre cuál será la consecuencia del incumplimiento o el abandono del tratamiento. En cualquier caso, queda también incluido en esta nueva redacción de esta medida, el supuesto de los tratamiento antiandrógenos inhibidores de la libido (castración química) para los delincuentes sexuales, que tanto dieron que hablar tras la introducción de la libertad vigilada para delincuentes sexuales en la LO 5/2010, que se posibilitaba gracias a la obligación —que no era tal— de someterse a tratamiento médico y cuyo incumplimiento, negativa o abandono, no daba lugar al quebrantamiento de condena sino a que se sustituyera una medida por otra.

14.^a *Someterse a custodia familiar o residencial. En este caso, el sujeto a la medida será puesto bajo el cuidado y vigilancia de una persona o institución que a tal fin se designe y que acepte el encargo de custodia. El ejercicio de la custodia comprenderá la obligación de informar al servicio competente de la administración penitenciaria sobre la situación del custodiado, con una periodicidad al menos mensual. La información será inmediata de sustraerse a la vigilancia o control.* Es también una novedad que no aparecía en la redacción conferida mediante la LO 5/2010 dentro de la libertad vigilada y que ahora se presenta bajo la forma de custodia familiar o residencial, que consiste en permanecer bajo el cuidado y vigilancia de una persona o institución que será designada al efecto y que deberá aceptar el cargo. No obstante, esta clase de custodia venía prevista como medida de seguridad no privativa de libertad,²¹⁴ pero con esta nueva redacción se amplía el ámbito de

214. Esta clase de custodia familiar tiene un antecedente en el RD de 3 de julio de

personas que pueden estar sometidos a la misma, extendiéndose así a los imputables. De momento no se ofrecen más pistas sobre de qué instituciones residenciales puede tratarse, pero en cualquier caso deberán ser aptas para mantener custodiado al sujeto sometido a la medida. Al encargado de la custodia se le impone la obligación de informar sobre la situación del custodiado con periodicidad mensual, al servicio competente de la administración penitenciaria, salvo que el vigilado intente sustraerse a la custodia, en cuyo caso existe un deber de información inmediata por parte del encargado de la misma. Sobre esta medida, la doctrina ya vino poniendo de manifiesto que tiene las ventajas de ser especialmente útil para evitar el internamiento sin menoscabar su control, y que permite imponerse conjuntamente con el tratamiento ambulatorio.²¹⁵ Pero algunos autores se han mostrado escépticos con su eficacia para el control de la peligrosidad,²¹⁶ y también se han venido señalando sus inconvenientes,²¹⁷ que resultan de los eventuales incumplimientos del control en el caso de los familiares, bien por imposibilidad o bien por abandono, habida cuenta de que puede resultar una carga difícil de mantener y, sobre todo, de controlar sin incidentes que pueden ser más

1931, art. 27 d), que disponía que el alta de los enfermos psiquiátricos podía concederse si alguno de sus familiares lo solicitase y se hiciesen cargo de los mismos, (*vid.* LEAL MEDINA, J., «Un estudio de las actuales medidas...», cit. p. 413). Por otra parte, en la redacción inicial del Código Penal de 1995, esta medida estaba dentro del art. 105 CP y su aplicación como medida de seguridad venía propiciada por la remisión a ese precepto que hacía el art. 96.2 CP, SÁNCHEZ YLLERA, I., en VIVES ANTÓN, T. S., (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 568, vino a decir que parecía que se trataba de una medida pensada para jóvenes o para semiimputables. Este Proyecto de 2013 parece dirigirse hacia la generalización de su uso.

215. CARDENAL MONTRAVETA, S., en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal: Reforma 5/2010*. Valencia. Tirant lo Blanch, 2011, p. 243. Este autor explica que la SAP de Madrid 366/1998, de 17 de junio, impuso esta custodia en el caso de una persona que tras un intento de suicidio quedó con una grave discapacidad que le impedía caminar.

216. SANZ MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad...*, cit. p. 232.

217. LEAL MEDINA, J., «La custodia familiar. Pasado, presente y futuro de una medida de seguridad insuficientemente regulada y de difícil encaje en el Derecho penal». En *Revista La Ley*, n.º 2, 2006, pp. 1400-1408.

o menos frecuentes. También se ha dicho que se necesita una definición más clara de la custodia, así como el procedimiento por el que debe llevarse a cabo la función, aspectos que no han sido tampoco emprendidos en el Proyecto quedando la norma con la misma insuficiencia que antes se advertía. Por último, se objeta a esta clase de custodia que se trata de una figura que está íntimamente relacionada con instituciones civiles, aspecto que deja en entredicho su carácter penal y, por la serie de materias ajenas al mismo a las que conviene remitirse para su efectivo cumplimiento, es posible que las funciones que debe cumplir la medida no puedan conseguirse, deviniendo poco útil e ineficaz.²¹⁸ Con la previsión de que la custodia pueda llevarse a cabo a través de instituciones, parece que se pretende mitigar estos efectos.

15.^a *Llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que hubieran sido dispuestos para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o, cuando resulte necesario, a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1.^a a 4.^a. Esta regla solamente podrá ser impuesta cuando el sujeto hubiera sido condenado por alguno de los delitos del artículo 57.* Se modifica notablemente la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente que contenía la LO 5/2010²¹⁹ y en la redacción proyectada consiste en llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositivos electrónicos que le hayan sido aplicados para controlar los horarios en que acude a su lugar de residencia o a los lugares en que se encuentra en determinados momentos o el cumplimiento de alguna de las medidas a que se refieren las reglas 1.^a a 4.^a, que son la prohibición de aproximarse a la víctima o a otros miembros de su familia que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, la prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de

218. LEAL MEDINA, J., «Un estudio de las actuales medidas...», cit. p. 413.

219. TORRES ROSELL, N., «Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales». En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). n.º 14, 2012, pp. 2-43.

un grupo determinado, o la prohibición de establecer relación, ofrecer empleo, facilitar formación o albergar a cualquiera de las personas mencionadas; la obligación de mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización; y la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo. Parece que se pretende que el vigilado sea el encargado de que el dispositivo no se rompa o no deje de funcionar, pudiendo considerarse incumplimiento de la medida si ese aparato se avería o se deteriora, trasladando al vigilado la carga que supone el mantenimiento del correcto funcionamiento para garantizar el seguimiento. Puede convertirse en una nueva forma de generar incumplimientos y prórrogas de la libertad vigilada porque el sujeto tiene una doble obligación: llevar el dispositivo consigo y garantizar que funcione.²²⁰ El precepto añade un requisito *in fine* para su imposición, que consiste en que esta regla solo podrá imponerse en casos de condena por alguno de los delitos del art. 57 CP, que son los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra 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 socioeconómico. No termina de comprenderse la elección de esta clase de delitos para esta medida, pero lo relevante es que hay que tener en cuenta que muchos de ellos no tienen prevista la libertad vigilada expresamente (como los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor) por lo que no les será aplicable aunque aparezcan en el art. 57 CP.

16.^a *Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcio-*

220. Por otra parte, no conviene perder de vista que la inutilización o perturbación de los dispositivos electrónicos, no llevarlos consigo u omitir las medidas exigibles para que dichos aparatos funcionen correctamente, podrá constituir el delito de quebrantamiento de condena castigado con penas de multa de seis a doce meses, según la previsión del Proyecto que añade un apartado 3 al art. 468 CP y tipifica estas conductas como modalidad específica de quebrantamiento, sin olvidar que en los dispositivos que consisten en pulseras electrónicas, se detecta cualquier intento de sabotaje porque disponen de un sistema especial de cierre que informa de su manipulación. *Vid.* VEGA ALOCÉN, M., *El tercer grado con control telemático*. Granada: Comares, 2010, p. 70.

namiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos. Es también una novedad en el Proyecto, que implica que cuando el sujeto haya sido condenado por algún delito contra la seguridad vial, no podrá conducir si el vehículo no está equipado con unos dispositivos de encendido y funcionamiento que impidan su circulación cuando el conductor no se encuentra en condiciones físicas. Es decir, que no se prohíbe conducir vehículos a motor —para eso ya hay una regla de conducta específica— por lo que esta solo se podrá aplicar si no se ha impuesto la otra, de lo contrario la prohibición absoluta abarca también los vehículos dotados de estos dispositivos. Por tanto, el sujeto puede conducir pero solo esta clase de vehículos. El problema que se plantea es, si realmente lo que se pretende es forzar a los conductores que han sido condenados por delitos contra la seguridad del tráfico a que adapten sus vehículos a este sistema, porque lo cierto es que actualmente en España este tipo de vehículos no abundan y, debido a la recesión económica sufrida en los últimos años, no se avanza precisamente a la modernización de los medios tradicionales de transporte. En cualquier caso, el legislador evidencia un optimismo que quizás esté fuera de lugar y de tiempo.

17.^a *Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de este, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.* Se trata de una cláusula abierta en la que puede entrar todo, con el único límite de que esos deberes no pueden atentar contra la dignidad de la persona y articulando el necesario consentimiento del propio sometido a la medida para terminar consiguiendo un efecto que recuerda a la analogía y que, en Derecho penal, no conviene usarse en exceso para no rebasar el límite de la legalidad que viene impuesta por tal principio. En cualquier caso, hará falta determinar cuáles son esos demás deberes que, sin estar incluidos en el amplio elenco de obligaciones y condiciones, puedan ser de aplicación. Quizás el motivo sea que, habiendo tantos delitos a los que ahora se aplica la libertad vigilada posterior a la pena de prisión, es difícil elaborar un elenco de condiciones que, en forma de

medida de seguridad, podrían ser eficaces para el buen fin de la misma y la consecución de la pretendida desaparición de la peligrosidad, por eso se permite la creación judicial de reglas de conducta que el precepto llama «deberes».

El apartado 2 del art. 104 bis CP, incluye una cláusula abierta adicional, que reza así: «El Juez o Tribunal podrán también imponer, durante todo el tiempo de duración de la medida o durante un período de tiempo determinado, el cumplimiento de otras obligaciones y condiciones, especialmente aquellas que se refieren a la formación, trabajo, ocio, o desarrollo de su actividad habitual». Como se observa, es posible imponer otras obligaciones y condiciones, en especial —pero no en exclusiva— las que afecten a la formación, trabajo, ocio o desarrollo de su actividad habitual, y podrán ser impuestas conjuntamente con las otras obligaciones y condiciones previstas en el catálogo, por tiempo determinado o por un período concreto. Las mismas consideraciones efectuadas al art. 104 bis, 1, 17.^a CP, son trasladables a este precepto y si bien resulta extraño que se hayan previsto dos cláusulas seguidas con el mismo contenido, hay que tener en cuenta que en la primera se exige el consentimiento del penado y en la segunda no.²²¹ Por otra parte, la referencia a que se podrá imponer, incluye la posibilidad de no imponer ninguna.²²²

El apartado 3 del art. 104 bis CP, contiene una regla genérica por la que no se podrán imponer deberes y obligaciones si resultan excesivos y desproporcionados con las circunstancias del caso. Lo que no se deja ver ni por aproximación son los criterios para medir la proporcionalidad o los eventuales excesos, que quedan en manos de los criterios subjetivos del juzgador que en cada caso se barajen, al margen de que ambas expresiones parecen redundantes, pues no se aprecia distinción alguna entre reglas de conducta excesivas y desproporcionadas.²²³

221. MARTÍNEZ GARAY, L., «La libertad vigilada...», cit. p. 40.

222. *Ibidem*, p. 36.

223. ACALE SÁNCHEZ, M. «Medidas de seguridad...», cit. p. 444. Esta autora indica que «semejante limitación carece de sentido doblemente. Por un lado, como se ha propuesto en este estudio, es necesario que se incluya en el Título preliminar una cláusula de proporcionalidad en abstracto en aplicación a las medidas de seguridad. Pero además, los deberes y obligaciones que se adopten deberán tener en consideración la peligrosidad criminal del autor, no las circunstancias del caso que parecen apuntar

El apartado 4 del art. 104 bis CP, prevé una regla para el caso de que un sujeto esté cumpliendo una medida de seguridad de libertad vigilada y se le imponga otra libertad vigilada más. En estos casos, la regla que se incorpora es que se podrán incluir también en la segunda las obligaciones y prohibiciones que ya se hubieran impuesto en la primera, de forma que el cumplimiento de las mismas se computará a ambas. El cumplimiento es, pues, simultáneo independientemente de las obligaciones y condiciones que se impongan.

El apartado 5 del art. 104 bis CP, dispone que le corresponde al JVP concretar el contenido de la libertad vigilada en los casos en que deba cumplirse tras la pena de prisión, debiendo, al menos dos meses antes de la extinción de la pena, resolver dichas concreciones con base en los informes y comprobaciones que considere pertinentes, exigiéndose además la audiencia al penado y al Ministerio Fiscal. También le corresponderá determinar el contenido de la libertad vigilada en los supuestos del art. 104.2 y 104.3 CP, que son: cuando se haya acordado el cese de una medida de seguridad privativa de libertad, cuando haya acordado suspender la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad y cuando se cumpla el plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad que se hubiera impuesto o se decreta su cese, y resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos.

2. Duración de la libertad vigilada

El art. 104 ter.1 CP, dispone que la duración de la libertad vigilada será de un mínimo de tres años²²⁴ y de un máximo de cinco, pero el

más a una proporcionalidad típica en el ámbito de las penas».

224. EXTEBARRÍA ZARRABEITIA, X., «Medidas de seguridad y su ejecución». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (dir.) / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. Este autor señala que la medida de seguridad no puede tener una duración mínima, sino que, por su propia esencia y fundamento, debe cesar si desaparece la peligrosidad, con independencia del tiempo mínimo que se haya cumplido.

apartado 2 especifica que el plazo máximo podrá ser prorrogado por plazos sucesivos de cinco años cada uno como máximo, pero nada impide que las prórrogas sean por tiempos menores incluso del período mínimo inicial de tres años que marca el apartado 1. Esas prórrogas solo podrán acordarse cuando se hayan producido incumplimientos relevantes de las obligaciones y condiciones impuestas, siempre que de dichos incumplimientos deriven indicios que evidencien un riesgo relevante de comisión futura de nuevos delitos. Pero deben concurrir más requisitos, pues solo cabe la prórroga si se trata de delitos sexuales —por remisión expresa al art. 192.1 CP— o si se trata de una libertad vigilada impuesta al acordar la suspensión de la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad (por remisión expresa al art. 102.1 c) CP). Aun así, la doctrina viene diciendo que en tanto que la libertad vigilada también supone una importante intromisión en las libertades individuales, las prórrogas de cinco años son excesivas y, en cualquier caso, no es posible mantener a un sujeto cumpliendo una libertad vigilada durante toda su vida.²²⁵ Además, se trata de una previsión que permite la duración ilimitada de la libertad vigilada, contraria a la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 2014 relativa a los delincuentes peligrosos²²⁶ (que solo incluye a los condenados por un delito sexual o con violencia contra las personas que debe ser muy grave, con alta probabilidad de cometer nuevas infracciones sexuales o con violencia también muy graves), Recomendación que también maneja un régimen más estricto que el que contiene el Proyecto en relación a la duración indeterminada de las medidas aplicables en la comunidad,²²⁷ por lo que esta posibilidad de prolongación ilimitada debería suprimirse de la regulación proyectada, de forma que la libertad vigilada se imponga atendiendo a criterios de proporcionalidad que

225. EXTEBARRÍA ZARRABEITIA, X., «Medidas de seguridad y su ejecución...», cit. p. 466.

226. Recomendación CM/Rec (2014) del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a los delincuentes peligrosos, (adoptada por el Comité de Ministros el 19 de febrero de 2014 en la 1192.^a sesión de los Delegados de Ministros). El texto íntegro en: [<https://bioderecho.wordpress.com/recomendacion/>]. (Consultado el 24/12/2014).

227. MARTÍNEZ GARAY, L., «La libertad vigilada...», cit. p. 35.

incluyan tanto la peligrosidad individual como la gravedad del delito cometido.²²⁸

El apartado 3 del art. 104 ter CP, dispone que la libertad vigilada se empieza a cumplir en la fecha en que se extingue la pena impuesta o cuando se acuerda la suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad de que se trate en el caso del art. 104.1 CP, con la firmeza de la sentencia en el caso del art. 104.2 a) CP (*sic*). Entiendo que se trata de una errata de legislador, pues el art. 104.2 no tiene letra a), sino ordinales 1.º y 2.º, por lo que será el art. 104.2. 1.º CP, que dispone que la libertad vigilada será de aplicación cuando el sujeto haya sido absuelto por apreciarse la eximente del art. 20. 1.º, 2.º o 3.º, o la atenuante del art. 21. 1.º CP en relación al art. 95.1 CP. Sigue diciendo el precepto que en los demás casos comenzará a cumplirse la libertad vigilada con la resolución que acuerde la suspensión de otra medida de seguridad privativa de libertad. Finalmente, el precepto añade una regla que dispone que no se computará como plazo cumplido de la libertad vigilada el tiempo en que el vigilado se hubiera mantenido en rebeldía.

El art. 105 CP, en su apartado 1 dispone que el JVP, en cualquier momento de la ejecución de la libertad vigilada, bien de oficio o a instancia de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas o del propio vigilado, podrá verificar si las circunstancias que hicieron necesaria su imposición persisten y, en consecuencia, podrá decidir acerca del mantenimiento o el cese de la libertad vigilada. El mantenimiento podrá ir acompañado de alteraciones o modificaciones del contenido de la medida, en concreto sobre las obligaciones y condiciones impuestas si resulta necesario o conveniente para facilitar el cumplimiento de los fines de la misma. El cese se podrá acordar cuando su finalidad haya sido conseguida y su ejecución ya no resulte necesaria. El apartado 2 del art. 105 CP dispone que el JVP deberá resolver conforme a lo dispuesto en el art. 105.1 CP a efectos de acordar el mantenimiento o el cese de la libertad vigilada, con una periodicidad máxima anual, en los casos de sometimiento a custodia familiar o residencial y la obligación de llevar consigo y mantener en adecuado estado de conservación los dispositi-

228. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Medidas de seguridad...», cit. p. 484.

vos electrónicos que le hubieren sido proporcionados. El apartado 3 del art. 105 CP, fija un límite para el caso de que la resolución del JVP sobre el mantenimiento o el cese de la libertad vigilada, haya tenido su origen en la solicitud del sometido a la medida, en cuyo caso, el JVP podrá fijar un plazo —que no podrá ser superior a un año— en el que no se volverá a dar curso a ninguna petición similar instada por el vigilado, pero nada impide que las solicitudes las formule el Ministerio Fiscal o el servicio de gestión de penas y medidas alternativas, en su caso.

El contenido del art. 106 CP, versa sobre la terminación de la libertad vigilada y sus prórrogas y el apartado 1 dispone que la libertad vigilada se termina cuando se cumple el plazo máximo de duración establecido en el art. 104 ter 1 CP, esto es, al término del plazo que se haya fijado judicialmente para su cumplimiento, que será de un mínimo de tres años y de un máximo de cinco. No obstante, acto seguido el precepto contiene la excepción a la regla general, que consiste en que dicho plazo de cumplimiento no pondrá fin a la libertad vigilada si se acordara la prórroga conforme al art. 104 ter 2 CP. La doctrina afirma que esta medida de seguridad no debería poder prorrogarse atendiendo a fórmulas temporales que, por ser innecesarias, postergan la dignidad del penado.²²⁹ El apartado 2 del art. 106 CP dispone que en los casos en que se esté cumpliendo una medida de seguridad de libertad vigilada y se acuerde la ejecución de una pena de prisión o una medida de seguridad privativa de libertad, la libertad vigilada se suspenderá mientras se cumpla o bien la pena de prisión o bien la medida de seguridad privativa de libertad, reanudándose el cumplimiento de la libertad vigilada cuando dichas sanciones se extingan. No obstante, algunos autores afirman que la dignidad del penado obliga a que se dé prioridad a la medida de seguridad, por lo que sería preferible introducir una facultad de decisión judicial acerca de si se mantiene o se cambia la medida.²³⁰

El apartado 3 del art. 106 CP, regula el supuesto de que, estando en ejecución una medida de seguridad de libertad vigilada, recaiga una nueva medida de seguridad de la misma naturaleza (otra libertad vigi-

229. ACALE SÁNCHEZ, M. «Medidas de seguridad...», cit. p. 446.

230. *Ibidem.* cit., p. 448.

lada), en cuyo caso el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de una sola libertad vigilada y su contenido se adaptará a las obligaciones y condiciones que se hubieren acordado en cada una de ellas. Además, deberá establecerse un plazo máximo de duración de la nueva medida de libertad vigilada refundida, que no podrá exceder el límite de la suma de duración de las medidas impuestas. Conviene precisar que este límite temporal se halla previamente limitado por el plazo general de cinco años de duración máxima de la libertad vigilada, por lo que, si se impuso una libertad vigilada por tiempo de tres años y otra por cuatro años, la nueva que el órgano jurisdiccional ordene cumplir, fijará un nuevo plazo que no podrá ser superior a cinco años, siendo incorrecto fijar un plazo de siete años como resultado de la suma aritmética. Por otra parte, nada impide que el nuevo plazo que se fije sea inferior, ya que la norma no exige nada al respecto. Satisfaría las exigencias del precepto la fijación de un plazo de cuatro años, atendiendo a la duración más grave de las impuestas. En cualquier caso, la norma es tan incongruente como inoperante, porque la suma de las dos libertades vigiladas no puede ser nunca inferior a seis años, ya que el mínimo son tres años, y si se imponen dos, el mínimo entre ambas será de seis, por lo que, la nueva libertad vigilada que se fije refundiendo las dos, no podrá exceder nunca del máximo de la suma de ambas pero no porque lo diga el precepto, sino porque su límite son cinco años. Cuestión distinta es si el legislador está tratando de extraer del límite de cinco años este supuesto de refundición de medidas de seguridad, pero del tenor literal del precepto no podemos alcanzar tal conclusión. Por otra parte, aparece también la excepción a los plazos de duración máxima, pues acto seguido el precepto indica que será de aplicación el art. 104 ter 2 CP, que implica que la nueva libertad vigilada podrá prorrogarse por iguales plazos de cinco años.

El apartado 4 del art. 106 CP regula el supuesto de cuando haya sido acordada la suspensión de la pena de prisión o el penado acceda a la libertad condicional y tenga pendiente de cumplimiento una medida de seguridad de libertad vigilada. La redacción del precepto no es precisamente muy esclarecedora, pero de su tenor se desprende que, en estos casos, la libertad vigilada empezará a cumplirse cuando se haya acorda-

do la suspensión de la pena de prisión²³¹ o la libertad condicional, de forma que las condiciones suspensivas en ambos casos pasan por cumplir las obligaciones y condiciones que conforme a las reglas del art. 104 bis CP se acuerden. El precepto indica que esas obligaciones y condiciones que se impongan en la libertad vigilada, deberán ajustarse a las reglas de conducta que se hubieren acordado —en caso de no tener pendiente una libertad vigilada posterior— para suspender la pena o para acordar la libertad condicional, por lo que, atendiendo a que las obligaciones y condiciones previstas en los números 1.^a a 4.^a y 5.^a a 8.^a del art. 104 bis CP coinciden con las reglas de conducta que pueden ser impuestas para la suspensión de la pena privativa de libertad, entiendo que el precepto está indicando que solamente podrán imponerse esas y no las demás. El propio art. 106.4 CP contiene una regla especial de duración de la libertad vigilada para estos casos, de modo que no podrá ser inferior al tiempo fijado para la suspensión de la pena conforme al art. 81 CP al que remite, que según la nueva redacción será de dos a cinco años si la pena que se suspende es no superior a dos años, y de tres meses a un año si se trata de penas leves, o de entre tres y cinco años si la suspensión se acuerda en virtud del art. 80.5 CP, que regula la posibilidad de acordar la suspensión de cualquier pena sin sujeción a los restantes requisitos para la misma, en casos de enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Además, el mismo art. 106.4 CP contiene al final una regla por la que se concreta que el incumplimiento grave de la libertad vigilada determinará la revocación de la suspensión o de la libertad condicional si el incumplimiento se ha producido dentro del tiempo de suspensión. En principio se observa que no hay referencias al incumplimiento reiterado, sino solo al grave, aunque esta gravedad es difícil de determinar, pues faltará por dilucidar

231. Conviene tener presente que recientemente la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en su Sentencia 768/2014, de 11 de noviembre, (TOL4.560.796) ha declarado que la suspensión de la pena privativa de libertad no habilita para dejar de imponer la libertad vigilada, cuyo cumplimiento se hará efectivo una vez se haya extinguido la pena principal suspendida, aunque cabe la posibilidad de reducir, revisar o cesar la medida de seguridad en aplicación de los arts. 106 y 97 CP.

cuándo el incumplimiento no es grave y se mantiene la suspensión de la pena o la libertad condicional, y cuándo reviste esa especial gravedad que implica la revocación. El otro efecto que el incumplimiento puede producir, es que, además de cumplirse la pena suspendida o el tramo que reste de libertad condicional, el penado tendrá pendiente además la libertad vigilada posterior a la pena, ya que no hay previsión alguna que diga que la misma se extingue o que el tiempo cumplido de la medida de seguridad mientras la pena estaba suspendida, se deba abonar a la medida de seguridad postpenitenciaria. En este punto surge un problema de delimitación, pues faltará dilucidar si se puede prorrogar solamente cuando dichos incumplimientos no sean quebrantamiento, o si en los casos en que haya quebrantamiento, se va a abrir un nuevo proceso por el que puede recaer una nueva pena, y además se prorroga la libertad vigilada inicial, o si se va a poder prorrogar en los dos casos.

IV. LOS INFORMES CONSULTIVOS

1. El informe del Consejo General del Poder Judicial, de 16 de enero de 2013

El informe²³² se muestra muy crítico con la formulación conjunta de las medidas de seguridad²³³ y en relación a la libertad vigilada tras la pena

232. Conviene precisar que las consultas que se realizaron al CGPJ, al Consejo Fiscal y al Consejo de Estado, versaron sobre el anterior Anteproyecto, el de 11 octubre de 2012, donde dichos organismos manifestaron diversas críticas al conjunto de la reforma proyectada, incidiendo especialmente en la inclusión de la custodia de seguridad postpenitenciaria que seguía el modelo alemán. Lo curioso es que el Proyecto que finalmente se ha publicado para someterlo a debate parlamentario, ya no contiene esa medida de seguridad y muchos otros aspectos han sido modificados, por lo que, el Proyecto presentado es distinto del sometido a consulta y muchas de las supresiones o modificaciones son producto de haber atendido, al menos en parte, a las indicaciones o críticas sobre las regulaciones proyectadas.

233. Diciendo que se trata de «una regulación de la materia poco satisfactoria y demasiado inconcreta e indeterminada, abre la puerta a la instauración de medidas indeterminadas por tiempo indeterminado, pese a una apariencia formal de determinación». También denuncia la ausencia de un procedimiento de revisión de las medidas

de prisión, señala que se van a generar multitud de problemas en la aplicación conjunta de libertad vigilada y suspensión de la pena de prisión o libertad condicional, porque la regla del art. 106.4 CP carece de la claridad necesaria para ello, pues el criterio que aparece al final del precepto que dispone que en estos casos el plazo de duración de la libertad vigilada no será inferior al tiempo fijado para la suspensión de la pena *ex art.* 81 CP, en principio parece que implica una suerte de cumplimiento simultáneo de la suspensión de pena suspendida o en libertad condicional y libertad vigilada, pero no terminan de quedar despejadas todas las dudas de interpretación.²³⁴ Sobre la ampliación del elenco de delitos a los que pretende aplicarse la libertad vigilada pospenitenciaria, el informe parte de que es inexplicable el criterio seguido por el legislador para su elección y llama la atención que delitos más graves como la tortura, hayan quedado fuera del catálogo.²³⁵ No obstante el informe acoge favorablemente la supresión de la imposición obligatoria de la libertad vigilada para determinados

de seguridad y la inexistencia de un derecho de ejecución de las mismas (*vid.* Informe del CGPJ, pp. 112 y 113). Critica abiertamente la imprecisión de la regulación que aparece excesivamente abierta y que atenta de ese modo contra el principio de legalidad. Además señala la que previsión del art. 95.1 CP, en su apartado 3 que exige como presupuesto legitimador de las medidas de seguridad que su imposición resulte necesaria para compensar, aunque sea en parte, la peligrosidad del sujeto, es una expresión que contraviene el principio de subsidiariedad porque la medida de seguridad solo debe imponerse cuando sea absolutamente necesaria, no como compensación total o parcial de algo. También critica que a efectos de cuál es la medida de seguridad concreta que quepa imponer, desaparece «el límite de la no onerosidad respecto de la pena que en abstracto se pudiera imponer al hecho», debido a que el 95.2 proyectado dispone que la medida de seguridad deberá ser proporcional a la gravedad del delito y a la de los que se prevea que puede cometer, y también se atenderá a la peligrosidad del sujeto. A mayor abundamiento, el informe formula una observación de enorme relevancia en lo referente al sistema vicarial, al que da por finiquitado con esta nueva regulación, quedando solo a salvo las medidas de internamiento en centro psiquiátrico, centro de educación especial o de deshabitación, que sí mantienen un tratamiento vicarial con matices, ya que la vicaralidad es parcial, puesto que el nuevo art. 102.1 CP contiene un inciso final que pone un límite temporal de abono de la medida de seguridad a la pena, que se fija en las tres cuartas partes de duración de la misma, quedando una cuarta parte que necesariamente se tendrá que cumplir, a no ser que se suspenda su ejecución, (*vid.* Informe del CGPJ, pp. 120-121).

234. *Vid.* Informe del CGPJ, p. 122.

235. *Vid.* Informe del CGPJ, p. 136.

delitos como aparecía en la LO 5/2010 —que solo permitía la imposición facultativa en caso de delincuentes primarios—, de modo que en la regulación proyectada, se utiliza en la parte especial la fórmula «se podrá imponer», aunque el art. 104.1 y 2 CP utiliza la expresión «impondrán», pero para que la libertad vigilada pueda ser impuesta a una persona imputable condenada por delitos que contemplen como consecuencia jurídica expresa la libertad vigilada.²³⁶ Por otra parte, el informe se muestra especialmente crítico con la supresión de la definición legal de libertad vigilada, que califica como «censurable al atentar contra el principio de legalidad y de seguridad de las sanciones penales, cuyo concepto y contornos han de estar debidamente determinados en la Ley penal». Del mismo modo critica el informe que la regulación proyectada no contiene referencia alguna a si la libertad vigilada se impone en sentencia y se deja la concreción del contenido para la fase de ejecución, aspecto que, al no aparecer concretado, podría dar lugar a problemas de interpretación e imponerse *ex novo* tras la pena de prisión.²³⁷

Por lo que se refiere a la ampliación del contenido de la libertad vigilada, el informe se muestra escéptico con algunas de las obligaciones y condiciones proyectadas, como la inscripción en las oficinas de empleo, cuyo efecto rehabilitador se presenta como de dudosa virtualidad, sobre todo porque la regla se limita a exigir la inscripción, sin llegar a extenderse hacia la eventual realización de cursos de formación o la aceptación de un trabajo si se le presenta, y advierte que, en estos casos, sería necesario el consentimiento del sometido a la medida. Sobre la prohibición de consumo de alcohol o drogas y la obligación de someterse a controles de consumo de esas sustancias, el informe señala que se trata de una medida que implica «una grave injerencia en la libre determinación del sometido a la misma; considerando que sin su previo consentimiento no puede serle impuesta, pues en todo caso sería

236. Además deberá haberse impuesto una pena superior a un año de prisión, contar con pronóstico de peligrosidad y que además se valore la medida como necesaria. El único caso de imposición preceptiva es cuando se suspenda una medida de seguridad privativa de libertad.

237. *Vid.* Informe del CGPJ, pp. 137-138.

ineficaz». ²³⁸ El informe también se muestra crítico con la previsión del quebrantamiento de condena para el supuesto de la obligación de llevar consigo y mantener en funcionamiento los dispositivos electrónicos, por cuanto que, por una parte se produce un quebrantamiento con posibilidad de imposición de nuevas sanciones y, por otra, se propicia que la libertad vigilada pueda prorrogarse, lo cual supone, a juicio de CGPJ, una doble punición de la misma conducta. En cuanto al plazo de duración de la libertad vigilada, el informe critica que se hayan eliminado los límites de cinco a diez años para penas graves y de uno a cinco años para las menos graves, por cuanto que el plazo que introduce el Proyecto es de un mínimo de tres y un máximo de cinco años, pero no es un límite absoluto, sino que permite prórrogas sucesivas por iguales periodos sin límite alguno, ²³⁹ lo que fácticamente «podría llevar a una libertad vigilada de por vida, lo que resulta inaceptable en cuanto se opone al mandato del art. 25 CE». ²⁴⁰

238. También indica que para el tratamiento de deshabitación o tratamiento médico, será necesario el consentimiento que exige la interpretación sistemática de la norma con la Ley 41/2002 de autonomía del paciente y especialmente crítico se muestra con la eliminación de la previsión expresa que realizó la LO 5/2010, en relación a que el incumplimiento del tratamiento médico o su abandono, no será considerado quebrantamiento de condena, situación que puede plantear problemas que desembocarían en que las personas se sometían a tratamientos médicos con el consentimiento viciado solo por temor a las consecuencias del incumplimiento o de su negativa a someterse, que podrían desembocar en un nuevo delito de quebrantamiento, aspecto que, según el informe, «supone una intrusión inaceptable en los derechos personales del penado, viniendo a suponer de facto la imposición de un tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico o de deshabitación forzoso, contrario a la Constitución», (*vid.* Informe del CGPJ, pp. 138-139).

239. *Vid.* Informe del CGPJ, p. 140.

240. No obstante, los vocales del CGPJ Antonio Dorado Picón y Concepción Espejel Jorquera, formularon un voto particular al informe del Pleno, al que se adhirieron los vocales Fernando de Rosa Torner y Claro José Fernández-Carnicero, en el que expresaron su discrepancia con el informe manifestado que no concurre ningún obstáculo de constitucionalidad en la pretendida reforma de las medidas de seguridad y que el informe incurre en el defecto de elevar a la categoría de reparo técnico jurídico lo que solo son reservas doctrinales de quienes lo suscriben, ya que dichas objeciones olvidan la distinta naturaleza de las penas y las medidas, por lo que la previsión no vulnera el principio de *ne bis in idem*. También afirma que las referencias al Derecho comparado son parciales, que contienen una lectura interesada de las resoluciones del TC alemán y que solo se cita la sentencia del TEDH que refiere únicamente a ciertos aspectos —no

2. El informe del Consejo Fiscal, de 20 de diciembre de 2012

El informe contiene varias observaciones al sistema de medidas de seguridad proyectado, comenzando por la modificación del art. 6.2 CP, que elimina el límite máximo de cumplimiento de la medida de seguridad sin sujeción a la pena que correspondería si el sujeto fuera declarado culpable. El informe incide en que no se menciona en el Proyecto la prohibición de no aplicar medidas de seguridad cuando el delito no esté castigado con pena privativa de libertad, por lo que los principios de onerosidad y duración de las medidas de seguridad quedan desterrados del Proyecto.²⁴¹ Concretamente respecto a la duración, el informe aduce que cuando se imponen límites temporales a las medidas, se está confundiendo los fundamentos de ambas sanciones penales, y que dichas limitaciones pueden suponer obstáculos importantes para el buen fin de los tratamientos rehabilitadores que ofrecen, en especial en los supuestos de criminales contumaces. Justifica, pues, que puedan imponerse medidas de seguridad tras la pena

a todos— de la regulación alemana, por lo que ninguna de las objeciones puestas de manifiesto por el TEDH concurren en la regulación proyectada, de lo que se desprende —dice el voto— un «carácter voluntarista y parcial del informe». Además, indican que no se comparte la afirmación del informe del Pleno en relación que se establece un sistema de medidas de seguridad de duración indeterminada y no previsible, que carece de mecanismos de control ciertos y claros, porque el art. 103 CP contempla un sistema de revisión periódica de las medidas de seguridad, con periodicidades máximas fijadas normativamente, y la posibilidad de que el órgano jurisdiccional fije un plazo de revisión inferior y, excepcionalmente, podrá fijarse dentro de los límites máximos un período de tiempo dentro del cual no se dé curso a las peticiones. También formuló un voto particular la vocal del CGPJ Gemma Gallego, diciendo que el sentido del informe del Pleno responde a una indebida utilización de ciertos aforismos y términos jurídicos, ya que la pena se basa en la culpabilidad y la medida en la peligrosidad, por lo que los límites de la medida son ajenos a la duración de la pena. Además refiere a que el Pleno proporciona información sesgada en las referencias al TEDH, y destaca la impropiedad de la cita de la STC 21/1987, que no prohíbe que por un mismo hecho pueda imponerse pena y medida de seguridad. El voto incide en que en el informe han primado las valoraciones subjetivas sobre la emisión de un análisis imparcial, restándole eficacia técnica. Sin embargo, concuerda con el pleno en que hay aspectos necesitados de mejora técnica, claridad y precisión que permitan su correcta aplicación por los órganos jurisdiccionales.

241. *Vid.* Informe del Consejo Fiscal, pp. 8-10.

cuya duración sea exclusivamente proporcionada a la peligrosidad criminal sin sujeción al hecho ni a la pena que se le asocia.²⁴² No obstante, incide en que la peligrosidad no puede presumirse, sino que ha de estar probada.^{243/244}

En cuanto a la libertad vigilada, el informe destaca positivamente que haya desaparecido la imposición obligatoria para dar paso a su imposición facultativa en los casos en que esté prevista legalmente para su ejecución pospenitenciaria. No obstante critica algunos de los nuevos contenidos como la cláusula abierta que permite la imposición de otras obligaciones y condiciones distintas de las relacionadas en el catálogo, previsión que considera «extremadamente vaga» y de difícil armonización con el principio de legalidad. También considera impropio la regla consistente en la inscripción en las oficinas de em-

242. *Vid.* Informe del Consejo Fiscal, p. 10. «Las SSTC n.º 112/1998, de 8 de junio y 24/1993, de 21 de enero, refiriéndose a la regulación anterior al Código Penal de 1995, vienen a avalar la constitucionalidad de la duración de las medidas de seguridad conforme a la peligrosidad del sujeto».

243. *Vid.* Informe del Consejo Fiscal, p. 11.

244. Sobre el art. 95 CP, el informe indica que no varían los presupuestos de posdelictualidad y peligrosidad como fundamentos de las medidas de seguridad, pero sí efectúa una observación en relación al apartado 3, que «formula un desiderátum, en cuanto a que la medida de seguridad debe ser necesaria para contrarrestar siquiera de una manera parcial la peligrosidad del sujeto». Explica que será esencial el papel del órgano jurisdiccional en punto a la valoración de la clase y duración de la medida que quepa imponer, teniendo en cuenta que el Proyecto también señala que deberá imponerse la medida que resulte menos grave o incluso varias cuando sea necesario para prevenir la peligrosidad. Sigue diciendo que el principio de proporcionalidad de la medida que se enlaza con la gravedad del delito cometido y de los que se espere que pueda cometer en el futuro, plantea cierta confusión porque si la medida se orienta hacia la prevención especial para la evitación de nuevos delitos, carece de sentido que el delito ya cometido se configure como un condicionante para la aplicación de la medida. En opinión del Consejo, la medida de seguridad deberá ser proporcionada a la gravedad de las infracciones penales que se prevea que puede cometer en el futuro, no de las ya cometidas, coherente así el fundamento de la imposición de las medidas que se traduce en la existencia de peligrosidad (*vid.* Informe del Consejo Fiscal, p. 88). No obstante, considera que la fórmula por la que opta el legislador sobre que la medida de seguridad será proporcionada a la gravedad del delito cometido y de los que espere que pueda cometer y a la peligrosidad, es correcta, con las matizaciones señaladas, (*vid.* Informe del Consejo Fiscal, p. 90). Por lo demás, se muestra conforme con la consolidación de sistema dualista, iniciado con la LO 5/2010, (*vid.* Informe del Consejo Fiscal, pp. 94-95).

pleo y la relativa a los aparatos electrónicos, que queda circunscrita a los delitos del art. 57 CP, criticando el reducido ámbito de aplicación de esta medida, porque podría ampliarse a otros delitos cometidos con violencia o intimidación. El informe asume que la libertad vigilada, a pesar de sus plazos de duración, puede prorrogarse de forma indefinida y al respecto invoca la STC 112/1988, de 8 de junio, referida a la medida de internamiento y concluye que el establecimiento de unos plazos rigurosos en las medidas de seguridad puede ser un obstáculo para el éxito del tratamiento. «De ahí que la fijación de un plazo principal y un sistema de prórrogas como el que se prevé resulta acertado». Además, alude al Derecho comparado para justificar la validez de este criterio, como el caso del seguimiento socio-judicial de Francia, el caso de Italia y el de Alemania.²⁴⁵ También señala que las referencias que contiene el texto a los incumplimientos, que en el Anteproyecto eran «relevantes» y en el Proyecto son «graves», debería ser sustituida por incumplimientos «reiterados», y aduce que en el art. 106 CP deberían delimitarse los contornos del delito de quebrantamiento del art. 468 CP y exigirse que el incumplimiento sea reiterado, grave y revelador del propósito de no someterse a la libertad vigilada para que exista delito. Por último, el informe indica que se tendría que concretar qué juez o tribunal debe refundir las medidas de libertad vigilada cuando se hayan impuesto varias para cumplir una sola, ya que no se determina este extremo. En cualquier caso el Consejo considera que debe ser el último tribunal sentenciador.²⁴⁶

3. El dictamen del Consejo de Estado, de 27 de junio de 2013

En relación a las dudas constitucionales que puede plantear el sistema de medidas de seguridad proyectado — sobre todo en lo referente a la duración total resultante de la acumulación de penas largas de prisión con libertad vigilada posterior—, el Consejo se limita a invocar lo que

245. *Vid.* Informe del Consejo Fiscal, pp. 108-109.

246. *Ibidem*, pp. 105-111.

ya dijo en su dictamen de 29 de octubre de 2009, y con cita del fundamento jurídico 23 de la STC 136/1999, dice: «El Tribunal Constitucional ha señalado que el juicio de proporcionalidad en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática, por lo que «la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad», y para el que «ha de atender no solo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena». El dictamen contiene también algunas observaciones de contenido técnico programático y aconseja adaptar la estructura a las mismas para dotarlo de coherencia, la gran mayoría han sido observadas y en el Proyecto de 2013 ya no aparecen, evidenciando que se ha atendido a las recomendaciones, al menos a las de forma.

Sobre la ampliación de los supuestos a los que es aplicable la libertad vigilada, el dictamen dice que la LO 5/2010 desbordó los presupuestos que limitaban la aplicación de las medidas de seguridad inimputables y semi-imputables, y en el ámbito de los delitos de terrorismo y contra la libertad e indemnidad sexuales tuvo su «campo de pruebas», siendo que ahora se extiende la aplicación, aspecto al que el Consejo «no tiene, en línea de principio, nada que objetar». Por otra parte cuestiona los criterios por los que se han elegido esos delitos y no otros, resaltando que la memoria que se acompaña al proyecto no justifica suficientemente la elección. En este punto el dictamen trae a colación las palabras literales del informe del CGPJ (analizado *supra*), sobre que otros crímenes como la tortura no se contemplen y sí algunos de maltrato en el ámbito familiar. El Consejo de Estado valora de forma positiva la desaparición de la imposición pre-

ceptiva de la libertad vigilada pospenitenciaria, aduciendo que la decisión es acorde con la peligrosidad como fundamento de las medidas y no la gravedad del delito cometido, pero no se muestra favorable con que se mantenga un régimen excepcional con los terroristas donde se mantiene la imposición preceptiva de la libertad vigilada salvo que se trate de primarios, añadiendo que se echa en falta una explicación detallada de los motivos de tal distinción. En cuanto al contenido de la medida de libertad vigilada, el Consejo se muestra sorprendido por la desaparición de su definición, lo cual dificulta un mayor respeto por el principio de legalidad y dificulta su comprensión. Pero se pronuncia a favor de varios aspectos como la decisión de la concreción de las medidas que deberá hacerse al menos dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, etc., porque permite individualizar las obligaciones y prohibiciones en atención a las circunstancias concurrentes en el sujeto en el momento de empezar a cumplir la libertad vigilada, que no tienen por qué ser las mismas que se advirtieron en el momento de la sentencia.

4. Las enmiendas al Proyecto

Por último, a finales de 2014 y tras cuarenta y cinco ampliaciones de plazo para presentar enmiendas al Proyecto, en el Congreso de los Diputados se presentaron un total de ochocientas ochenta y ocho enmiendas —de las que, por razones obvias, no me puedo ocupar aquí— a las que puede accederse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, de 10 de diciembre de 2014²⁴⁷ en las que se oponen importantes objeciones al conjunto de la regulación proyectada y, muy especialmente, a la profunda transformación del sistema de medidas de seguridad.

247. BOCG, Serie A, n.º 66-2, Congreso de los Diputados, pp. 1-619. El texto íntegro en el siguiente enlace: [http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF]. (Consultado el 4/1/2015).

V. CONCLUSIONES

1. La libertad vigilada sigue siendo — hoy por hoy — una figura discutible, pero ya que está vigente y hay que aplicarla, su interpretación debe ser lo más restrictiva posible. Partiendo de que no aparece definición, dificultando su aplicación desde la legalidad misma (y esto tendría que ser solucionado), merece valoración positiva que se haya optado por el modelo de medida de seguridad y no de pena privativa de derechos accesoria, aunque el éxito de la libertad vigilada dependerá del esfuerzo económico que se haga para ponerla en funcionamiento, ya que se necesita la figura del agente de vigilancia en la ejecución de la libertad vigilada, el servicio de gestión de penas y medidas alternativas no es suficiente, porque es la administración penitenciaria al fin y al cabo. No obstante, hay algunos problemas en modalidad pospenitenciaria, como el incierto juicio de pronóstico sobre la probabilidad de delinquir en el futuro, que se asienta sobre criterios poco fiables; la presunción *iuris tantum* de peligrosidad no es precisamente la mejor forma de articular la imposición de sanciones.

2. El dualismo que propugna el Proyecto de 2013 permite la extensión de las medidas de seguridad sin límite, por lo que considero que el sistema actual es mejor que el proyectado para evitar los excesos en la restricción en la esfera de las libertades y para que la proporcionalidad pueda medirse en parámetros divisables y no excesivamente abstractos (como la proporción a la peligrosidad, magnitud difícilmente cuantificable). Si bien la — también proyectada — prisión permanente revisable es una pena indeterminada con plazos de revisión,²⁴⁸ en las medidas de

248. Sobre esta pena *vid.*, por ejemplo, DEL CARPIO DELGADO, J., «La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de Reforma del Código Penal». En *Diario La Ley*, n.º 8004, 2013, pp. 2-24; MARTÍN PALLÍN, J. A., «Reforma penal y prisión perpetua revisable. La prisión tiene un límite». En *Notario del siglo XXI*, n.º 52, 2013, pp. 56-58; FERNÁNDEZ GARCÍA, J., «Las penas privativas de libertad en la reforma de Gallardón: Especial referencia a la prisión permanente revisable». En PÉREZ CEPEDA, A. I. (dir.) / GORJÓN BARRANCO, M. C., *El Proyecto de Reforma del Código penal de 2013 a debate*. Salamanca: Ratio Legis, 2014, pp. 49-88; ACALE SÁNCHEZ, M. / MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, E. B. / GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., «Sistema de penas». En ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., (dir.) / DOPICO

seguridad se produce el efecto inverso: son medidas con plazos determinados pero, a su vez, son prorrogables de forma indeterminada hasta la muerte del sometido a las mismas sin necesidad de internamiento civil ni de incapacitación.

3. El elenco de delitos a los que se pretende aplicar es muy amplio y no termina de estar justificada la elección de esos delitos y no otros. Además, dentro de ellos, las tipologías delictivas son muy variadas y no hay concreción sobre a cuáles debe aplicarse. No todos los delitos del catálogo pueden ser idóneos para la libertad vigilada ni tampoco todos los contenidos de la medida pueden ser apropiados.

4. Las obligaciones y condiciones están dotadas de escaso contenido rehabilitador, que es rebasado por un marcado carácter de medida de control, vigilancia e inocuización, actuando a modo de complemento punitivo que parece servir más a fines de prevención especial negativa y de prevención general negativa, cuando lo más apropiado sería la combinación de nuevos métodos de determinación de la peligrosidad con estudios de las tipologías delictivas y ceñir el margen de aplicación a los que realmente requieran la libertad vigilada pospenitenciaria. Para la concreción de la medida de seguridad se hace necesario un criterio unificado que implique optar preferentemente por imponer obligaciones y prohibiciones de naturaleza correctiva antes que de naturaleza asegurativa. Además, se necesita reforzar los tratamientos de reinserción durante la ejecución de la pena y no renunciar a ellos defiriéndolos a la ejecución de la libertad vigilada posterior.

5. La libertad vigilada pospenitenciaria, atendiendo a la enorme variedad de delitos a los que se aplica, requiere para su individualización un entramado de criterios sólidos basados en estudios criminológicos que permitan reforzar su contenido y posibilitar la desaparición de la peligrosidad, mediante la concreción de las obligaciones y prohibiciones que sean realmente apropiadas. Las distintas tipologías delictivas requieren que se adapte la libertad vigilada a su realidad criminológica.

GÓMEZ-ALLER, J., (coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 179-221.

6. Sigue sin estar justificado el automatismo con el que se aplica en los delitos de terrorismo y más aún cuando ahora se conforma —una vez más— como un régimen excepcional —cuyo mantenimiento tampoco queda justificado—, porque es el único supuesto de imposición preceptiva en su modalidad postpenitenciaria. Por tanto, desde mi punto de vista, resulta obvio que la reforma proyectada empeora sensiblemente la regulación conferida mediante la LO 5/2100, por lo que sería conveniente que la reforma mantuviera la regulación de la libertad vigilada con algunas mejoras técnicas.

7. Para solucionar todos estos problemas, la libertad vigilada necesita una reforma en una dirección distinta a la proyectada, porque se necesita evitar el retroceso en la progresividad que se puede producir tras el tratamiento de reinserción recibido en cumplimiento de la pena de prisión. Se necesita que la medida de seguridad sirva más a criterios de prevención especial positiva enfocada a la reinserción, que a criterios inocuizadores de prevención especial negativa. Tampoco deben prevalecer funciones de prevención general positiva o negativa, ya que la peligrosidad criminal que justifica su imposición requiere exclusivamente que se fije la atención en el sujeto peligroso para la desaparición de su peligrosidad criminal en aras de la reinserción social, no en su inocuización, ni en el efecto que la sanción pueda tener en la generalidad de personas o en el fortalecimiento de la vigencia de la norma, y la libertad vigilada debe imponerse atendiendo a criterios individualizados y constatables de medición y determinación del pronóstico de peligrosidad, alejándose del juego de las presunciones.

**DEL ESCEPTICISMO AL ENTUSIASMO
EN MEDIACIÓN PENAL,
DE LA *RESTORATIVE JUSTICE*
A LA *RECONSTRUCTIVE JUSTICE***

**(REFERENCIA ESPECIAL AL ESTATUTO JURÍDICO
DE LA VÍCTIMA Y A LOS ENCUENTROS RESTAURATIVOS
VÍCTIMAS-CONDENADOS POR TERRORISMO)**

PROF.^a DR.^a H. C. SILVIA BARONA VILAR
Catedrática de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. EL PAISAJE PENAL RESTAURATIVO Y LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN, UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LA JUSTICIA. 1. Reflexiones iniciales. Crisis del modelo retributivo y legitimación del Derecho penal preventivo, restaurativo y resocializador. 2. De una víctima ausente a una víctima presente. De la victimología a la justicia restaurativa. 3. Mediación y medidas restaurativas en el marco de una dogmática penal autocomplaciente, un modelo procesal entrópico, una crisis de valores global y un impulso de las ADR. 4. Mediación penal y nuevo Estatuto Jurídico de la Víctima.- II. MEDIACIÓN PENAL *POST SENTENTIAM* EN DELITOS DE TERRORISMO. SUPUESTOS, EN ESPECIAL ENCUENTROS RESTAURATIVOS VÍCTIMAS-CONDENADOS POR TERRORISMO DE EXMIEMBROS DE ETA.- III. DE LA *RESTORATIVE JUSTICE* A LA *RECONSTRUCTIVE JUSTICE*.

ÍNDICE

I. EL PAISAJE PENAL RESTAURATIVO Y LA INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN, UN CAMBIO DE PARADIGMA DE LA JUSTICIA

En la ya larga historia del Derecho penal se ha venido anudando la ideología política y la concepción de Estado con los postulados políticos y jurídicos que conformaron en el siglo XIX el denominado Derecho penal clásico. Desde esos postulados el Derecho penal asumía un papel retributivo, primero, y preventivo,²⁴⁹ después, si bien la evolución política, jurídica y social, e incluso económica, ha modulado algunos de aquellos postulados, incorporando, desde finales del siglo XX, algunas prácticas restaurativas. Así, aun conservando respuestas preventivas más o menos represiva, con ciertos tintes utilitaristas de la pena,²⁵⁰ la justicia restaurativa ha ido adentrándose en la mayor parte de los países y sistemas jurídicos, se ha colado entre sus funciones, afianzándose en numerosas manifestaciones que hoy son incuestionables.

1. Reflexiones iniciales. Crisis del modelo retributivo y legitimación del Derecho penal preventivo, restaurativo y resocializador

Ahora bien, en un contexto como el actual, de crisis estructural y coyuntural, económica, política y especialmente sociológica y de valores, con una población amargada, la justicia restaurativa insufla nuevos planteamientos sociales, integradores colectivamente y de convivencia, que inspiran una verdadera y mejor transformación social, tan necesarios en estos momentos. Con la introducción de conceptos como reconocimiento del otro, escucha, paz, diálogo, responsabilidad, etc., se ofrece una bocanada de aire a una sociedad descreída, con la economía

249. (*) Redactado en el marco de los Proyectos de investigación: DER 2013-44749-R (MINECO) y PROMETEO II 2014/081 (GV). Un buen estudio sobre la concepción de la pena desde estos diversos parámetros, en MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

250. Puede verse, BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, especialmente las pp. 27-40.

como elemento inspirador, con falta de asideros, vacua, desmotivada y desilusionada.

Conceptos todos ellos que se anudan en una sociedad bajo presión penal, que presenta un modelo maximalista pero ineficiente, que está tratando de dar respuesta a conductas a las que no alcanza, aun cuando integra otras que no deberían hallarse bajo el paraguas de lo penal. La tipificación de conductas en los códigos penales modernos ha roto exponencialmente la barrera del Derecho penal como la *ultima ratio*, otorgando a la persecución penal la primera respuesta que se ofrece ante la ruptura de las reglas sociales y de la convivencia entre los ciudadanos. Un Derecho penal elevado a la «única» respuesta» ante conductas especialmente graves como las que se sufrieron con los atentados terroristas perpetrados en EE. UU., España y el Reino Unido en los primeros años del siglo XXI. Ciertamente, los actos más graves que pueden producirse en la vida social y frente a las que las respuestas no pueden ser sino derivadas del Derecho penal. Pese a ello, el modelo penal no se hallaba preparado para esta respuesta, y precisamente por esta razón la sociedad global ha insuflado unas nuevas coordenadas que se expanden allende las fronteras, para tratar de preparar y ofrecer respuestas en el marco de los derechos y los sistemas democráticos. Y ciertamente nadie podía imaginar que estos atentados conmovieran del modo que lo hicieron a la sociedad occidental, que se armó frente a posibles actuaciones futuras.

Sin embargo, también estas respuestas estatales sirvieron de «excusa» para ir afianzando una onda expansiva de endurecimiento del tratamiento penal, procesal y penitenciario, y hacerlo con carácter general, pasando de la *ultima ratio a la primera ratio*. Se justifica una necesidad de mayor control social, dirigiendo una sociedad enceguecida que quiere justificar —empleando términos de Habermas, «la expansión e intensificación de sus propias fuerzas con la expansión e intensificación de las fuerzas del otro»— un «más Derecho penal» o «una expansión masiva de lo penal»,²⁵¹ cercenando los axiomas democráticos, los derechos fun-

251. HABERMAS, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, 1991, p. 432.

damentales y los derechos humanos.²⁵² Los resultados no han sido obviamente satisfactorios y no ha supuesto, en absoluto, una mejora de la sociedad, una mayor paz social, sino que, antes al contrario, ha traído en ciertos casos una mayor violencia,²⁵³ lo que repercute ineludiblemente en el ciudadano, en su vida diaria, en sus derechos y en la credibilidad de la sociedad respecto del sistema jurídico.

Bajo el paraguas de la sociedad de riesgo, los poderes públicos responden con mayor control social, ante una amenaza de inseguridad global y, curiosamente, frente a esta respuesta, el ciudadano se siente cada vez más desprotegido. La respuesta penal pasa de ser la *ultima ratio* a la primera, y se insiste, de forma peligrosa, en una urgente necesidad de protección de la seguridad ciudadana, en detrimento de los derechos de los ciudadanos. La insatisfacción y el desencanto de los ciudadanos ante esta respuesta ha encontrado contestación en las aulas y también en la calle.²⁵⁴

Con este telón de fondo, los ciudadanos hemos perdido —sin apenas darnos cuenta— gran parte de nuestras garantías y derechos, de modo que la conquista del siglo XX especialmente referida a la declaración de derechos y garantías del sujeto pasivo del proceso se ven en muchas ocasiones mermada bajo la bandera de la seguridad, y los derechos de las víctimas, su presencia cada vez más palmaria en el marco del Derecho penal y el proceso penal, se convierte tantas veces en papel mojado, pese a los avances que legislativamente, en sede europea y nacional, se han ido alcanzando en estas últimas décadas. Vivimos en una sociedad esquizofrénica que proyecta riesgo, miedo, y control y bajo esos parámetros el dominio, la manipulación, la cosificación de las personas y la pérdida de valores ha venido siendo una realidad incuestionable, y a la

252. Sobre estas cuestiones y especialmente como el mundo ha cambiado tras los atentados terroristas de 2001 y los que se sucedieron, puede verse mi trabajo *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

253. HIGHTON/ÁLVAREZ/GREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, Buenos Aires, Editorial AdHoc, 1998, pp. 17-18.

254. ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho penal*, Ediciones Coyoacán, Ciudad de México, 2006, pp. 229 y ss, considera que «el Derecho penal del estado de derecho no puede cometer la ingenuidad de cederle un espacio y menos aún su instrumento orientador al estado de policía, confiando en que este se mantendrá en ese ámbito acordado y compartimentalizado».

vez pervive una sociedad cambiante en la que quedan pequeños reducidos para seguir creyendo en el ser humano, una bocanada de aire que alimenta valores como los que las manifestaciones de justicia restaurativa o los reales tratamientos de resocialización pretenden transmitir. Negar que pese a ese expansivo y maximalista Derecho penal se está proclamando una necesidad de revitalizar al ser humano y de no aplicar meramente dosis de castigo social (retributivo) carece de sentido. Quizás como tratamiento adecuado para paliar la segunda y simultánea lacra de la respuesta penal antes expuesta: el Derecho penal de diversa velocidad, la aplicación de la norma en atención a la condición de amigo-enemigo, y todo ello con diversos criterios que generan clases a la hora de aplicar el sistema penal en su conjunto (nacionalidad, género, color piel, estatus social y/o económico, etc. son desgraciadamente algunos de los criterios que se toman en consideración para dar diferente ante situaciones iguales o semejantes).²⁵⁵

Muy probablemente, la inquietud de quienes quieren abrir puertas y ventanas y que el modelo cambie y lo haga en una línea más rectilínea es uno de los condicionantes para ir poco a poco dando entrada a esos pequeños espacios en los que se encuentra una respuesta especialmente restaurativa. Y en esos cambios ha sido especialmente trascendental los movimientos y contestaciones criminológicas y búsquedas desde la política criminal, que, orillando en ocasiones los fundamentos clásicos del Derecho penal, han sabido ofrecer salidas que el Derecho penal no ofrecía. En especial, y sin pretensión de exhaustividad, a título de ejemplo, es posible destacar el enorme papel que se ha desempeñado por determinados impulsos, teorías o movimientos, tales como las teorías

255. Así, SIEBER considera que con la expansión del Derecho penal y con esta teoría del Derecho penal del enemigo se produce un cambio importante en los límites del Derecho penal, se orienta hacia la prevención y a la seguridad, así como a la intervención producida ya en el ámbito previo a la comisión del delito y a la sospecha del hecho, produciéndose los adelantamientos a la punibilidad en el derecho material, la ampliación de conceptos preventivos de vigilancia, deconstrucción de garantías y creación de instancias especiales en el Derecho procesal penal, la difuminación de las categorías jurídicas clásicas y la formación de un nuevo derecho de la seguridad, entre otras (SIEBER, U., «Límites del Derecho penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal», en *Revista Penal*, julio 2008, La Ley, p. 138).

abolicionistas,²⁵⁶ los movimientos feministas,²⁵⁷ los movimientos humanistas,²⁵⁸ la victimología, así como los movimientos *restorative justice*²⁵⁹ y de justicia reconstructiva.²⁶⁰ Y todo ello adobado con un impulso esencial desde las instituciones europeas, que ha calado en los 28 países de la Unión y ha forzado en ciertos casos a incorporar algunas normas favorecedoras de estas políticas restaurativas especialmente.

Es por ello que, de un Derecho penal que históricamente nació como negación de la venganza, del «ojo por ojo, diente por diente», como medio para hacer desaparecer la ley del talión, abandonando con ello la relación bilateral del «conflicto penal» —parte ofendida-ofensor— para pasar a la relación trilateral, con el órgano jurisdiccional como representante del Estado protector en esta función y con la desaparición de la

256. Especialmente interesante es la visión que sostuvieron, entre otros, CHRISTIE/MATHIESEN/HULSMAN/SCHEERER/STEINERT/DE FOLTER, en su obra *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989 (Trad. Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondeza). Como exponen los traductores en el prólogo de esta obra, la abolición del sistema penal se considera en la actualidad una utopía, si bien no significa necesariamente hablar de algo imposible, incluso, como apuntan los mismos, sus apariciones vienen a ofrecer un impulso a ideas, proyectos o cuestionamiento de algunas barreras o algunos de los principios que han venido marcando el devenir de los tiempos. Por ello su aparición supuso un «abrir puertas y ventanas» para incorporar algunas reflexiones que en absoluto tienen contrasentido, máxime en un momento de expansión incontrolada e inconsistente del Derecho penal en la sociedad global.

257. A quienes se debe el impulso y el esfuerzo por hacer visible y plantear soluciones a las víctimas-mujer, cuando estas lo son por cuestión de género, especialmente en determinados tipos de delito. Su lucha ha sido decisiva en algunos de los mojones que han marcado hitos en la protección y tutela de la misma.

258. Esencialmente han venido luchando por un trato humano y no degradante, por una consideración de persona y no de cosa del sujeto pasivo del proceso penal, y por una búsqueda de cuantos medios permitan integrar al condenado y redimido tras la condena en la sociedad. La función resocializadora debe mucho precisamente a estos movimientos pro derechos humanos y ha marcado una trascendental trayectoria en las conquistas de derechos en el siglo XX.

259. A la victimología y a la Justicia restaurativa nos referiremos en el apartado siguiente, haciendo referencia precisamente al interesante y decisivo impulso que dieron ambos movimientos para alcanzar el paso de la ausencia a la presencia de las víctimas en el ámbito penal.

260. Un concepto que supera la concepción de lo penal para adentrarse claramente en el ámbito de lo político, pero cuya importancia en el seno de la lucha por la desconflictivización social, de la búsqueda de consensos y de evitación de conflicto social creciente es indudable y al que haremos referencia en el último apartado de este trabajo.

idea de «conflicto» y superposición con conductas socialmente reprochables calificadas y clasificadas por la ley, lo que dio lugar a los delitos y las faltas en el Código Penal, se fue poco a poco evolucionando.

Y precisamente en esa evolución se han dejado sentir numerosos argumentos esgrimidos como vía para manifestar la crisis del modelo penal retributivo, a saber, se habla de la ineficacia preventiva de las sanciones, del olvido de la víctima, de la despersonalización del Derecho penal (lo más importante es el resultado, que era lo que provocaba una u otra respuesta social), el medio a través del cual se aplica el Derecho penal al caso concreto es lento y excesivamente formal, y en concreto en nuestro país, este proceso penal está exhausto, no da respuesta a todas las modalidades de criminalidad ni a los posibles medios que se pueden emplear para eludir la acción de la justicia (basta pensar en la denominada cibercriminalidad, las multiplicadas causas de corrupción, los macroprocesos, terrorismo, violencia de género, etc.).

De ahí que ya no es posible considerar que la función del Derecho penal es la del castigo, la venganza social, retribución, sino que el Derecho penal se consolida y legitima como instrumento de prevención general, con la finalidad reprobatoria de las conductas reprochables socialmente; como posible instrumento de restauración o reparación, ya del orden social, ya de la esfera personal de la víctima; y como posible instrumento de rehabilitación del delincuente. Y esas tres funciones no siempre encuentran respuesta, o la mejor respuesta a través exclusivamente del proceso, sino que se ha ido incorporando, poco a poco, una necesidad de buscar otros medios que favorezcan respuestas penales ágiles, eficientes y con garantías, ganando enorme terreno en algunos ordenamientos la incorporación de la mediación penal. Evidentemente, no como alternativa, sino como complemento para ciertos casos del proceso penal.

2. De una víctima ausente a una víctima presente.

De la victimología a la justicia restaurativa

En todo este devenir convulso que hemos experimentado, un dato ha estado presente, cual es la gran ausencia en el modelo penal de la

víctima. Si bien el Estado, la sociedad, la globalización, la seguridad internacional, la seguridad global, la expansión del Derecho penal, etc., han venido a llenar páginas enteras y a insuflar debates doctrinales, la gran ausente o con escasa presencia a lo largo de los siglos ha sido la víctima.²⁶¹ La misma concepción de lo penal arrastraba tras de sí una idea de alejamiento de la víctima o de no presencia de la misma, por carecer de protagonismo en la respuesta penal. El sentido del origen del Derecho penal justificaba esta situación. La conquista de la civilización vino a suponer una división de la tutela procesal, de manera que diferenciaba entre los conflictos interpersonales, privados, en los que socialmente lo que interesaba era la configuración del órgano que debía resolver y el medio para hacerlo, pero siendo las dueñas del proceso las partes, y el conflicto en el que los intereses privados no se hallaban presentes, en los que la sociedad — comunidad, grupo, Estado— asumía el papel esencial, al considerarse que se habían realizado determinadas conductas que socialmente eran reprochables y, por ende, intolerables.²⁶² Se produjo así lo que se ha venido denominando como la expropiación del conflicto a las personas que originariamente se hallaban involucradas en él.²⁶³

Desde hace ya algunas décadas surgió un movimiento que venía reclamando el papel y la visibilización de la víctima en la justicia penal, dando lugar a lo que se ha denominada victimología y, a partir de la misma, la búsqueda de nuevos horizontes que abarquen la tutela de estas desde el Derecho penal, desde la política criminal y desde el proceso penal, sin olvidar el paso e intrínseca vinculación de la denominada victimodogmática. Desde sus orígenes la *victimology* se concibió como una disciplina que se centra en el estudio científico de las víctimas, y en su posible contribución al hecho delictivo, analizando sus elementos

261. Un estudio actual, detallado y profundo sobre la víctima y la evolución en diversos ordenamientos jurídicos puede verse en: GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

262. BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., pp. 97-98.

263. HIGHTON/ÁLVAREZ/GREGORIO, *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*, cit., p. 41.

sociológicos y psicológicos y, con ello, configurando una tipología de las víctimas.

La evolución de la disciplina fue imparable. Así, en la década de los años setenta en los EE. UU. y a través de su presentación formal en congresos internacionales, para pasar a Canadá también, se inicia este movimiento tendente al «redescubrimiento» de la víctima. Se hace específica referencia de su «redescubrimiento», de la necesidad de hacerle resurgir de la *nada (vacío) legal*,²⁶⁴ pasándose de su *ausencia* en el sistema penal a su *presencia*. Ahora bien, esta corriente no pretende sustituir sujetos por sujetos, arrancar derechos de los delincuentes para entregárselos a las víctimas, sino integrarlas, buscando un modelo equilibrado de la trilogía víctima-infractor-sociedad (o Estado en suma), con una estrategia que comporta inevitablemente un cambio de cultura jurídico-penal que, en absoluto, atenta ni contra los derechos del imputado ni contra la defensa social, sino que debe suponer el reconocimiento de garantías a quienes se ven afectados por el sistema penal en su conjunto, sea la víctima o sea el posible autor del hecho.

Este movimiento arrastró tras de sí un importante protagonismo de las víctimas como agentes sociales, muy probablemente por ese salto cualitativo que permite asumir que el sufrimiento de la víctima pueda dejar de pertenecer exclusivamente al ámbito de lo privado para poder alcanzar una dimensión colectiva. Esta transformación, sin embargo, no ha quedado exenta de enormes críticas. Así, por un lado, la influencia perversa en la política criminal, al incorporar intereses que son ajenos a la pretensión punitiva, que es la que debe dirigirse a alcanzar la aminoración de la violencia social. Desde esta posición se sostiene que la víctima actúa con instinto de venganza, de manera que su aparición en escena provoca una alteración, valorándose su sentimiento y la idea del escarmiento público. De otro lado, se hace referencia a los riesgos que pueden generarse como

264. En la doctrina inglesa se le denominaba originalmente *legal nonentity*, al que se refiere FATTAH, E. A., «From Crime Policy to Victim Policy. The Need for a Fundamental Policy Change», en *Annales Internationales de Criminologie*, 29 (1991), n.º 112, p. 45. Se tradujo al alemán este mismo término como *rechtlichen Nichts*, al que se refiere KILCHLING, M., *Opferinteressen und Strafverfolgung*, Freiburg, Edition Iuscrim (MPI), 1995, p. 1.

consecuencia de la presión sufrida por discursos «victimológicos» o de determinados lobbies de víctimas, en aras a obtener una acción pública dirigida exclusiva o prioritariamente a las pretensiones de las víctimas, aun cuando estas pudieren ser irracionales.²⁶⁵ Ahora bien, la existencia de riesgos no debe ser obstáculo para el desarrollo de la victimología, sino que debe ser un incentivo para trancar esta opción indubitada, de manera que es posible percibir por un lado el reconocimiento de las garantías que puede tener y debe tener el presunto infractor, con la debida protección concedida desde la política criminal.²⁶⁶

Lo cierto es que la proyección de la victimología en la dogmática penal provocó la aparición de la victimodogmática, que ofrece respuestas penales con parámetros adoptados desde la victimología, centrándose en conceptos tales como el principio victimológico, la autorresponsabilidad de la víctima, la concurrencia de culpas o propia puesta en peligro de la víctima, la violencia doméstica, la violencia de género, etc. Su punto de partida se asienta en la idea de que la víctima como mero sujeto pasivo del delito y como mero objeto de actuación tuteladora del Estado va poco a poco sustituyéndose por una visión de sujeto titular del bien jurídico protegido, que adquiere, de forma creciente, un mayor protagonismo, hasta tal extremo que su comportamiento también asume un cierto grado de responsabilidad, pudiendo afectar la punibilidad del comportamiento del autor. Así, como afirma Tamarit Sumalla, «el principio victimodogmático parte de la constatación de la existencia de víctimas corresponsables del hecho para llegar a establecer un principio de autorresponsabilidad de la víctima, o lo que es lo mismo, a afirmar un deber de autodefensa en relación con ciertos ataques a determinados bienes jurídicos, cuya infracción haría decaer el merecimiento de tutela por parte de la víctima».²⁶⁷

265. TAMARIT SUMALLA, J. M., (TAMARIT SUMALLA, J. M. / VILLACAMPA ESTIARTE, C.), *victimología, justicia penal y justicia reparatoria*, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, Ed. Ibañez, 2006, pp. 88-89.

266. Puede verse esta y otras cuestiones sobre la materia en BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., pp. 107 y ss.

267. TAMARIT SUMALLA, J. M., (TAMARIT SUMALLA, J. M. / VILLACAMPA ESTIARTE, C.), *victimología, justicia penal y justicia reparatoria*, cit., p. 91.

En esa evolución también se han presentado ciertos riesgos, que los hay, al arrancar de la victimología y la victimodogmática y confluir en lo que algún autor ha denominado como victimofilia, dado que «ciertos discursos pro-víctimas pueden resultar contraproducentes para las mismas en la medida que pueden favorecer el «etiquetamiento diverso» y por lo tanto la instalación de la victimización o, por otra parte, tener efectos socialmente nocivos si se transmite la sensación, fundado o no, de que sale a cuenta ser víctima».²⁶⁸

De todo lo expuesto es evidente que se hace imprescindible la combinación de la trilogía víctima-infractor-sociedad (o Estado, en suma) para poder alcanzar un modelo equilibrado. Si la opción es la sustitución de uno por el otro o su aniquilación, se generan desequilibrios que requieren una necesidad de compensación que puede provocar la opción extrema ante los efectos producidos. Incorporar a las víctimas comporta un cambio de cultura jurídico-penal, pero no atenta ni contra los derechos del imputado ni contra la defensa social; ello no es óbice a la consideración en ciertos casos del comportamiento de la víctima como elemento condicionador de las consecuencias jurídico-penales.²⁶⁹

Desde esta visión aperturista, de esa integración tripartita, han surgido interesantes aportaciones no solo a la dogmática penal, sino a la política criminal y a la aplicación de las normas procesales penales y penitenciarias. Y entre esas aportaciones y de forma muy estrechamente vinculada a ella, surge la concepción restitutiva o restaurativa, un nuevo modo de repensar la justicia penal. Desde ella se visibilizan las personas y no tanto los hechos, trabajando el reconocimiento del otro, que, obviamente pasa por otorga la posibilidad al delincuente de responder ante las víctimas, responsabilizándose de la reparación del daño causado. También las víctimas tienen la posibilidad de reconocer al otro, escuchando su relato. Braithwaite lo considera como un verdadero estilo diverso de vida, dado que no solo se concibe como una aportación

268. TAMARIT SUMALLA, J. M., «Hasta que punto cabe pensar victimológicamente el sistema penal?», en *Estudios de victimología. Actas de I Congreso*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 28.

269. BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, cit., p. 115.

hacia la reforma del sistema de justicia criminal, sino que *es un camino para transformar el sistema legal en su conjunto, nuestro estilo de vida, nuestra conducta en el ámbito laboral y la manera de actuar de los políticos*,²⁷⁰ un proyecto intelectual y político mucho más ambicioso que lo que normalmente se ha venido considerando.²⁷¹ Este autor parte en su concepción de la necesidad de actuar frente a lo que denomina como «injusticia preventiva».²⁷²

La justicia restaurativa tuvo su impronta en la década de los años ochenta del siglo XX y fruto de las experiencias que especialmente en algunos países anglosajones se habían tenido en relación con algunas prácticas innovadoras que favorecían diálogo y reconciliación entre víctima y ofensor, como respuesta a esa sensación de frustración que el modelo penal generaba entre los ciudadanos. Su estrecha vinculación con el movimiento de la solución alternativa de conflictos (ADR) fue más que evidente y especialmente con el movimiento de recuperación de las víctimas en el panorama penal, y con tintes del discurso abolicionista y con las corrientes de la criminología crítica.

En la doctrina se ha defendido que la justicia retributiva y la reparativa o restitutiva son ambas especies de la justicia distributiva y ambas se proponen generalmente como maneras de reconocer inteligiblemente el significado de la autonomía individual; mediante ellas se restaura la distribución de los derechos existentes antes de que se produzcan los hechos, tanto como sea posible.²⁷³ No se pretende la sustitución de la una por la otra,²⁷⁴ sino el intento de integrar justicia retributiva y restitu-

270. BRAITHWAITE, J., «Principles of Restorative Justice», en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A. / ROBERTS, J., eds.), Oxford, Portland, Hart Publishing, 2003, p. 1.

271. BRAITHWAITE, J., «Principles of Restorative Justice», cit., p. 18. Insiste también en un valor añadido que comporta que la misma es un camino para conseguir que la ciudadanía respete y crea en la justicia.

272. BRAITHWAITE, J., «Principles of Restorative Justice...», cit., p. 5.

273. WATSON/BOUCHERAT/DAVIS, «Reparation for retributivists», en *Victims, offenders and community* (WRIGHT/GALAWAY), Londres, Sage Publications, 1989, p. 220.

274. Aun cuando ciertamente puede afirmarse que en sus inicios se veía como una sustitución de lo existente. Así, uno de los autores BARNETT entendió que debía procederse a la superación del «paradigma del castigo» (*paradigm of punishment*), que

tiva,²⁷⁵ dado que a través de la justicia restaurativa también se imponen consecuencias jurídicas penales al autor de los hechos -devolución de lo robado, expresión de arrepentimiento, compensación a las víctimas-, pero, en todo caso, una consecuencia que tiene un claro efecto retributivo.²⁷⁶ En absoluto se ha pretendido que el delito deje de ser una ofensa social para convertirse en un conflicto individual, o defensa del interés de la víctima con desaparición del interés social, sino la intrínseca simbiosis de ambos, ante la existencia de unos hechos, de una conducta, que poseen reproche social en el Código Penal. Así lo entendió Zehr, uno de los padres de la *restorative justice*.²⁷⁷ Para este autor se dan los elementos para un nuevo paradigma de justicia, concebido como alternativa a la justicia retributiva. El sistema penal no funciona ni para el ofensor ni para las víctimas, dado que ni se han conseguido desincentivar la comisión de delitos y no favorece la asunción de responsabilidad por parte de estos, ni las víctimas ven satisfechas sus necesidades. Zehr propone, en consecuencia, un modelo de justicia que se basa en la concepción del delito como una violación de las relaciones humanas, de manera que los sentimientos de las víctimas y del ofensor no deben verse como

tras 900 años de predominio en Occidente ya no halla razones para mantener su credibilidad, máxime cuando el mundo se ha transformado y está secularizado. El sistema de justicia penal fracasa en sus objetivos preventivos y no puede sostenerse por una vinculación racional entre el sufrimiento provocado por la pena en el delincuente y el daño sufrido por la víctima. Según BARNETT el sistema de retribución «punitiva» debe dejar paso a un sistema puro de carácter restitutivo (BARNETT, R. E., *Restitution: a new paradigm of criminal justice*, Ethics, 1977, p. 279).

275. SHERMAN, L.W. / STRANG, H., *Restorative justice: the evidence*, Londres, The Smith Institute, 2007, p. 52.

276. En este mismo sentido, DUFF, A., «Restoration and Retribution», en *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, (VON HIRSCH, A. / ROBERTS, J., eds.), cit., p. 54. A este autor se debe la denominada *communicative theory of punishment*, según la cual la pena debe tender a comportar *in primis* una forma de diálogo con el autor del hecho, reconociendo su responsabilidad que se activa con el mantenimiento de un *face to face* con la víctima (puede verse su obra *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, 2001).

277. ZEHR, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, publicado en 1990, y sostenía que no había que enfrentar la justicia restaurativa con la retributiva; y doce años después continuaba manteniendo este autor «Despite my earlier writing, I no longer see restoration as the polar opposite of retribution» (ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Intercourse, Pensilvania, Good Books, 2002, pp. 58-59).

algo periférico sino que se ubican en el elemento nuclear del problema. Es por ello que hay que focalizarse no tanto en el pasado cuanto en el futuro, siendo la *restoration* (hacer las cosas bien) el elemento de este nuevo paradigma de justicia, es decir, tratar de recomponer las relaciones sociales en lugar de imponer sufrimiento.²⁷⁸

3. Mediación y medidas restaurativas en el marco de una dogmática penal autocomplaciente, un modelo procesal entrópico, una crisis de valores global y un impulso de las ADR

Una variada concurrencia de factores, de diversa naturaleza, propiciaron la incorporación y asentamiento de la justicia restaurativa, ya en el ámbito estrictamente penal o ya en el procesal, incluso en el penitenciario, apareciendo la mediación y otros métodos restaurativos como manifestaciones de ese nuevo impulso que la sociedad parece reclamar. De todos estos factores algunos son endógenos al sistema penal en su conjunto, y otros son claramente la consecuencia del mismo, o si se quiere, de sus defectos y falencias.

En primer lugar, paralelamente al impulso y consolidación de la justicia restaurativa, fue creciendo exponencial y globalmente la sensación y necesidad de canalizar vías de tutela del ciudadano que no fueren los tribunales de justicia. Ese movimiento es más expresivo en sectores disponibles, como civil, mercantil, laboral, consumo, etc. Pero, paulatinamente, su presencia ha ocupado sectores con intereses públicos —penal, fiscal o administrativo—. Estos nuevos instrumentos, denominados ADR²⁷⁹ (*alternative dispute resolution*), entre los que se halla la mediación, han ido conformando un nuevo paradigma de

278. ZEHR, H., «Retributive justice, restorative justice», publicado en *New Perspectives on Crime and Justice*, n.º 4, 1985, Mennonite Central Comité, Office of Crime and Justice.

279. ADR significa en sus orígenes *alternative dispute resolution*, si bien el paso del tiempo dejaron de ser necesariamente alternativos para ser métodos complementarios del proceso judicial. Se ha seguido manteniendo las siglas ADR para otorgar significado a lo que se denomina como *adequated dispute resolution*.

justicia, generando una metamorfosis del modelo monolítico asentado en los tribunales de justicia y en el proceso (judicial y jurisdiccional)²⁸⁰ al actual; modelo que ofrece *multidoors* de acceso a la tutela efectiva; tutela que comúnmente ha tenido una única vía —proceso— y unos únicos actores —los jueces— y cuya presencia es palmaria también en materia penal. La mediación penal es uno de los cauces de tutela que se presentan al ciudadano, ofreciéndole una vía complementaria, más accesible, y con efectos favorables tanto para la víctima como para el victimario, desde el reconocimiento mutuo —y también por el Estado— de su capacidad para consensuar. Esta vía no pretende sustituir al proceso penal ni a los autores de la persecución penal, sino trabajar con ellos y favorecer una respuesta que cuanto menos satisfaga tripartitamente a quienes se ven inmersos en la causa penal: la sociedad, las víctimas y los ofensores.

En segundo lugar, se impulsa la justicia restaurativa y con ella la mediación penal en un marco de desproporción entre la evolución del Derecho penal material y de su proceso.²⁸¹ Probablemente ha incidido en esta situación la autocomplaciente dogmática penal que, como ha señalado reiteradamente Hassemer, se ha centrado en la lucha de escuelas en torno a la acción final y a la justificación de la pena y el fundamento de la imputación, olvidando que existe un aspecto práctico frente al científico.²⁸² Esta autocomplacencia de la dogmática pe-

280. Para la aparición del movimiento ADR en los modelos anglosajones y su expansión en los continentales puede verse mi obra *Solución extrajurisdiccional de conflictos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. Recientemente, sobre el nuevo modelo de Justicia integral y de las *multirooms* y posibles peligros que la dejación por parte del estado se pueden suceder, a los efectos de favorecer las ADR en detrimento del aparato estatal de Justicia puede verse mi artículo «Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*. Luces y sombras en Europa, *InDret*, septiembre 2014.

281. Puede verse mi trabajo, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

282. HASSEMER, W. *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio* (COORD. ESER/HASSEMER/BURKHARDT, coord. versión española MUÑOZ CONDE, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 41-42. *La práctica*, señala, *normalmente, no ha interesado a la ciencia penal alemana como objeto de estudio. Su interés se ha concentrado en unos pocos objetos de la Parte general donde ha construido gruesos*

nal, encerrada en su torre de marfil, ha ignorado por completo, en este contexto proteiforme, un no menos caótico y entrópico proceso penal, con la aquiescencia de los procesalistas, lo que ha obligado a paliar las falencias procesales de las formas más pintorescas posibles — por utilizar un adjetivo suave —, si bien no han conseguido superar un modelo procesal penal inadaptado, entrópico y exhausto, que requiere de un replanteamiento que responda a sus verdaderos fines. No debe perderse de vista que «el sismógrafo de un Derecho penal es el Derecho procesal o el proceso legal».²⁸³ Las reformas penales se han sucedido, sin un análisis previo de sus consecuencias procesales. Las exigencias de adaptabilidad del proceso a las reformas penales ha «descafeinado» el modelo, con asimetrías según hechos o personas, generando diversidad, asimetrías, cuando no privilegios. A ello se anuda el universal colapso judicial ante la demanda de tutela penal como *prima ratio*.

Este paisaje nada halagüeño —entrópico y desatinado, injusto e ineficiente— ha sido, hasta cierto punto, el causante de que desde la Unión Europea se haya tratado de impulsar medidas parciales que, siquiera tímidamente, insuflaran una mejora en el sistema procesal penal,²⁸⁴ destacando a nuestros efectos la recomendación efectuada de forma constante a los Estados miembros de la introducción de procedimientos de conciliación o mediación penal, siempre bajo el respeto a los principios esenciales del modelo penal, a los principios constitucionales y a los derechos de los sujetos inmersos, activa o pasivamente, en el mismo, aun cuando especial recelo por el peligro de pérdida del «control estatal» limitaba sus posibilidades en ciertos ordenamientos.

diques y allí se ha instalado para reflexionar con profundidad. El hecho de que, en ese hatillo que supone el interés de la asignatura, la práctica abarque algo más que la mera «Política», como por ejemplo, la medición de la pena, las leyes penales especiales, la criminología, incluso la Parte especial y el derecho procesal penal, que ocupan un lugar secundario, constituye en el mejor de los casos, un débil consuelo.

283. Como señala SCHULZ, además de apostillar este autor que «la presencia de una legislación penal-procesal marcada por la restricción de derechos es, con seguridad, el inicio del fin del sistema liberal democrático», «Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende», en ZStW, 2000, n.º 3, p. 660.

284. Sobre el impulso de la Unión Europea y las diversas acciones puede verse mi libro *Mediación penal*, cit., pp. 211-224.

La ebullición de todos estos elementos —víctima, autor, sistema, economía— han concurrido en un momento como el actual, favoreciendo no ya la incorporación legislativa de la mediación (o solamente esto), sino la credibilidad en un modelo que responde a una minimización retributiva y una maximización restaurativa y resocializadora. Y todo ello formando parte del nuevo modelo de justicia del siglo XXI, en el que las ADR son piezas del mismo. Aparece la mediación penal en sentido estricto del término y también encuentros o prácticas restaurativas que ofrecen una nueva visión de la justicia penal, asumiendo que la justicia está al servicio de los ciudadanos y no al revés, trabajando herramientas en las que adquiere protagonismo el ser humano y no el sistema, todo y que sus resultados, a la postre, revierten positivamente en el mismo. Este modo de «hacer justicia» se ha *colado* en los ordenamientos jurídicos, con argumentos penales, procesales y de política criminal que la han favorecido en este momento histórico, caracterizado por la evolución y adaptabilidad a la realidad.²⁸⁵

A todo ello debe unirse una última referencia: la pérdida de valores sociales y el empoderamiento de la economía como eje pivotante de la sociedad moderna. El Estado social favoreció el monopolio del proceso judicial, así como una legislación penal maximalista, empero ha sido la sociedad actual postmodernista,²⁸⁶ evolucionada hacia el neoliberalismo y postneo-

285. El paso al nuevo milenio ha supuesto una evaluación y una renovación de algunos postulados en la doctrina penal y ha afectado tanto a la dogmática como a la política criminal, especialmente en lo concerniente a su no caminar como las vidas paralelas de Plutarco. Merece destacarse al respecto, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002 (coord. por J. L. Díez-Ripollés, C. M. Romeo Casabona, L. Gracia Martín y J. F. Higuera Guimerá); *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, ESER / HASSEMER/BURKHARDT (coords. de la versión alemana (y MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; y *Derecho penal del siglo XXI* (coord. MIR PUIG, S.), Madrid, CGPJ, 2008.

286. El posmodernismo asume la existencia de una sociedad mucho más compleja, en gran medida por el papel de los medios de comunicación y la revolución tecnológica, si bien la materia de justicia y libertad es subsidiaria, dado que la exacerbación del consumo, el hedonismo y el placer, todos ellos absolutamente controlados por el modelo económico, deja poco espacio a políticas colectivas de tutela. No en vano se ha dicho que la posmodernidad no se preocupa de la institucionalización de lo colectivo (LECH-

liberalismo, la que ha abandonado al individuo-ciudadano y a «lo social» para entronar la economía, eje pivotante de la regulación de la sociedad; lo importante es el capital globalizado, el consumo, la información en tiempo real, la publicidad y la propaganda desmedidas, desde cuyas coordenadas no interesan las políticas de igualdad (justicia) de los ciudadanos. Se diluye la conciencia individual (subjetividad), bajo el pretexto de su fracaso hacia una sociedad mejor. Elementos exógenos como el imparable desarrollo de la ciencia y la técnica llevaron a una sociedad difusa y manipulable, en la que el «hoy», el presente, es el imperativo de vida, sin importar el futuro. Esa percepción postmoderna ha sido bien aprovechada por el discurso neoliberal, dado que este arremete contra las utopías y el pensamiento social. En el actual modelo neoliberal el mercado se erige en el elemento nuclear de la sociedad, es quien construye el orden social, que solapadamente se enfrenta al ideario moderno de libertad, igualdad (justicia) y fraternidad (solidaridad).

En ese paisaje caótico es una bocanada de aire, de fresca, la mediación y las manifestaciones de la justicia restaurativa, que llegaron de la mano, en la mayoría de los ordenamientos, a través de proyectos piloto en supuestos de responsabilidad penal de menores, actuando como banco de pruebas suficiente para incorporarla posteriormente a la responsabilidad penal de los adultos. Su imbricación en el sistema penal sancionador, a través de la valorización de la reparación ha supuesto una relectura de aquel desde los derechos humanos.²⁸⁷

4. Mediación penal y nuevo Estatuto Jurídico de la Víctima

Si bien los últimos lustros han venido a enmarcar diversas acciones encaminadas precisamente a favorecer la vuelta social de la víctima y la necesidad

NER, N., «Un desencanto llamado posmodernismo», en *Debates sobre modernidad y posmodernidad*, Editores Unidos Nariz del Diablo, 5 ed., Quito, 1991). Se caracteriza por un desencanto hacia el Estado, en cuanto este es un instrumento de control, especialmente en lo económico, pero con irradiación a toda la vida social.

287. MANNOZZI, G., Comentario a «Concessione della misura alternativa della semilibertà. La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia Tribunale di Sorveglianza di Venezia, Ordinanza 7 gennaio 2012, n. 5», en *Diritto penale e processo 7/2012*, p. 845.

de impulsar políticas tuitivas de la misma, en unos países más intensamente que en otros —probablemente porque existían países donde la víctima no existía en el panorama penal y en otros, como en España, la presencia de la víctima en el proceso penal podía darse a través de su conversión en parte acusadora particular, por ejemplo—, lo cierto es que la lucha transnacional por los derechos de los ciudadanos y en nuestro caso el impulso que desde la Unión Europea se vino efectuando en este ámbito, están dando frutos.

Y uno de esos mojonos es el trabajo realizado para favorecer la aprobación del Estatuto Jurídico de la Víctima, que constituye un verdadero catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de las víctimas. El objetivo es dar respuesta jurídica y social a las víctimas desde el otorgamiento de un trato individualizado a las mismas, atendiendo caso por caso y evaluando las circunstancias concurrentes de forma específica; y no solo, como señala la Exposición de Motivos, *reparadora del daño en el marco del proceso penal, sino minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar y con independencia de su situación procesal*.²⁸⁸ Obviamente el estatuto se refiere tanto al derecho de obtención de información, como al ejercicio del derecho de impugnación de determinadas resoluciones, así como la solitud de medidas de control en ejecución de sentencia contra el agresor, o la adopción de medidas en el trato que debe darse a las víctimas durante la fase probatoria en el proceso y en especial cuando están prestando declaración, otorgando una suerte de catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, no obstante la remisión que se efectúa a las normas especiales en materia de víctimas con especiales necesidades o con especial vulnerabilidad.²⁸⁹

288. De ahí que, como afirma el *presente estatuto*, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad.

289. Son numerosas las medidas que se establecen en el Estatuto, que tienen de forma directa naturaleza procesal o incluso son extraprocesales. Para analizar el impulso e impacto de este Estatuto puede verse DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal* 34 (2014).

Enmarcando el estatuto jurídico de la víctima con la justicia restaurativa y la mediación debemos hacer referencia a la específica mención que se efectúa de los servicios de justicia restaurativa en el texto. En la Exposición de Motivos se hace referencia a la pretensión del Estatuto de superar las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subrayar la desigualdad moral que existe entre ambos. Una afirmación que pareciera dar entender algo así como una línea transversal entre la mediación y la justicia restaurativa pero no queda suficientemente claro. Si lo que se pretende afirmar es que efectivamente no toda la justicia restaurativa tiene que canalizarse a través de la mediación y que no siempre la mediación responde exclusivamente a la justicia restaurativa, no hacía falta referencia alguna. En todo caso, nos parece de interés referirnos al artículo 15 del Estatuto, en el que se regulan estos servicios de justicia restaurativa en los siguientes términos:

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

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

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

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

Es evidente que la justicia restaurativa es una respuesta que exige condiciones, en cuanto por un lado solo se podrán otorgar estos servicios si ambas partes, víctima y victimario, voluntariamente acceden a ello, y se centrarán esencialmente en el núcleo de la reparación moral y/o material, siempre que hubiere un reconocimiento del infractor de los hechos que se derivan de su responsabilidad. Ahora bien, la línea divisoria que pareciera querer echar desde la Exposición de Motivos se trunca y difumina cuando en el mismo precepto se juntan los servicios de justicia restaurativa y la mediación penal, como procedimiento o vía para la solicitud y otorgamiento de la justicia restaurativa. No podemos olvidar que la mediación no es justicia restaurativa sino un procedimiento, una sucesión de actuaciones que puede llevar a la obtención de esa justicia restaurativa que favorece a las víctimas, a los victimarios y a la sociedad en su conjunto.

Que la mediación es un instrumento que se impulsa desde aquellos movimientos que tratan de hacer visibles a las víctimas, es indudable; que hablar de mediación implica una integración en el sistema penal a las víctimas, también lo es, que a través de la mediación las víctimas pueden sentir que alcanzan una satisfacción, una compensación, un reconocimiento de sí mismas y genera un empoderamiento en muchos casos, también lo es. La mediación penal no es solo un instrumento de una parte sino un instrumento que favorece al trípede subjetivo: a la sociedad, a las víctimas y a los victimarios, y que puede jugar un papel esencial en el favorecimiento y cumplimiento de las tres funciones del Derecho penal: la preventiva, la resocializadora y la restaurativa. Puede suceder que esos servicios de justicia restaurativa a que se

refiere el art. 15 del Estatuto de la Víctima no pretendan centrarse en la vinculación de la restauración con el proceso penal, y por tanto que no necesiten todavía de la mediación como procedimiento; pero lo que es indudable es que la simbiosis mediación-justicia restaurativa es inevitable y que el impulso de la mediación penal en los ordenamientos jurídicos ha tenido una esencial expansión en gran medida desde que se asumen e incorporan manifestaciones de justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, pese a los múltiples impulsos a favor de la mediación recibidos en estos últimos tiempos en el ordenamiento jurídico español, y pese a que puede afirmarse sin temor a equivocarnos que en España hay mediación penal, el recorrido que queda por delante es muy largo. La regulación en la Ley de responsabilidad penal del menor ofrece una buena experiencia con una vida jurídica y una práctica que permiten valorar bondades y desaciertos, e igualmente los proyectos piloto de mediación penal en adultos, que llevan desde 1989 impulsándose en España (a través de las Oficinas de Atención a la Víctima, Institutos de Criminología y en la actualidad el Consejo General del Poder Judicial), son fuente más que sólida para dar el salto cualitativo y amparar jurídicamente, no desde las ya existentes manifestaciones de justicia restaurativa en España, sino con un reglamento, unas normas en el Código Penal y en la LECRIM que insuflen del debido garantismo a la puesta en práctica de la mediación penal en nuestro país.

El camino ha sido largo pero los sólidos cimientos que en estos momentos encontramos para encallar la mediación en el modelo procesal penal del siglo XXI permiten encontrar en esta institución un magnífico instrumento que permita, favorezca e impulse las nuevas y fundamentales acciones que se han venido impulsando desde el seno de la Unión Europea, desde los diversos países y especialmente desde España en la búsqueda de una tutela de las víctimas en el ámbito del Derecho penal y del proceso penal. Y en este sentido, el texto presentado recientemente para la reforma de la LECRIM es altamente criticable por cuanto no solo es minimalista, muy escueto, sino que además es fijo discontinuo, en cuanto tan solo se recogen unos preceptos que en algunos casos remiten a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mer-

cantiles, que nada tiene que ver, y que no recoge lo esencial, cuándo puede remitirse a mediación, quién puede instarla y cómo incorporarla en el proceso estableciendo esencialmente la manera de incorporarse y con ella los efectos jurídicos procesales y en su caso penales que la misma puede arrastrar tras de sí. Nada de esto parece haber entendido el prelegislador que era importante, lo que nos lleva a pensar que no se consideraba importante incorporar en la LECRIM un modelo procedimental que inevitable e ineludiblemente es ya una realidad en nuestros derecho. Estamos a tiempo para rectificar esta situación y con ella para completar el camino ya recorrido, en el que no solo se encuentran las realidades mediadoras en el ámbito penal sino también los impulsos legales que se han venido consolidando en relación con la tutela de la víctima en el proceso penal.

II. MEDIACIÓN PENAL *POST SENTENTIAM* EN DELITOS DE TERRORISMO. SUPUESTOS, EN ESPECIAL ENCUENTROS RESTAURATIVOS VÍCTIMAS-CONDENADOS POR TERRORISMO DE EXMIEMBROS DE ETA

Uno de los grandes debates que ha generado la mediación ha sido y es la delimitación objetiva y subjetiva de la misma, es decir, en qué casos y con quiénes es recomendable y pertinente la mediación penal y en qué supuestos, no lo es. También se ha planteado la conveniencia de la configuración legal de supuestos de mediación *numerus clausus* o, por el contrario, *numerus apertus*. Y precisamente uno de los criterios que siempre ha estado presente es el de la gravedad, de manera que se han escuchado voces que han venido a considerar que la mediación penal está pensada tan solo para delitos bagatelarios o faltas y no para los delitos graves, atendiendo al bien jurídico protegido y a la pena a imponer. La realidad ha superado esta afirmación y en aquellos países en los que se ha ido incorporando la mediación penal y se efectuó esa incorporación con límites objetivo-subjetivos, se ha ido poco a poco levantando las trabas que llevaban a restringir la viabilidad de la mediación. Al final, una solución que lleve a dejar en manos de la autoridad de per-

secución penal la posible invitación a acudir a mediación, en atención a las circunstancias concurrentes, los sujetos que se ven afectados y el tipo de delito, parece sin lugar a dudas la más razonable.

En este contexto de limitaciones o restricciones, se vino afirmando que en aquellos supuestos en que se hubieren producido atentados terroristas el estado debía responder con una carga en profundidad retributiva, no pudiendo considerar siquiera la aplicación de funciones como la restaurativa o la resocializadora en sede penal. Es por ello que, como punto de partida, se ha venido asumiendo la exclusión absoluta e incondicional de la mediación. Los fines y el fundamento de la mediación no parecen *a priori* estar pensados para quienes destruyen el Estado de Derecho en conciencia, sabedores de lo que hacen y por qué lo hacen; ni la función resocializadora ni la reparadora parecen presentar resultados de éxito en estos casos, y las herramientas que se emplean en mediación (diálogo, igualdad de víctima y victimario, voluntariedad de ambas, perdón, compensación, reparación, individual o colectiva, material o inmaterial, etc.), especialmente desde la asimetría víctima-victimario en los delitos de terrorismo, no responden a las respuestas que los ordenamientos jurídicos ofrecen en la lucha contra el terrorismo.

La realidad, empero, nos ha ofrecido algunos exponentes que permiten repensar esa afirmación, siempre con extrema cautela, y a sabiendas de que el modelo restaurativo no es factible en todo caso y ante todo hecho delictivo y que solo desde el diagnóstico, caso por caso, será realmente posible determinar cuándo pueden y cuándo no llevarse a cabo prácticas restaurativas. Además, el concepto de mediación no es unívoco respecto de métodos o prácticas restaurativas, por cuanto habrá que afinar las variables en atención a la asimetría objetivo-subjetiva y al momento procesal (preproceso, intraproceso o en ejecución penal).

La respuesta de la sociedad ante los delitos de terrorismo es de absoluto y total rechazo, habiéndose convertido en la actualidad en uno de los principales desafíos a los que están sometidos los Estados. Cierto es también que hemos pasado de un terrorismo en el interior de una sociedad estatal a un terrorismo global, aun manteniéndose las formas

de terrorismo estatal.²⁹⁰ Tras el 11-S en Nueva York, el 11-M en Madrid y el 7-J en Londres, además de los atentados producidos en lo que se denomina «terrorismo internacional», se generó un sentimiento de inseguridad entre los ciudadanos; sentimiento favorecido por la sociedad global, por la utilización de los medios electrónicos de comunicación que facilitan la expansión del sentimiento de inseguridad ante la presencia de grupos terroristas y alimentado.

Esa situación de inseguridad se ha afrontado por los Estados de dos maneras diversas: por un lado, la de aquellos países que han superpuesto la seguridad a los principios del Estado de derecho, muy probablemente porque no tenían experiencia en la lucha contra el terrorismo, y entendieron y ante el mismo solo era posible, frente a la conducta terrorista, legitimar una respuesta violenta; aprobaron leyes restrictivas de los derechos de los ciudadanos. Basta pensar en la *Patriot Act* norteamericana²⁹¹ y en países como el Reino Unido, asumiéndose como lema que solo se efectiva la restricción de los derechos del ciudadano en la lucha contra el terrorismo.²⁹² Otros países han respondido de manera diversa. Así, unos han intentado hacer frente al terrorismo desde la

290. PÉREZ ROYO, J., «La democracia ante el terrorismo global», en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 10.

291. Probablemente EE. UU. ha sido el país que sin duda ha reaccionado con mayor intensidad, considerando que se trata de actos de guerra y en consecuencia ha abierto un paréntesis respecto de elementos esenciales de lo que se entiende tiene que ser el funcionamiento de un Estado democrático, llegando más allá de lo que el Derecho Internacional permite ir en tiempos de guerra. *Vid.* PÉREZ ROYO, J., *ob. cit.*, p. 11.

292. LAMARCA PÉREZ, C., «Noción de terrorismo y clases. Evolución legislativa y político-criminal», en la obra colectiva *El nuevo paradigma del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*, Publicaciones Universidad de Alicante (dirs. JUANATEY DORADO, C. / FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.), 2013, p. 39, considera que *la legislación antiterrorista es... uno de los mejores bancos de prueba que se puede utilizar para conocer el estado de salud de que goza un Estado democrático y es precisamente en esta materia donde el sistema político, incluso el más democrático, muestra de modo más patente una tendencia clarísima autoritaria*, refiriéndose tanto a la americana *Patriot Act* como a las normas inglesas que permiten la detención *sine die* a las personas sospechosas de haber cometido o de haber ayudado a cometer un atentado terrorista. Asimismo denuncia la situación de Guantánamo y de otros muchos *Guantánamos en el mundo que constituyen un auténtico limbo jurídico*.

adaptación del ordenamiento jurídico a los principios del Estado de derecho, basándose esencialmente en la idea de la cooperación (policial, política, judicial e internacional), desde el respeto al papel de las organizaciones internacionales y a la importancia que han de tener los principios del Estado de derecho en un contexto democrático. Entre ellos se halla España, país desgraciadamente experto en afrontar el fenómeno terrorista de ETA, y en el que se ha pretendido realizar el tránsito del sistema dictatorial a la democracia, aprobar la Constitución y otorgar un alto nivel de derechos y libertades a los ciudadanos.²⁹³ Y ello pese a que en ambos casos las características de la regulación de los delitos de terrorismo se convierte en la manifestación más palmaria del Derecho penal del enemigo.²⁹⁴

Ante este panorama, incorporar métodos restaurativos en los supuestos de delitos de terrorismo se presentaba como una *aporía*. Solo una respuesta sancionadora retributiva se puede estimar como la más adecuada, al considerar a los terroristas como delincuentes en conciencia, con nítida y clara convicción delictiva, con los que el trabajo

293. CAMACHO VIZCAÍNO, A., «Conferencia Inaugural», *El nuevo paradigma del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*, cit, pp. 27-27. Este autor, exministro de Interior del Gobierno socialista señalaba: «Esa ha sido una carrera de fondo, una carrera en la que desgraciadamente se han dejado muchas vidas, pero que, en este momento, creo que podemos decir que el Estado ha terminado triunfando. Y no lo ha hecho mediante un proceso de restricción continua de los derechos y las libertades de los ciudadanos, sino todo lo contrario... Eso pone de manifiesto que se puede ser efectivo contra el terrorismo sin necesidad de restringir los derechos y las libertades, sin necesidad de afectar al Estado de Derecho. Solo desde el Estado de Derecho, solo fomentando la extensión de la democracia en el mundo, podremos conseguir un mundo donde la libertad, la justicia y la igualdad sean los elementos que definan a la sociedad del futuro», p. 28.

294. Sobre los rasgos más destacados en el ordenamiento español del tratamiento de los delitos de terrorismos, especialmente la relativización de derechos procesales, agravación de penas, relajación de criterios de imputación, flexibilización de principios limitadores del *ius puniendi* en la configuración de los tipos penales, en la ejecución de las penas privativas de libertad y en el abandono de la resocialización en la legislación de menores, puede verse, LLOBET ANGLÍ, M., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, La Ley, 2010, pp. 199-235. También, CASTRO ANTONIO, J. L. / VALEIJE ALVÁREZ, I., «Tratamiento penitenciario en casos de terrorismo: aspectos sustantivos y procesales», en *El nuevo paradigma del terrorismo en España. Perspectiva penal, penitenciaria y social*, cit., pp. 123-153.

restaurativo no resulta ni adecuado, ni pertinente, ni tan siquiera justo respecto de sus víctimas.

Sin embargo, en España se ha llevado a cabo, de forma estremecedora, un extraordinario proyecto de encuentros restaurativos entre víctimas y exmiembros de ETA, condenados por delitos de terrorismo,²⁹⁵ cuyos resultados arrojan esperanza; esperanza en cuanto a los resultados de estos procedimientos, ofreciendo un cauce evaluativo o testador de quienes se encuentra cumpliendo condena o ya incluso la han cumplido, que permite incorporar un elemento de conciliación y de paz que es lo que necesitan los ciudadanos para una convivencia pacífica. Es la reconstrucción necesaria que se requiere en determinados lugares como medio para poner fin a la violencia, renunciar a las armas, construir una relación desde el reconocimiento del otro terrorista-víctima y víctima-terrorista, amén de ofrecer a la sociedad una esperanza frente al terror, al miedo y a la inseguridad. Es la búsqueda de la *reconstructive justice*.

Estas experiencias no han sido tan solo realizadas en España sino que, con diversas coordenadas y desde diversos métodos empleados, se han puesto en marcha en otros países —algunos con anterioridad a nuestro país— siendo elemento común en todo ellos que su aplicabilidad y estimabilidad se lleva a cabo en sede de ejecución penal, hay condenados, víctimas (presentes y ausentes) y hay ejecución de condena en marcha, avanzada o a punto de finalizar; es decir, estos encuentros no

295. Imprescindible para entender estos encuentros restaurativos, el por qué de los mismos, cómo se desarrollaron, cuáles fueron las circunstancias en que se trabajaron y especialmente los resultados objetivos y también inmateriales alcanzados, PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Santander, Ed. Salterrae, 2013. Bajo la coordinación de esta autora se llevó a cabo estos encuentros restaurativos con exmiembros de ETA que cumplen condena en Nanclares de la Oca con la denominación de «Grupo de presos comprometido con el irreversible proceso de paz», siendo evidentemente una voluntad común la de estos presos con quienes fueron sus víctimas, a quienes causaron un sufrimiento que nada hasta ese momento había permitido paliarlo. Se prefirió como señala Esther Pascual hablar de «encuentros restaurativos» (p. 113) en lugar de mediación autor-víctima, para enfatizar muy probablemente que siendo manifestación de la justicia penal restaurativa no es la mediación (clásica, común, normal, diríamos nosotros) que se emplea especialmente intraprocesalmente.

van a tener ningún efecto en la decisión judicial porque esta se adoptó hace muchos años y por tanto la función de los encuentros traspassa la función que en mediación penal puede ejercitarse. En cualquier caso, llámesele mediación o procedimiento restaurativo o encuentros restaurativos, nos hallamos ante un método en el que el diálogo, resultante del habla y la escucha, arroja un intento de alcanzar lo que durante siglos y siglos la justicia retributiva ha sido incapaz: la paz. Se trata, por ello, de mediación penal o de una justicia restaurativa *post sententiam*. De la misma es posible hablar en el sistema español en dos sentidos diversos:

En primer lugar, cuando en los ordenamientos jurídicos se ha ido incorporando la «reparación» como elemento a valorar a la hora de considerar la aplicación o no de la *diversion* existe fundamento para poder aprobar una norma habilitante de la mediación *post sententiam*. Pensemos en los casos en que se suspende la pena privativa de libertad, o cuando se concede la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, o cuando se sustituye la pena privativa de libertad por otra, o cuando se obtiene el tercer grado, cuando se conceden permisos de salida, cuando se solicita el indulto, etc.

En segundo lugar, la mediación *postsentiam* que se ha realizado en los delitos de terrorismo en España difiere de la anterior, en cuanto no cumple una función resocializadora, no se trata de alcanzar algunas de las bondades de la *diversion* (suspensión de la pena, o a una sustitución de la pena privativa de libertad por otra, inclusive la de valorar las condiciones necesarias para la concesión del tercer grado o la del indulto), dado el endurecimiento de las normas penitenciarias en los supuestos de terrorismo. Genera, en consecuencia, numerosas cuestiones en torno a su sentido y justificación. Y ello da lugar a que sobre todo se planteen políticamente dudas acerca de la finalidad de estos encuentros o métodos restaurativos entre víctimas y condenados por delitos de terrorismo, máxime cuando concurre una asimetría entre quienes participan y en su *status*.

Probablemente podamos afirmar que la respuesta a estas dudas se halla en la idea de poder convertir estos encuentros o mediación *post-sententiam* en un elemento testador o evaluador de la situación, evolución, participación de víctima y condenado para reconstrucción personal y social. Y a través de ella se ejerce un innegable papel restaurativo

sobre las víctimas, entendidas en el sentido maximalista del término a que se refiere su Estatuto jurídico.

Con anterioridad a la realización de los encuentros restaurativos en 2011 entre víctimas y condenados por terrorismo exmiembros de ETA en España, hubo experiencias realmente interesantes en otros países del mundo, en los que del mismo modo se padecía situación de terror terrorista. Así, en Irlanda del Norte se llevaron a cabo en el año 2006,²⁹⁶ tras un trabajo de casi una década de concienciación y aplicación del espíritu restaurativo tanto en la comunidad republicana como entre los *loyalist*, estos métodos restaurativos con los grupos del IRA, cuyo desarrollo se había venido preparando desde la década de los años noventa a través del trabajo separado con ambos sectores de la sociedad irlandesa, los republicanos y los *loyalist*. El enfrentamiento existente entre las dos Irlandas supuso una carrera por absorber una cultura a la otra pero con imposición y aniquilación de la contraria, generando un estado de terror y pánico entre los irlandeses del norte, esencialmente por los paramilitares y grupos armados que practicaban violencia y empleo de armas. Los métodos restaurativos aquí no pretendían sino la recuperación de la convivencia, lo que requería un largo y lento proceso que requería de energías y esfuerzo y mucha voluntad en ello.²⁹⁷ En consecuencia, el

296. Muy interesante a este respecto el libro de Anna ERIKSSON, *Justice in Transition. Community restorative in Northern Ireland*, Devon William Publishing, 2009. En él se pone de manifiesto la evolución y el trabajo realizado con proyectos de justicia restaurativa en ambas comunidades irlandesas por separado, para ir poco a poco implantando este modelo con el fin de alcanzar lo que esta autora denomina como *transitional justice* que requiere de una construcción que desde los métodos restaurativos introduzcan factores políticos, sociales y económicos que vaya poco a poco no solo implicando a las víctimas y sus victimarios y a la sociedad sino que trascienda al contexto político. También puede verse, BRUCE, S., «Loyalists in Northern Ireland: Further Thoughts on «Pro-State Terror», en *Terrorism and Political Violence*, 5 (4), pp. 252-265.

297. Realizado fundamentalmente por voluntarios, fue diverso en ambos sectores. Fue realizado en el trabajo de proyecto de investigación del IMLI, NAO, «Vías para el delito y delitos», IMLI, NAO, como el mejor ejemplo de la justicia restaurativa en España y en el mundo. Véase el IMLI, NAO, 2014, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

elemento primordial que llevaba a impulsar estos métodos restaurativos era precisamente para favorecer la reconstrucción de la sociedad y aprender a vivir sin odios, rencores y venganzas.

En Italia el proyecto se realizó en sede penitenciaria en el año 2007, si bien incorporando no solo a los condenados, sino también a las víctimas y referido de forma específica a tres condenados, casi a punto de alcanzar la libertad condicional, por delitos cometidos en el año 1970 de la banda terrorista de las Brigadas Rojas. En este caso la mediación se convertía en el cauce a través del cual, con participación de ambas partes, y siempre que ambas quisieran (en algún supuesto las víctimas, directas o indirectas, o «subrogadas»²⁹⁸ no quisieron participar), se puede analizar y evaluar la situación para aplicar los beneficios penitenciarios. Llegó a la *Commissione Nazionale Giustizia Riparativa*, órgano consultivo de la Administración Penitenciaria, para determinar la conveniencia o no de la mediación. Se decidió ofrecerlo a dos de los tres condenados; uno de ellos la aceptó y el otro la rechazó, e igualmente el ofrecimiento se hizo respecto de las víctimas, no aceptando todas. En el modelo italiano la víctima se convierte «no» en el elemento nuclear,

do entre las partes. Las reticencias fueron mayores aquí, en cuanto se veían estas medidas restaurativas como una manera de mantener el control paramilitar sobre la población irlandesa. En cualquier caso, lo esencial en Irlanda y su posible aplicación con los condenados por los hechos cometidos por la banda del IRA fue que se había venido trabajando en la justicia de valores, en la que los autores de los hechos delictivos se reconocen autores y asumen responsabilidad, contribuyendo a hacer «comunidad» y, cuando es posible, se encuentran con sus víctimas para poder repararlas. El resultado irlandés en el ámbito terrorista fue la apuesta por lo que se ha venido denominando como una *transitional society*, donde diferentes modos de control social y relaciones entre ellos se hallan continuamente en proceso de renegociación, situación que evidentemente tenía un buen lugar cultivado con la guerra entre los grupos paramilitares del Norte de Irlanda.

298. MANNOZZI, G., Comentario..., cit., en el que explica que se trata de un supuesto que no es mediación penal clásica sino que representa *victim empathy path*, y cuyo éxito fue tal que sus operadores han solicitado su viabilidad en otros supuestos de gravedad, si bien en el que amén de las víctimas se incorporen representantes de la sociedad que pueden ofrecer una perspectiva social y más neutral respecto de la víctima «subrogada», p. 847. Precisamente esta autora se ha venido planteando la posibilidad de la mediación penal en el ámbito de la criminalidad organizada incluso efectuando analogía y diferencias entre la mediación penal y la mediación mafiosa.

pero sí en lo que denomina Gaddi como *catalizzatori della vergogna*,²⁹⁹ llegando a la integración social y a la exclusión de cumplimiento de toda la pena a la que se le ha condenado.

Con esos antecedentes, diversos cada uno, también en España se puso en marcha en el año 2011 lo que se denominaron por sus coordinadores como «encuentros restaurativos». Estos encuentros, de naturaleza y procedimiento diverso a los anteriores, fueron fruto de la petición de algunos presos, exmiembros de ETA, dirigida a la Dirección de Atención a las Víctimas del Terrorismo del Gobierno Vasco en el año 2010, de contribuir a aproximarse y reparar a las víctimas. De estos encuentros debe valorarse el enorme trabajo de sus coordinadores, que se centró en los reclusos que habían pertenecido a ETA y se encontraban en el Centro Penitenciario de Nanclares de la Oca; centro en el que cumplían condena el grupo autodenominado «Grupo de presos comprometido con el irreversible proceso de paz», y al que se unieron algunos que ya gozaban de horas de libertad y también se acogieron a los mismos. Debe destacarse de estos encuentros:

1. Se les denominó «encuentros», y no mediación penal ni mediación penitenciaria. Son encuentros extrajudiciales y extrajurisdiccionales, la víctima no busca reparación material ni el condenado una mejora penitenciaria; no se media para que lleguen a acuerdos, no se trata de consensuar,³⁰⁰ sino de alcanzar una «justicia reconstructiva».

2. El punto de partida de este método fue la preparación de las entrevistas iniciales individuales con los presos que quisieron acogerse voluntariamente a estos encuentros restaurativos. Cada uno eligió el lugar donde realizar las entrevistas iniciales (la mayoría, en lugares públicos). En la entrevista se formularon diversas cuestiones que libremente con-

299. GADDI, D., «Medazione penale, esecuzione della pena e terrorismo: l'incerto ruolo della Criminologia nell'analisi di due casi», en *Studi sulla questione criminale*, IV, n.º 1, 2009, p. 109. Esta autora expone que se trataba de un supuesto especial para unos supuestos especiales en el sistema penitenciario, si bien es partidaria de contar en todo caso con las asociaciones de víctimas del terrorismo, que están absolutamente en contra de cualquier acuerdo entre víctimas del terrorismo y terroristas condenados que permita cualquier forma de compensación.

300. PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, cit., p. 114.

testaban (a todas o a algunas). Entre ellas había cuestiones referidas a la edad (actual, de ingreso y de abandono de ETA), razones de su incorporación y abandono de ETA, cómo se produjo la entrada, cuándo se enteró su familia de su ingreso en ETA, qué apoyos tiene ahora fuera de la prisión, qué le supuso dejar ETA, ha dejado el colectivo de presos, qué hacía antes de entrar en ETA, en qué comando estaba, cuántas muertes ha causado, cuántas ha propiciado, cómo ha matado, qué sintió la primera vez que mató, pudo dormir esa noche, celebró el atentado, miró a los ojos al asesinado, en qué momento se dio cuenta del daño causado, por qué en ese momento y no antes, como se describe ahora, hay algo bueno, duele más una muerte que otra, después de las víctimas a quién ha causado el mayor dolor, si tuviese pastillas mágicas que robasen el dolor, a quién se las daría, con qué frecuencia se acuerda de las víctimas, si hubiese sido el juez, qué pena habría impuesto, asume el contenido de la sentencia, cree que alguna vez podrá perdonarse, tuvo miedo de dejar ETA, si tuviese un hijo, le contaría quién ha sido, qué le gustaría decir a las víctimas, se ocupaba de saber a quién iba a matar, qué le supuso entrar en la cárcel,³⁰¹ entre otras cuestiones.

Se pretende generar confianza en el exterrorista y trabajar en el proceso evolutivo: de cuándo entró y por qué, a la realización de los hechos, y al momento del abandono total o parcial de la banda: algunos absolutamente desvinculados; otros no del todo, manteniendo ciertos comportamientos relacionados con la militancia, no logrando verse como personas diversas de las que fueron; y, finalmente, quienes no consiguen liberarse, sintiéndose vinculados con la organización (justifican la lucha en el contexto, aun cuando puedan disentir o rechazar la estrategia que se ha llevado a cabo).³⁰² Ese instrumento testador es este método restaurativo a través del encuentro.

301. PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, cit., pp. 130-131.

302. En estos casos, como señala PASCUAL, no suelen ser capaces de mantener el discurso del arrepentimiento y el perdón si el estado no reconoce a su vez su cuota de daño, siendo que ven en las víctimas una suerte de compensación de dolores, de manera que los de un bando sufrieron un dolor y las víctimas, en el bando contrario, otros; todos los consideran innecesarios y absurdos, pero relacionados, PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, cit., p. 134.

3. Igualmente se llevaron a cabo entrevistas individuales con las víctimas, en lugares diferentes según sus necesidades; la mayoría prefirió acudir a un lugar oficial y en privado. Fueron menores las entrevistas previas con las víctimas que con los presos. Algunas de las cuestiones a las víctimas fueron: edad, situación personal, familiar y laboral; edad que tenía cuando sufrió atentado o murió su familiar; cómo sucedió y cuándo fue; qué sucedió en los días siguientes; qué habría cambiado esos días; qué apoyos tuvo; el apoyo de la sociedad y las instituciones fue importante; como se sintió y cómo han ido evolucionando sus sentimientos; qué sabe del comando y de las personas que cometieron el atentado; qué le quitó el atentado; como se describiría ahora; con qué frecuencia recuerda al ser querido y a su asesinato; si fuese juez qué pena habría impuesto; ha pensado alguna vez en matar al autor; acudió al juicio; qué le ayudaría a obtener un poco de calma; tuvo miedo después del atentado; qué le gustaría preguntarle al exterrorista (aunque las víctimas quieren que se les denomine asesinos); cómo se lo imagina; ha realizado algún tipo de terapia; cómo ve la vida tras sufrir este hecho; qué no soportaría que sucediese en el encuentro.³⁰³

Las víctimas respondían a todas las cuestiones, si bien había una serie de claves en ellas: querían saber qué obtuvieron los terroristas con la muerte de su ser querido; no quieren perdón para vivir en paz, pero sí calma y alivio con arrepentimiento del asesino de su ser querido; algunas alegan que necesitan un mundo mejor para sus hijos y no quieren que las generaciones venideras convivan con odio y resentimiento, etc., y todas ellas han pasado por la triple etapa: incredulidad, fase de odio y por último fase de superación y supresión del odio, pero asumen que la de odio es la más larga y autodestructiva. Quieren ante todo cerciorarse de que el exterrorista no va a obtener ningún tipo de beneficio, y confían en que se produzca el contagio de estos encuentros en otras víctimas y en la sociedad en su conjunto porque necesitan paz; suelen impresionarse con la historia vital del exetarra, su experiencia carcelaria y sus escasas expectativas de futuro; en muchos casos se mantienen

303. PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, cit., pp. 136-137.

interesadas por los victimarios y algunas incluso muestran sentimientos compasivos con el exterrorista.³⁰⁴

4. El significado y sentido de estos encuentros quedó bien claro desde el principio. Se trataba de «despejar dudas, poder obtener respuestas a muchos interrogantes, escuchar en primera persona las vivencias, avanzar o cerrar el duelo, cubrir necesidades de expresión», pero sin obtención de beneficio penitenciario alguno. Pero ambas partes tenían muy claros sus roles en el procedimiento: unos eran asesinos y los otros, víctimas.³⁰⁵

5. Las reglas de estos encuentros responden a los principios esenciales del modelo restaurativo: voluntariedad, reconocimiento del mediador como director de los encuentros, no faltar al respeto a la otra parte, etc. La metodología igualmente se explicó: entrevistas individuales preparatorias con cada una de las partes, y posteriores encuentros víctimas-condenados.

Estos proyectos han sido experiencias tremendamente interesantes. Han proyectado unos métodos restaurativos que trascienden de la *restorative justice* y se adentran en la *reconstructive justice*, que indudablemente se ofrece como instrumento también del sistema penal a favor del triunvirato víctima-condenado-sociedad. No ha sido, pese a todo, sencillo este proyecto, siendo que el mayor obstáculo es la naturaleza de los hechos, la respuesta penal contundente que el ordenamiento otorga a los mismos. Así, frente a la restricción, limitación o prohibición de derechos de quienes arremeten contra la sociedad y el Estado causando terror e indignidad, la respuesta del «castigo» está presente.

La cuestión es si tras esa respuesta es posible identificar supuestos en los que, el paso de los años, la aplicación del sistema de forma automática y la quiebra durante cuarenta años de los derechos fundamentales, justificados en el propio ordenamiento jurídico, podrían abrir, desde la

304. PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, cit., pp. 135-136.

305. Todas estas cuestiones son explicadas por quien dirigió los encuentros, PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, cit., pp. 125-128.

Constitución, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Convenio de Derechos Humanos e incluso la Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea, una puerta al reconocimiento de sus derechos «como ciudadano» a quienes asumen su rechazo a la banda armada, el reconocimiento del otro (de sus víctimas), el daño causado, la responsabilidad, y la necesidad de reparar siquiera fuere con la palabra parte del daño causado y sobre todo ofrecerse a la reconstrucción de la sociedad que ha sido en gran medida quebrada por sus actos. En esos casos es donde el sistema jurídico garantista, en equilibrio pero con preferencia a la tutela de los derechos frente a una respuesta de castigo sin condiciones, puede ofrecer también, y de forma excepcional, un sustento para la configuración de esta mediación *postsententiam* reconstructiva.

No es un modelo de expiación de conductas, sino un sistema evaluativo, que puede llevar a la inaplicabilidad del modelo sancionador incondicional del sistema ante hechos de tal gravedad. Ahora bien, su consolidación exige una norma habilitante, que establezca una serie de coordenadas que permitan configurar cuándo y cómo llevarlos a cabo.

III. DE LA *RESTORATIVE JUSTICE* A LA *RE-CONSTRUCTIVE JUSTICE*

El desarrollo de estos encuentros, así como los referidos a otros ordenamientos jurídicos, ofrecen un buen aporte para afirmar que más allá de la mediación penal intraprocesal y más allá de la mediación penitenciaria, existen encuentros o medidas restaurativas que permiten trabajar para una re-construcción tanto de personas como de la sociedad. Si el Derecho penal nació como respuesta necesaria y proporcionada de la sociedad-Estado ante la comisión de hechos que destruyen, ignoran y generan terror en la sociedad, la importancia de que la sociedad pueda «servirse» del modelo penal para re-construirse es algo que no puede ignorarse desde el sistema penal en su conjunto, y que exige, en todo caso, contar con la víctima como elemento nuclear del mismo.

Incluso podríamos afirmar que la referencia que se efectúa en el Estatuto Jurídico de la Víctima a la necesidad de desligar o no necesaria-

mente anudar la justicia restaurativa con la mediación, podría llevar precisamente a hablar de una modalidad que supera la restauración aunque pasa por ella y participa de sus fundamentos pero que no necesariamente se despliega a través de un procedimiento llamado mediación sino a través de unos encuentros que no necesariamente son el modelo de la mediación y su estrecha vinculación con el proceso penal.

Estamos ante algo diverso, que supera esa idea compensatoria que imbuyó originariamente la justicia restaurativa, estamos ante un paso más, que probablemente se alcanza con mucha mayor visibilidad en la fase en la que estos encuentros y mecanismos restaurativos en y con personas que han cometido delitos de terrorismo y han causado un tremendo dolor a sus víctimas y a la sociedad en su conjunto, y que han generado y favorecido una necesidad, real y plástica, de seguridad.

En ese devenir se encuentra esta perspectiva que puede ofrecer el paso elevado de la justicia restaurativa a la justicia reconstructiva o también denominada transformativa, o, en otros ámbitos, justicia transicional,³⁰⁶ que pretende un cambio del paisaje, aunque este cambio se haga muy poco a poco y a través de la individualización en determinados actores.³⁰⁷

Y ese paisaje arrasado y desolado en supuestos de terrorismo, con una sociedad quebrada a consecuencia del crimen, dividida entre víctimas y victimarios, necesita recuperación, reconstrucción, más allá del

306. Responde a etapas de transición política, normalmente, y se ofrecen soluciones que permiten «saldar cuentas» con el pasado. Ejemplos hemos tenido a lo largo de la historia: en el siglo XX las denominadas Comisiones de la Verdad y de la Reconciliación, que han llevado a esta justicia transicional basada en la verdad por el perdón. ELSTER, J., *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2006, ofrece un estudio sobre estos exponentes históricos, y destaca la situación española en cuanto único caso dentro de las transiciones a la democracia en el que hubo una decisión deliberada y consensuada para evitar la justicia transicional a través de la aprobación de la Ley de Amnistía de 1977, una auténtica ley de punto final.

307. Hay autores que propugnan la necesidad del cambio de una sociedad en la que prime la búsqueda de la igualdad entre los ciudadanos. Así, WILSON, J. Q./KELLING, G. L., en su artículo «Broken Windows: The Police and neighborhood Safety», *Atlantic Monthly*, 249, pp. 29-38, planteaba la tesis de «broken Windows» en la que básicamente se postulaba el principio de que a más igualdad en la sociedad, menos crímenes.

castigo, de la función retributiva plena. La sociedad como tal no puede consentir estas actuaciones y debe por ello aplicar medidas preventivas, pero a la vez la sociedad necesita de instrumentos que permitan la reafirmación de la misma, de los cimientos sociales y eso en ciertos casos se hace imposible, si bien en otros, más allá de lo penal, entra la justicia política.

Se parte, en palabras de Reyes Mate, de que «la injusticia es vista como una acción que destruye una relación y que la justicia debe reconstruir». Y ni la condena a privación de libertad por un número elevado de años ni el endurecimiento en la aplicación de la legislación penitenciaria favorecen la reconstrucción de ese paisaje.³⁰⁸ Ni la resocialización tiene cabida (en muchos casos son personas socialmente integradas) ni tampoco la respuesta restaurativa (que pueden entenderse como un insulto a las víctimas). Esa reconstrucción necesita del trabajo lento evaluativo y testador realizado por un equipo de profesionales que conozcan no solo las herramientas de este modelo, su significado y sus funciones, sino también tengan la capacidad de detectar en qué se dan las coordenadas para que esa reconstrucción sea posible y permeable a la consecución de la justicia y en qué casos no lo es, por imposible, por irónico, por autodestrucción.

Estos encuentros o procedimientos no forman parte de nuestro paisaje penal y probablemente y aunque tengan un efecto colateral sobre el mismo, su incidencia y directa aplicación se adentra más en las consecuencias políticas y sociales derivadas de las respuestas penales ante la destrucción. Esto es, en ese camino hacia la reconstrucción personal y social se superan las prácticas restaurativas comunes, aun cuando el manejo de las técnicas de comunicación, las herramientas de la mediación son altamente válidas para alcanzar los resultados pretendidos.

308. REYES MATE, M., *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Ed. Entropos, 2011, p. 208. Este autor precisamente cita al personaje Raskolnikov de la obra de Dostoiewski «Crimen y Castigo», argumentando que aquél mata a la vieja mujer, rica y mala, pensando construirse así un futuro prometedor, y descubre que es él el sacrificado al asesinar a la vieja, dado que algo enorme se le impone que le separe de la vida y le impide vivir. Aterrorizado por su propio acto, entierra la bolsa, como queriéndose desentender de lo hecho, pero su destino sigue atado al crimen cometido.

Se convierten estos métodos en el termómetro que permite medir las respuestas penales —retributiva, preventiva o restaurativa— otorgando en diversos momentos y con diversas posibilidades de graduación una mayor o menor potencia de las mismas. Ese elemento testador, flexible y modulable, no puede ser el proceso penal. Puede convertirse la mediación u otros métodos restaurativos similares en instrumento que permita a la sociedad-Estado mantener el control en el marco de los intereses generales desde el debido respeto a los derechos humanos. No es *restorative justice* sino que se convierte en *reconstructive justice*.

Esta *reconstructive justice* se presenta como un buen paliativo, excepcional y limitado, para «suturar» la fractura provocada en la sociedad por la comisión de estos hechos delictivos de tan destructivo alcance en la sociedad. Y en estas mediaciones reconstructivas se va a tratar de recuperar para la sociedad a la víctima y a su asesino. A la víctima mediante su reconocimiento, es decir, el reconocimiento de su ciudadanía, negada por los actos violentos y en ciertos casos por la indiferencia de quienes les han rodeado; y con ella se genera en muchos casos un fenómeno curioso cual es el impulso hacia el empoderamiento de las víctimas que participan en estos procedimientos. Y asimismo la recuperación de los condenados, desde el reconocimiento del daño producido —que le acompañará toda la vida—, a la asunción de su responsabilidad y el perdón.

En palabras de Reyes Mate, solo el perdón, aunque no repare lo irreparable, rompe la tiranía de la culpa.³⁰⁹ Es por ello que, como señala este autor, «la justicia es como un ánfora rota cuya reconstrucción depende de que encontremos a cada parte su trozo correspondiente. Las partes no son iguales, como no lo son los trozos de un objeto roto... La justicia reside en el reconocimiento de cada trozo como un fragmento del todo o, dicho de otras manera, en la respuesta a la injusticia».³¹⁰ Y entendemos que la mediación, y su intrínseca y asimilable colaboradora, encuentros o sesiones restaurativas, puede ser instrumento de reconstrucción, respuesta a la injusticia, a la injusticia causada a quienes

309. REYES MATE, M., *Tratado de la injusticia*, cit., pp. 236-237.

310. *Ibidem*, p. 239.

nunca recuperarán a sus seres queridos y a quienes se causaron también el daño que arrastran por haber sido los asesinos, y entre medio, la sociedad fracturada sobre la que pesa la ausencia de convivencia en paz. Quizás a través de esta nueva filosofía de vida y nuevos métodos aplicables en la solución de conflictos podamos conseguir un mundo menos ruín y más vivible para quienes les ha tocado en el momento actual vivir una juventud en una sociedad de sordos, menos justa, más desigual y más agresiva.

JUSTICIA RESTAURATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO: EXPERIENCIAS DEL DERECHO COMPARADO*

*Nadie puede justificar, por ningún motivo,
la matanza indiscriminada de civiles indefensos.
Ninguna causa o bandera puede validar el uso
del terror asesino en contra de mujeres,
hombres y niños*

RIGOBERTA MENCHÚ

PROF.^a DR.^a ANA BELTRÁN MONTOLIU
*Profesora contratada doctora Derecho Procesal,
Universitat Jaume I*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES.- II. JUSTICIA RESTAURATIVA: ORIGEN Y ALCANCE.- III. MODELOS.- IV. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.- V. APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO.- VI. EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO. VII. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Hablar de violencia de género, implica necesariamente abordar el estudio de las estadísticas judiciales. En este sentido las cifras hablan por sí solas. El balance de 53 víctimas mortales en el año 2014 en Es-

paña no puede dejar indiferente a la sociedad³¹¹ ni al legislador. Por otra parte, en el entorno europeo, el panorama tampoco es esperanzador, tal y como pone de manifiesto el informe *Violence against women: An EU-wide survey Main results* de 2014, llevado a cabo por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,³¹² donde se alerta de que un 22 % de las europeas ha sufrido violencia machista de su pareja.³¹³ En Estados Unidos, el 64 % de las víctimas de violencia de género, sufrieron durante toda la vida los maltratos de sus compañeros sentimentales.³¹⁴ Todos estos datos reflejan ni más ni menos una lacra social que es necesario combatir desde diferentes perspectivas tanto a nivel nacional³¹⁵ como internacional.³¹⁷

311. La estadística actualizada sobre datos de violencia de género se puede obtener en la web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad <<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/portalEstadistico/home.htm>>.

312. Para mayor información sobre la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) *vid.* <http://europa.eu/about-eu/agencies/regulatory_agencies_bodies/policy_agencies/fra/index_es.htm>.

313. Se puede consultar este informe que recoge datos comparables sobre violencia contra la mujer en todos los países de la Unión Europea en <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results_en.pdf>.

314. National Crime Victimization Survey, Crime and Victimization in the United States, pp. 32-33. Información disponible en <<http://ovc.ncjrs.gov/ncvrv2014/pdf/StatisticalOverviews.pdf>>.

315. Los objetivos generales del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad son: • la ruptura del silencio cómplice del maltrato, • la mejora de la respuesta institucional dada por los poderes públicos, proporcionando planes personalizados y avanzando hacia las ventanillas únicas, • la atención a los menores y a las mujeres especialmente vulnerables a la violencia de género y la visibilización y atención a otras formas de violencia sobre la mujer. Por su parte, los ejes de carácter transversal son: • la formación y sensibilización de agentes, • la coordinación, trabajo en red y excelencia operativa y • la evaluación, seguimiento y mejora del conocimiento en este ámbito. *Vid.* Estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (2013 - 2016) <<http://www.msssi.gob.es/ssi/violenciaGenero/EstrategiaNacional/pdf/EstrategiaNacionalCastellano.pdf>>.

317. *Vid.* Instrumento de ratificación del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, (BOE n.º 137, 6 junio 2014). El Convenio de Estambul, es el primer instrumento obligatorio en la Unión Europea en materia de violencia contra las mujeres y violencia de doméstica. En virtud de sus disposiciones los Estados Parte se obligan a prevenir la violencia, proteger a las víctimas y enjuiciar a los responsables. Para más detalles, *vid.* USHAKOVA, T., «La aportación del nuevo

En el ordenamiento jurídico español, se aprobó con unanimidad la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección *Integral* contra la Violencia de Género,³¹⁷ con el objeto de dar respuestas en el ámbito legislativo. La propia denominación de esta ley (*integral*), nos permite dilucidar que el legislador fue consciente de la necesidad de aportar respuestas en el ámbito judicial, pero sin olvidar la multidisciplinariedad de la materia, lo que provocó que se hayan previsto en la ley medidas preventivas, educativas, publicitarias, sanitarias o de protección a la víctima. Ahora bien, si analizamos esta norma, merece especial atención la desproporción existente entre las medidas de carácter preventivo³¹⁸ y punitivo,³¹⁹ ostentando estas últimas un papel preponderante. Este aspecto invita a reflexionar sobre la idoneidad de esta aproximación, porque no parece que con un aumento de las medidas punitivas se haya logrado en absoluto el fin pretendido inicialmente, que no es otro que la erradicación de este tipo de violencia.

A la vista de los resultados obtenidos, y considerando que los problemas sociales no pueden resolverse únicamente con la intervención³²⁰

Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, n.º 4, octubre-diciembre 2013, pp. 1-18 .

317. BOE n.º 313, 29 diciembre 2004.

318. Las soluciones para reducir este tipo de delincuencias no solo pueden ser represivas sino también preventivas y educativas, *vid.* ALONSO SALGADO, C. / ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / CASTILLEJO MANZANARES, R. / FERNÁNDEZ PÉREZ, P. / GARCÍA ALBERO, R. / GÓMEZ COLOMER, J. L. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / NOYA FERREIRO, L., «Actas del seminario de especialistas, «La violencia de género sobre las mujeres: La mediación, una solución: Problemas y soluciones a la política legislativa sobre violencia de género», en CASTILLEJO MANZANARES, R. / ALONSO SALGADO, C., *Violencia de género y Justicia*, Ed., Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2013, p. 808.

319. La gran novedad de la ley en materia de intervención punitiva consiste en la creación de una serie de figuras agravadas destinadas a proteger de modo específico a la mujer que fuere o hubiere sido pareja del autor de la agresión. Sus manifestaciones concretas son las siguientes: Agravante específica en el delito de lesiones. Art. 148.4 CP; Agravación de la pena del delito de maltrato ocasional del art. 153 CP; Las amenazas y coacciones leves contra la mujer se elevan a la categoría de delito, incorporándose a los arts. 171 y 172 CP.

320. Así lo recuerda PÉREZ GINÉS, C. A., «La mediación penal en el ámbito de

este estudio tiene como objetivo proporcionar una visión del panorama actual de la violencia de género, poniendo de relieve aquellos aspectos que no funcionan en la práctica e intentar analizar desde la perspectiva del derecho comparado experiencias restaurativas que han supuesto, como queda reflejado en estudios empíricos, un avance en el contexto de la violencia de género.

Partiendo de esta premisa, hay que poner de relieve que la mediación penal en los casos de violencia de género está expresamente prohibida³²¹ como queda reflejado en el art. 44.5 LO 1/2004 cuando se refiere a la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer estableciendo que «en todos estos casos está vedada la mediación». Esta prohibición legislativa ha conllevado en la práctica forense a numerosas dificultades y existen posturas doctrinales que abogan por una interpretación más flexible que permita la posibilidad de la mediación en determinados casos, siempre que se cumplan una serie de requisitos específicos.

La imposibilidad de mediación penal en los casos de violencia de género actualmente no tiene demasiado sentido si tenemos en cuenta las tendencias legislativas de nuestro entorno. Así, por un lado, se encuentra la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo³²² que como objetivo prioritario establece que los Estados miembros velen por que se reconozca a las víctimas³²³ y promociona los mecanismos de justicia reparadora,³²⁴ siempre que se cumplan una serie de condiciones³²⁵

la violencia de género (o las órdenes de protección y cumplimiento)», *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 71, 2010, p. 66.

321. Cláusula que provoca la modificación del art. 87 ter, 5 LOPJ.

322. DOUE n.º 315, de 14 de noviembre de 2012, pp. 57-73.

323. Art. 1 Directiva 2012/29/UE.

324. Especial mención requieren los artículos 4 (Derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente, j); art. 25 (Formación de los profesionales) Directiva 2012/29/UE.

325. *Vid.* art. 12 Directiva 2012/29/UE. Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora: «1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o

con la finalidad de otorgarle a la víctima la máxima protección.

Por otra parte, en el Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, 5 de septiembre 2014,³²⁶ se incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa.³²⁷ En todo caso, la posible actuación de estos servicios quedará excluida cuando ello pueda

las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes: *a*) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento; *b*) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo; *c*) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso; *d*) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal, y *e*) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior. 2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación».

326. <http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-115-1.PDF>..

327. Art. 15 Estatuto de la víctima.- Servicios de justicia restaurativa: «1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: *a*) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; *b*) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; *c*) el infractor haya prestado su consentimiento; *d*) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima, y *e*) no esté prohibida por la ley para el delito cometido. 2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función. 3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.³²⁸

Todo ello sin olvidar, que, si bien la mediación penal para adultos no está prevista expresamente en nuestro ordenamiento jurídico todavía, va consolidando su permanencia en la vía intrajudicial como demuestran las estadísticas judiciales.³²⁹ Igualmente hay que destacar la existencia de diversos servicios de mediación en todo el territorio nacional³³⁰ así como de convenios de mediación penal.³³¹

En este contexto es imprescindible aludir a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que si bien se limita al ámbito del derecho privado, denota claramente la apuesta del legislador por mecanismos de solución de conflictos alternativos al sistema de justicia tradicional.³³²

En definitiva, es evidente que la mediación aparece como una vía distinta que satisface mejor a las partes implicadas en el conflicto y si bien, por ahora, la mediación está prohibida en los casos de violencia de género, este estudio pretende abordar las experiencias de derecho comparado que existen para poder determinar los factores, circunstancias y

328. Exposición de motivos VI, Estatuto de la víctima.

329. En el año 2013, se observa que hay un 40 % más de derivaciones que en el año 2012, lo que refleja la confianza que los órganos judiciales, fruto de los resultados obtenidos ya durante años, van teniendo en este procedimiento de resolución de conflictos y en su incidencia en la paz social. El grado de satisfacción que se refleja en los acuerdos alcanzados nos proporciona los siguientes resultados: más de un 76 % durante 2013, lo que tiene gran trascendencia en dos ámbitos concretos. Por un lado respecto a la atención, cuidado y posible «reparación» de la víctima, principal destinataria de este proceso. Y, por otro, a la recuperación social del infractor, que se responsabiliza de su acto. CGPJ, *Mediación intrajudicial en España: datos 2013*, pág. 2. Información disponible en <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Datos-estadisticos/Mediacion-intrajudicial-en-Espana--datos-2013>>.

330. Servicios de Mediación <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Servicios-de-mediacion>>.

331. En detalle sobre los convenios de mediación existentes en el ordenamiento jurídico español *vid.* <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que-es-la-mediacion/Convenios/Mediacion-penal>>.

332. *Vid.* CGPJ, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, 9 de octubre 2013, <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que-es-la-mediacion/Protocolos>>.

condiciones que lo hacen factible.

II. JUSTICIA RESTAURATIVA: ORIGEN Y ALCANCE

Para comprender el alcance que puede llegar a tener la justicia restaurativa en los casos específicos de violencia de género es necesario abordar sucintamente las características principales de esta nueva acepción de entender la justicia.

En ese sentido hay que matizar que la mediación penal enmarcada dentro de la denominada resolución alternativa de conflictos³³³ (ADR, *Alternative Dispute Resolution*), es un ámbito relativamente reciente teniendo su desarrollo definitivamente en Norteamérica³³⁴ (primero en Canadá y luego en Estados Unidos) entre 1970-1980 cuando surge con mayor auge como necesidad de la sociedad para hacer frente a los conflictos de un modo diferente al tradicional.³³⁵ Esta nueva manera de entender la justicia tuvo su repercusión inmediata en otros países del entorno anglosajón, Australia, Nueva Zelanda, Inglaterra, así como en el resto de Europa.³³⁶

333. Si bien no existe una definición unívoca de lo que constituye un sistema de ADR, se entiende por tales «aquellos métodos de resolución de conflictos que tratan de evitar la vía judicial y resolver las disputas sin el concurso de los tribunales de justicia». Así lo entiende MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y Nuevas tecnologías*, Ed. Thomson Civitas, Navarra, 2007, pp. 31-32.

334. *Vid.* ROSS, H., «Alternative Dispute Resolution: Mediation in the federal courts began in 70's», *The Alaska Bar Rag*, enero-marzo, 2007, pp. 30-31.

335. BUTTS GRIGGS, T. «La mediación en los Estados Unidos: contexto y experiencias», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 5, 2005 (Ejemplar dedicado a: Mediación y protección de menores en Derecho de Familia), p. 195.

336. *Vid.* sobre un estudio comparado de la mediación penal para adultos, entre otros, BARONA VILAR, S., (dir.), *La mediación penal para adultos, Una realidad en los ordenamientos jurídicos (Experiencias en España, EE. UU., Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; VANFRAECHEM, I. / AERTSEN, I. / WILEMSENS, J., *Restorative Justice Realities, Empirical Research in a European Context*, Eleven International Publishing, The Hague, 2010. En el ámbito de menores desde una perspectiva comparada *vid.* GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

Nos estamos refiriendo al denominado movimiento de la *restorative justice*³³⁷ conocida como justicia restauradora, restaurativa o reparadora,³³⁸ que supone un nuevo enfoque del modo de entender la justicia penal, considerada como una nueva corriente político criminal en los Estados Unidos,³³⁹ cuyo objetivo o prioridad consiste en conceder mayor protagonismo a los intereses de la víctima. Ahora bien, es innegable que esta nueva forma de entender la justicia ya había estado presente en el pasado³⁴⁰ pues las formas tradicionales y autóctonas de Justicia ya entendían en su momento esencialmente que el delito era un daño que se hacía a las personas y que la Justicia servía para restablecer la paz social y ayudaba a las víctimas, delincuentes y las comunidades precisamente a reparar ese daño.³⁴¹

337. En cuanto a los antecedentes de la Justicia Restaurativa, especialmente los doctrinales, *vid.* GORDILLO SANTANA, L. F., *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, pp. 39-45, donde realiza un recorrido de las diferentes aportaciones que realizaron varios autores desde la década de los setenta. Así pues, tal y como este autor aclara, en general, la doctrina considera que este nuevo modelo de justicia tiene su fundamento en la obra de CHRISTIE, en concreto en su artículo «Conflicts as Property», *British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, 1976, donde argumenta la necesidad de establecer una alternativa al sistema penal tradicional que permita una solución ante situaciones de conflictos.

338. Denominación adoptada por la Directiva n.º 29 de 2012 de la Unión Europea por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de los delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

339. BUTTS GRIGGS, T., «La mediación en Norteamérica», en SOLETO MUÑOZ, H. / OTERO PARGA, M. (coord.), *Mediación y solución de conflictos, Habilidades para una necesidad emergente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, p. 204.

340. Decidimos relativamente reciente, pues tal y como indican diversos autores, la mediación constituía el método natural de resolución de conflictos en las sociedades tempranas árabes, griegas y romanas, *Vid.* ZEHR, H., *Changing lenses: a new focus for crime and Justice*, 3.^a ed., Ed. Herald Press, Scottsdale, 2005, págs. 99-100; BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, Crime and Justice, vol. 25, 1999, pp. 1-3; BRAITHWAITE, J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 3-8; WILKINSON, R. D., «A Shifting Paradigm Modern Restorative Justice Principles Have Their Roots in Ancient Cultures», *Corrections Today*, Editorial, December 1997, disponible en <<http://www.drc.ohio.gov/web/Articles/A%20Shifting%20Paradigm.pdf>>.

341. DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia Restaurativa y mediación penal», *Revista de Derecho penal*, n.º 23, 2008, p. 37.

El término *restitución* se emplea por los defensores de la justicia restauradora en un sentido muy amplio, coincidente en gran parte con la idea de resarcimiento y «comprende cualquier actividad dirigida a reparar el daño o a restaurar a la víctima en la situación previa a la comisión del hecho delictivo, siempre que se realice a cargo del delincuente».³⁴²

Los tres pilares esenciales sobre los que se basa este movimiento restaurador son como indica ZEHR: en primer lugar, centrarse en el daño causado; segundo, tener en cuenta que los daños conducen a determinadas obligaciones y, por último, promover el compromiso o participación para reparar el daño producido.³⁴³

Hay que destacar que, si bien existen en la doctrina diferentes enumeraciones sobre los principios³⁴⁴ en los que se asienta esta justicia res-

342. BOLDT, R. C., «Criminal Law: Restitution, Criminal Law, and the Ideology of Individuality», *Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 77, 1986, p. 970. Sobre la definición de *Restorative Justice*, se pueden consultar entre otros.; ZEHR, H., *The Little Book of Restorative Justice*, The Little Books of Justice & Peacebuilding, Ed. Goodbooks, Intercourse, 2002, p. 36; UMBREIT, M. S., *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice and Mediation*, Ed. Criminal Justice Press, Nueva York, 1994.

343. ZEHR, H., *The Little Book of Restorative Justice*..., cit., pp. 19 y ss.

344. Así, por ejemplo, VAN NESS, entiende que los principios que inspiran a la justicia restauradora son: «1. La Justicia requiere que su energía se enfoque en la curación de las víctimas, los victimarios y la comunidad tras la lesión causada por la comisión del crimen; 2. Las víctimas, los victimarios y la comunidad deberían darse una oportunidad para involucrarse activamente en el proceso de justicia tan pronto como fuera posible; 3. Debemos repensar los relativos roles y responsabilidades de los gobiernos y la comunidad. Los gobiernos deben de ser responsables de preservar el justo orden y la comunidad de establecer la paz; 4. Encuentro, reparación, reintegración y participación». *Vid.* VAN NESS, D., «Perspectives of Achieving Satisfying Justice: Values and Principles of Restorative Justice», *ICCA Journal of Community Corrections*, n.º 8, 1997, pp. 7-12; VAN NESS, D., «Proposed basic principles on the use of Restorative Justice: Recognising the Aims and Limits of Restorative Justice», en VON HIRSCH, A. / ROBERTS, J. / BOTTOMS, A. / ROACH, K. / SCHIFF, M. (eds.), *Restorative Justice & Criminal Justice*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2003. Por su parte GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER considera, entre otros principios, que este movimiento pretende dar un mayor protagonismo a la víctima en el proceso penal, cumpliendo la reparación una función tanto individual del autor respecto de la víctima, y al mismo tiempo constituyendo un efecto pacificador propio del Derecho penal. Asimismo entiende que la voluntariedad en la reparación es el punto de partida esencial para el cambio respecto al sistema penal tradicional. Por último, considera que la reparación forma parte de un concepto de justicia negociada con todas las implicaciones que de ello se derivan.

tauradora, lo cierto es que se propugna una nueva justicia penal reparadora y no retributiva, como se produce en el sistema tradicional penal, que invita a la reflexión sobre sus beneficios y su utilidad.³⁴⁵

Por otra parte, aparecieron varios factores que fueron decisivos en la promoción de esta nueva visión del Derecho penal. Desde nuestro punto de vista, tal y como ya hemos adelantado, el más importante es el de conceder a la víctima una posición reforzada en el marco del proceso penal.³⁴⁶ Debemos tener en cuenta que tradicionalmente en el *Common Law* la víctima ha sido la gran olvidada.³⁴⁷ El conocido «Movimiento de las Víctimas»³⁴⁸ comienza a mediados de los años setenta en Estados Unidos.

Asimismo, otro factor determinante en este contexto fue la crisis del sistema tradicional de justicia, debido al aumento de las causas³⁴⁹ en los juzgados federales y la duración de los procesos,³⁵⁰ el gasto económico que suponía precisamente el sostenimiento del sistema judicial, así como el declive de la prisión en la década de los setenta al quedar constancia por lo tanto del fracaso de la política resocializadora y del hecho de que la entrada

Vid. GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., «La mediación: una visión desde el derecho comparado» en RÖSSNER, D., *La mediación penal*, Ed. Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1999, pp. 94 y ss.

345. TAMARIT SUMALLA, J. M.^a (coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2012.

346. Para un estudio completo sobre la víctima y su posición en el proceso penal, *vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, *passim*.

347. Sobre una crítica visión de algunos de los juicios más famosos del sistema norteamericano, *vid.* FLECTHER, G., *Las víctimas ante el jurado*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

348. En este sentido *vid.* «History of the Crime Victims Movement in the United States» donde se recogen los diferentes hitos históricos de este movimiento, <http://www.cdcr.ca.gov/victim_services/historical_landmarks.html>.

349. La eficacia de la mediación reduce la carga del sistema y promueve rapidez y eficacia de la tramitación de los casos. GOODIN, R. A., «La mediación: Panorama general de la solución alternativa de controversias», *Issues of Democracy*, diciembre 1999, disponible en <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/1299/ijds/goodin.htm>>.

350. REVILLA GONZÁLEZ, J. A., «La mediación penal», en SOLETO MUÑOZ, H. / OTERO PARGA, M. (coord.), *Mediación y solución de conflictos...*, cit., p. 301.

en el sistema penal produce un efecto estigmatizador en el delincuente.³⁵¹

En cuanto a los beneficios³⁵² que aporta la justicia restauradora, parte de la doctrina señala que para la víctima supone una oportunidad de obtener reparación, sentirse en un entorno seguro y terminar con el sufrimiento que le ha causado el delito, incluso en ocasiones llegando a perdonar al ofensor.³⁵³ Por lo que se refiere a los delincuentes, hay que indicar que les permite analizar las causas y efectos de su comportamiento y asumir la responsabilidad.

Por último, a la comunidad, que participa en este proceso restaurador, le sirve para poder comprender las causas del crimen y promover la reconciliación de la víctima y victimario, estudiando las posibilidades de prevenir futuros hechos delictivos.³⁵⁴

Pero no todo son ventajas, pues también existen detractores que advierten que la mediación en el caso de que se realice después de iniciado el proceso penal tendrá como consecuencia perturbar el desarrollo normal del mismo, ya que si supone una suspensión del proceso, dilata

351. CARRASCO ANDRINO, M. M., «La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)», *Jueces para la Democracia*, n.º 34, marzo 1999, p. 72.

352. *Vid.* sobre los beneficios en general, respecto a la víctima, ofensor y comunidad, *Benefits* <<http://www.vorp.com/articles/benefits.html>>.

353. Ahora bien, hay que matizar esta situación, pues tal y como apunta DALY, en determinados delitos es difícil creer que la víctima espere únicamente una «disculpa sincera» del delincuente, pues en muchos casos la víctima no se conforma con una simple disculpa. Puede ser que constituya un buen punto de partida, pero deberíamos tener en cuenta que no siempre será suficiente. En algunos casos de delitos violentos, las víctimas «tienen interés en obtener un castigo» y no simplemente una restitución o reparación porque el castigo «puede garantizarle a la víctima que ha tenido un reconocimiento público y apoyo». En este sentido *vid.* DALY, K., «The Limits of Restorative Justice», en SULLIVAN, D. / TIFFT, L., *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*, Ed. Routledge, Nueva York, 2006, pp. 134-147; CRETNEY, A. / DAVIS, G., *Punishing violence*, Ed. Routledge, Londres, 1995, p. 178; WORTHINGTON, E. V., «Is there a Place for Forgiveness in the Justice System?», *Fordham Urban Law Journal*, n.º 27, 2000, pp. 1721-1734.

354. Sobre los beneficios de la justicia restaurativa con mayor detalle, *vid.* DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia Restaurativa y mediación penal...», cit., pp. 39 y 41; SHARPE, S., *Restorative Justice: A Vision for Healing and Change*, Ed. Mediation and Restorative Justice Centre, Canadá, p. 37; REVILLA GONZÁLEZ, J. A., «La mediación penal...» cit., p. 304.

todavía aún más las actuaciones. En esta línea se refieren algunos autores igualmente al interés público en la persecución del delito, pues en este caso, se produce cierta cesión, constituyendo por lo tanto una privatización de la justicia,³⁵⁵ con los peligros que ello conlleva, siendo la principal crítica mostrar que estamos ante una justicia informal.³⁵⁶

III. MODELOS

Una vez señalados las ventajas e inconvenientes que puede conllevar el movimiento de la justicia restauradora, a continuación nos interesa señalar los diferentes modelos³⁵⁷ o figuras que tienen una mayor repercusión.³⁵⁸

a) Mediación penal víctima-victimario (*Victim/Offender Mediation-VOM*), que consiste en el encuentro de las partes ayudadas por un tercero mediador con el objetivo de llegar a un acuerdo reparador siendo este el modelo más extendido, particularmente en Europa.³⁵⁹ Esta

355. Este autor indica que en Estados Unidos la reforma más trascendente ha sido la introducción de la reparación como sanción penal punitiva autónoma. DEL RIO FERNÁNDEZ, L., «El reto de la mediación penal: El principio de oportunidad», *La Ley*, n.º 6520, 6 de julio de 2006.

356. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La mediación penal», *Diario La Ley*, n.º 6900, Sección Doctrina, 10 marzo 2008.

357. Advertimos que los tres sistemas clásicos de mediación que se han ido desarrollando son el Modelo de la Escuela Tradicional-lineal o de Harvard, el modelo Transformativo y el Modelo Circular Narrativo. En detalle *vid.* MUNNÉ CATARINA, F. / VIDAL TEIXIDÓ, A., *La mediación, Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, Ed. La ley, Madrid 2013, pp. 190-200.

358. Sobre los programas de justicia restaurativa más representativos *vid.* UNDOC, *Handbook on Restorative justice programmes*, Criminal Justice Handbook Series, Nueva York, 2006. <https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf>.

359. Sin embargo, debemos tener presente que la mediación penal no es propiamente una solución alternativa «al» proceso penal, como puede parecer, sino que más bien constituye una solución alternativa «dentro» del proceso penal. Todo ello sin olvidar que en algunos supuestos lo que se trata de evitar es justamente el proceso judicial, llevándose a cabo la mediación antes de que este se inicie, normalmente en la fase de investigación judicial.

mediación puede ser directa (*face to face*), o indirecta, también denominada *shuttle mediation*, que se produce cuando la misma se articula mediante un tercero transmisor de la información entre víctima y victimario, para evitar el encuentro directo entre ambos (se pretende evitar ese contacto directo), que podría a lo mejor considerarse indicado en supuestos de violencia de género donde existe una clara desigualdad de poder entre víctima y ofensor.

b) Conferencias de familia (*Family Conferences*),³⁶⁰ que incluyen a familiares o personas de apoyo de los infractores y de las víctimas, y en las que además tienden a participar policía o agentes de la libertad condicional o trabajadores sociales, cuya atención se centra primordialmente en que el menor se responsabilice por los daños producidos. En un sentido similar, debemos mencionar la aparición en Inglaterra de las *Restorative Conferences* basadas en el modelo «Wagga»³⁶¹ de origen australiano³⁶² que enfatiza la posibilidad de cambio de comportamiento por parte del menor agresor que pretende congrega o reunir a todos aquellos que se han visto afectados por un delito.

Las características principales de estos modelos son: a) el proceso se

360. Vid. por todos, UMBREIT, M. S., *Family Group Conferencing: Implications For Crime Victims*, Center for Restorative Justice & Peacemaking; Office for Victims of Crimes (OVC), University of Minnesota, St. Paul, Minnesota, 2000; UMBREIT, M. S. / COATES, R. B., *Multicultural Implications of Restorative Justice: Potential Pitfalls and Dangers*, Center for Restorative Justice & Peacemaking; Office for Victims of Crimes (OVC), School of Social Work, University of Minnesota, St. Paul, Minnesota 2000.

361. El modelo *Wagga Wagga* tiene su origen y fundamento en la teoría de John Braithwaite denominada *Reintegrative shaming experiments* (RISE), que sostiene la posibilidad de cambio de comportamiento por parte del menor agresor. Fue en Australia en 1989 donde se implantó por primera vez en el pueblo de Wagga Wagga en Nueva Gales del Sur, esta experiencia mediante una acción policial de prevención colectiva para jóvenes infractores, apoyándose en los principios de la justicia restaurativa desarrollada en Nueva Zelanda. Se puede obtener más información en el Instituto de Criminología australiano sobre los resultados obtenidos con esta metodología <http://www.aic.gov.au/criminal_justice_system/rjustice/rise.html>.

362. Sobre los programas de *Conferencing* que tienen aplicación en Australia puede consultarse DALY, K./HAYES, H., *Restorative Justice and Conferencing in Australia*, Australian Institute of Criminology, Trends & Issues in crime and criminal justice, febrero 2001, disponible en <<http://www.aic.gov.au/documents/5/3/D/%7B53D95879-0B21-40BC-B716-3DACF695FA3B%7Dt186.pdf>>.

centra en la familia e intenta evolucionar desde las percepciones negativas y desde una aproximación centrada en la culpabilización hacia un modelo basado en la fuerza; b) la valoración y el reparto se fundamenta en las prácticas e ideales culturales; c) se incentiva la participación de la familia y de la comunidad, y d) la comunidad se ve como una herramienta de apoyo a la familia.

Por lo atinente al proceso, la dinámica seguida es la siguiente: la conferencia comienza usualmente con la descripción del suceso por parte del ofensor, seguidamente cada uno de los participantes describe el impacto humano que su conducta ha tenido sobre la víctima y sobre aquellas personas cercanas a la víctima, como su familia y amigos; a continuación a la víctima se le da la posibilidad de expresar sus sentimientos y efectuar preguntas sobre el suceso en un ambiente de apoyo; tras la discusión se solicita a la víctima que identifique cuáles querría que fuesen los resultados del *conferencing*, facilitando la intervención de todos los participantes en el sentido de determinar cómo creen que debería producirse la reparación; como conclusión, los intervinientes adoptan un «acuerdo reparador», estableciendo cuáles son sus expectativas y obligaciones.

c) Círculos (*Circles*),³⁶³ sin olvidar los *Sentencing Circles*,³⁶⁴ y los *Peacemaking Circles*. Estos modelos además de tener en cuenta la participación de la víctima y el infractor están abiertos a cualquier persona representativa de la comunidad que tenga un interés en involucrarse en el asunto. Todos ellos³⁶⁵ se aplican como herramientas para la consecución de un fin último, la pacificación de la sociedad y la restaura-

363. Para más información *vid.* REXROAD, R., «Reshaping the Sentencing Circle: Striking A Balance Between Restoration of Harmony and Punishment of Offenders in Indigenous Domestic Violence Cases», *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, n.º 13, 2007, pp. 403-422; SAPIR, B., «Healing a Fractured Community: The Use of Community Sentencing Circles in Response to Hate Crimes», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, n.º 9, 2007, pp. 207-233.

364. Por un juez, si bien son posibles no solo a través de la participación y dirección judicial sino por cualquier persona de la Administración de Justicia, como pueden ser los fiscales, la policía o los abogados.

365. Sobre bibliografía de estos diferentes modelos en detalle, *vid.*: <http://www.cehd.umn.edu/ssw/rjp/Resources/Research_Annotated_Bibliography/AB_Title.asp>.

ción del daño causado a la víctima y la comunidad.³⁶⁶ Tienen una gran trascendencia Canadá y se introdujo con la finalidad de compartir el proceso judicial con la comunidad,³⁶⁷ de manera que es muy importante la participación de la comunidad para lograr acuerdos, y se han ido extendiendo ampliamente en numerosos países.³⁶⁸

d) *Restorative Cautioning*: Estas conferencias tienen lugar explícitamente en el entorno policial británico, y se basan en el modelo desarrollado por «The Thames Valley Police».³⁶⁹ Se trata de una caución que se impone como consecuencia de un delito con unas condiciones que el delincuente debe cumplir. Ha sido regulada y desarrollada por el art. 22 de la Ley de Justicia Criminal (*Criminal Justice Act*) que entró en vigor el 3 de julio de 2004. Los objetos de dicha caución son fundamentalmente facilitar la rehabilitación del delincuente así como asegurar la reparación del daño ocasionado con el delito.

IV. LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Teniendo en consideración la existencia de los diferentes modelos de justicia restaurativa, a continuación es ineludible establecer cuál ha sido el papel de la víctima en los procesos por violencia de género, fijándonos primero en lo que ha sucedido en el sistema del *common law* (especialmente en el derecho norteamericano) y así trasladarlo al ámbito español y determinar qué aproximación puede ser más adecuada con el fin de dotar a la víctima de la máxima protección.

Inicialmente en Estados Unidos se refleja la ausencia de reconocimiento de la violencia de género como un problema.³⁷⁰ No solo no cons-

366. VAN NESS, D.W./NOLAN, P., «Legislating for Restorative Justice», *Regent University Law Review*, vol. 10, 1998, p. 54.

367. *Vid.* PRANIS, K./STUART, B./WEDGE, M. *Peacemaking Circles, From Crime to Community*. St. Paul, MN, Living Justice Press, 2003.

368. Una iniciativa consolidada en Brasil puede verse en <<http://www.restorative-circles.org/home>>.

369. Esta experiencia, su metodología y resultados se puede encontrar en la siguiente página web <<http://www.thamesvalley.police.uk/home.htm>>.

370. CARAZO, A. T., «Aspectos Generales sobre el tratamiento jurídico y social de

tituía un delito ni tenía repercusiones civiles o penales para el autor, sino que se trataba de una práctica generalmente aceptada. Se evolucionó lenta y progresivamente hacia el establecimiento de límites en el castigo a la mujer. Con la incorporación de la mujer en el ámbito laboral y su adquisición de cierta independencia económica, es cuando se empieza a manifestar el reconocimiento de la violencia en el seno familiar como una cuestión de índole ya no estrictamente privada. Fue el estado de Alabama en 1871 el que marcó un cambio fundamental al convertirse en el primer estado de la Unión Americana en revocar el derecho del marido a castigar a su esposa con el caso *Fulgham vs State*³⁷¹ (46 Ala. 143).

Ya adentrados en el siglo XX, es en la década de los años setenta cuando la sociedad presta mayor atención a la violencia intrafamiliar y lo que históricamente era un asunto privado pasa a convertirse en un problema que es objeto de intervención por parte del Estado, cobrando especial relevancia entre otros el colectivo de las mujeres feministas.³⁷² Este movimiento desempeñó un papel esencial en el sistema penal ante el maltrato a las mujeres, y las reformas más significativas se desarrollaron en la década de los ochenta a nivel estatal con el objetivo prioritario de dotar a las víctimas de la máxima protección. Las más importantes se refieren a la adopción de políticas policiales de «arresto obligatorio» (*mandatory arrest*) y de prosecución obligatoria (*no drop policies*); a la formación de unidades de violencia de género en las fiscalías; programas de tratamiento de rehabilitación para maltratadores y creación de órganos especializados. Asimismo en 1994 se aprobó la

la víctima de violencia doméstica inmigrante en los Estados Unidos», *EGUZKILORE*, 21 (2007), p. 236.

371. En esta decisión se afirmaba que «ningún hombre tiene derecho a golpear a su esposa, ya que golpear con una vara, empujar, escupir y patear a su cónyuge no está reconocido en la ley, pues la esposa tiene derecho a la misma protección como ciudadana con derechos civiles y políticos en igualdad con su cónyuge». CARAZO, A. T., «Aspectos Generales sobre el tratamiento...», cit., p. 236. Supreme Court of Alabama. *Fulgham v. The State*. June Term, 1871 (46 Ala. 143), en <<http://faculty.law.miami.edu/zfenton/documents/Fulghamv.State.pdf>>.

372. Así VILLACAMPA ESTIARTE explica detalladamente la influencia que el feminismo cultural, liberal y radical tuvo en los casos de violencia doméstica, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal*, n.º 30, julio 2012, pp. 180-182.

*Violence Against Women Act*³⁷³ (VAWA), que supuso la consolidación y reconocimiento público de esta lacra social. En 2013 hay que indicar la promulgación de la *Violence Against Women Reauthorization Act*³⁷⁴ que viene a suponer una adaptación a las necesidades específicas de las víctimas de violencia de género.

Es interesante mencionar un proyecto desarrollado en Minneapolis entre 1981-1982 que tenía como finalidad averiguar cuál sería la política más efectiva para evitar y prevenir el maltrato contra la mujer. Se trató de una experiencia en la que participaron 314 casos y la policía en estos casos podía adoptar diferentes posturas: la advertencia, separación y orden para que el agresor salga del domicilio por un periodo de ocho horas o, como última posibilidad, la detención. Los resultados obtenidos en este experimento después de seis meses indicaron que solo un 10 % de los infractores que habían sido detenidos, frente al 19 % de los advertidos y 24 % de los separados, reincidieron en la conducta violenta.³⁷⁵

En cualquier caso, en el ámbito norteamericano, no se realiza una distinción entre violencia de género y violencia doméstica³⁷⁶ tal y como sucede en otros ordenamientos jurídicos y esto implica que la noción de violencia doméstica se vaya perfilando constantemente tal y como queda reflejado en la sentencia *United States v. Castleman*, 572 U. S. (2014)³⁷⁷ que amplía la definición de violencia doméstica para incluir

373. Modificada en diversas ocasiones. Sobre las reformas de la *Violence Against Women Act*, puede consultarse <<http://www.nowldef.org/history-vawa>>.

374. Disponible en <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-113s47enr/pdf/BILLS-113s47enr.pdf>>.

375. Para mayor detalle sobre este estudio *vid.* SHERMAN, *Policing domestic violence, Experiments and Dilemmas*, Ed. The Free Press, Nueva York 1992; SHERMAN, «Domestic violence and restorative justice: answering key questions», *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 8, 2000-2001 cit. por VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia Restaurativa...», *op. cit.*, p. 183.

376. Sobre la repercusión de esta diferenciación así como las teorías explicativas de la permanencia de la mujer en las relaciones violentas, *vid.* ALONSO SALGADO, C/ TORRADO TARRIO, C., «Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?», en CASTILLEJO MANZANARES, R./CATALINA BENAVENTE, M.^a A., *Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 569-577.

377. <http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-1371_6b35.pdf>.

agresiones que no impliquen el uso de fuerza física. El Tribunal Supremo entendió que la ley prohíbe poseer armas a ciudadanos con antecedentes de este tipo de delitos.³⁷⁸

En España, algo hemos avanzado, si tenemos en cuenta que hasta 1978 se consideraba que cometía delito de adulterio la mujer que yacía con varón que no fuera su marido³⁷⁹ o que hasta 1980 la mujer casada no disponía libremente de su patrimonio. El punto de inflexión definitivo se produce debido a un acontecimiento mediático con el fallecimiento en 1997 de Ana Orantes (matada por su marido quien le prendió fuego por denunciar los 40 años de malos tratos y que narró su caso en el programa de Canal Sur *De tarde en tarde*).³⁸⁰ La reacción no se hizo esperar y las asociaciones feministas y los medios de comunicación propiciaron mediante su presión que los partidos políticos terminasen por situar el tema en su agenda hasta la aprobación en 2004 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Tras una década de aplicación de la LO 1/ 2004, los problemas que aparecen en la práctica forense están claramente identificados.³⁸¹ Es preciso realizar una advertencia previa, ya que como indica Martínez García «en este tipo de delitos existe un elemento diferenciador que no concurre en ningún otro tipo penal, a saber, la relación de afectividad».³⁸² Esta peculiaridad repercute considerablemente en el tratamien-

378. PEREDA, C. F., «El Tribunal Supremo de EE. UU. amplía la definición de violencia doméstica», *El País*, 27 de marzo de 2014.

379. Art. 449, Código Penal de 1944: «El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometén adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio».

380. *El Mundo*, Terrorismo doméstico. Reportaje disponible en <<http://www.el-mundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malostratos/alerta.html>>.

381. Así se pone de manifiesto en la *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género* (2013), 11 de julio de 2013. <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-frente-a-la-violencia-de-genero-2013->>>.

382. La autora advierte que salvo la violencia doméstica, el resto de tipología delictiva no contiene este elemento de «afectividad» que distorsiona lo que se entiende por relación entre víctima y victimario y que les mantiene en roles que perpetúan la

to jurídico de este tipo de delitos y genera abundantes dificultades que ponen de manifiesto los distintos operadores jurídicos especializados en esta materia.

Por un lado, la doble condición de víctima y testigo, ha generado numerosos problemas procesales en la práctica cotidiana de nuestros juzgados.³⁸³ En este sentido, como revela un Informe del Observatorio contra la Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial,³⁸⁴ publicado el 3 de diciembre de 2014, en la mayoría de los casos analizados, la víctima se acogió a su derecho a no declarar contra el agresor, previsto en el art. 416 de la LECRIM. Se recuerda que la declaración de la víctima adquiere especial relevancia dado que este tipo de delitos se cometen habitualmente en la intimidad del domicilio y como propuesta se sugiere que esta sea grabada durante la fase de investigación —con intervención de expertos y presencia de todas las partes— y que pueda utilizarse para evitar una nueva declaración en el acto del juicio oral.

Ante las vicisitudes a las que se enfrentan los profesionales especializados en esta materia, respecto a la situación cotidiana de que la víctima decida acogerse a la dispensa que acabamos de mencionar, el Tribunal Supremo ha decidido poner fin a la polémica interpretativa en el Acuerdo no jurisdiccional de 24 de abril de 2013 que establece lo siguiente:

«La exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1

violencia, MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado», *Revista de Derecho penal*, 2011, n.º 33, p. 12.

383. Hay que tener en cuenta la dispensa para no denunciar (arts. 259 y 261.2 LECRIM) y la dispensa para no declarar en juicio (arts. 410 y 416 LECRIM).

384. El informe ha sido elaborado a partir de los datos de que dispone el propio órgano de gobierno de los jueces y de los aportados por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. La cifra de catorce muertes con procedimientos judiciales previos hasta el pasado 13 de noviembre, fecha de cierre del informe, supera ya el número total de casos en estas mismas circunstancias que se dieron en 2013, año en el que once mujeres que habían presentado denuncia murieron a manos de su pareja o expareja. Las conclusiones del informe y las medidas que se proponen se pueden consultar en <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Observatorio-propone-13-medidas-para-mejorar-la-proteccion-de-las-victimas-de-violencia-de-genero>>.

LECRIM, alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso».

Se observa que esa relación de afectividad, aludida *supra*, tiene una influencia decisiva en el proceso penal. De ahí que se pretendan buscar alternativas a las actualmente previstas en nuestro ordenamiento jurídico con el objeto de dotar a las víctimas de un mejor estatus.

Por otro lado, el incumplimiento de medidas cautelares o de penas consistentes en la prohibición de acudir a determinados lugares o prohibición de aproximarse a la víctima, en ocasiones con la aquiescencia de la propia víctima, está dando lugar a problemas prácticos que podrían evitarse, en el caso de escuchar a la afectada. Tal y como señala Guardiola Lago, se debería modular la obligatoriedad de acordar la pena de prohibición de aproximarse a la víctima del art. 57.2 CP y la imposición de medidas de alejamiento o de no comunicación con la víctima en los casos de suspensión y sustitución de la pena, debe ser valorada por el juzgador atendiendo a cada caso concreto. Así mismo subraya la autora que debería dotarse de una mayor posibilidad de participación de la víctima en la adopción de esta clase de medidas.³⁸⁵

Estos dos ejemplos del día a día ponen de manifiesto la realidad y complejidad de los casos de violencia de género ante la justicia.³⁸⁶ De ahí que, dado que existen estudios empíricos y experiencias en el Derecho comparado que han introducido mecanismos restaurativos en este tipo de conflictos y que además, han resultado positivos, entendamos, que no se deba descartar a priori siempre y en todo caso la posibili-

385. GUARDIOLA, «La víctima de violencia de género en el Sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho penal*, 12 (2009), p. 35.

386. Al firmar un documento de reconocimiento del mal causado y de su compromiso de resarcimiento, situando a la víctima en mejor situación que la produce por ejemplo la posterior negativa a colaborar con la acción de la justicia, acogiéndose a la dispensa para no declarar u optando por no denunciar el hecho, RODRÍGUEZ LAÍN, J. L., «Mediación penal y violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 7557, 28 de enero 2011, p. 5.

dad de mediación en este ámbito. Efectivamente, lo que se pretende es identificar qué supuestos y condiciones deben existir para que pudiera acudir a la mediación y de ese modo garantizar que la víctima no sufra una victimización secundaria. Se trata como señala Vilaplana en una «apuesta por el diálogo».³⁸⁷

V. APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Como punto de partida debemos advertir que en el ordenamiento jurídico español, desde el punto de vista legislativo, está prevista la mediación penal únicamente en el ámbito de menores, tal y como está previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores³⁸⁸ en diferentes preceptos,³⁸⁹ de modo que en este ámbito ya se trata de una experiencia más consolidada.³⁹⁰

En cuanto a la mediación penal en adultos,³⁹¹ si bien hemos indicado

387. VILAPLANA RUIZ, J., «Mediación y violencia de género», *Diario La Ley*, 25 de junio 2014, p. 10.

388. BOE n.º 11, de 13 de enero de 2000.

389. *Vid.* art. 19, que establece el sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o reparación entre el menor y la víctima; art. 27, concede la posibilidad al equipo técnico mediante informe de proponer una actividad reparadora o de conciliación con la víctima; art. 51, establece la posibilidad de sustitución de las medidas siempre que se produzca la conciliación del menor con la víctima.

390. Asimismo se puede consultar el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE n.º 209, 30 de agosto 2004). Son interesantes las siguientes disposiciones: art. 4, en cuanto a la actuación del equipo técnico incluye la mediación entre el menor y la víctima o perjudicado; art. 5 regula el modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales; art. 15 determina la revisión de la medida por conciliación.

391. En la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, sí que se establece la mediación penal (arts. 143-146) y define la mediación penal como «procedimiento de solución del conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente asumido por ambos en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo.» Sin embargo, el Anteproyecto de Ley Orgánica

supra, la tendencia inexorable de potenciarla al máximo, lo cierto es que todavía no disponemos de una ley³⁹² que regule todos los aspectos en esta materia.³⁹³ A pesar de las reticencias del legislador de no aceptar en los casos de violencia de género la mediación, y teniendo en cuenta que en este sentido se encuentra considerablemente limitado, existen distintas iniciativas que han bordeado esos límites legales, entendiendo que la Ley Integral no prohíbe la mediación en los casos después de la fase de instrucción al referirse la misma al ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Por consiguiente, se centra únicamente a la instrucción de determinados delitos y al conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal. Esta aproximación justificaría que el instituto de la conformidad se utilice con frecuencia en la violencia de género.³⁹⁴

Partiendo de estas premisas sí que queremos abordar la cuestión clave en cuanto al ámbito de aplicación objetivo de la mediación. ¿Es posible por tanto, la mediación penal para todos los delitos?³⁹⁵ Debido a

de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, de 5 enero de 2014, no prevé ningún precepto destinado a esta institución. Ambos textos se pueden consultar en <<http://www.mjusticia.gob.es/>>.

392. Aunque hay que reconocer que el Código Penal vigente establece en distintos preceptos, normas que tienen cierto componente de índole restaurativo. Así *vid.* art. 21.5 establece como circunstancia atenuante el haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral; art. 66, prevé la sustitución de las penas haciendo especial mención a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado; art. 91.2, que establece un adelantamiento de la concesión de libertad condicional por un máximo de 90 días por año transcurrido, por la participación en programas de reparación del daño.

393. Esto no ha impedido sin embargo que se realicen experiencias muy interesantes de mediación con adultos. Especialmente significativa fue el denominado *proyecto Nanclares*, encuentros restaurativos en la fase penitenciaria con presos de ETA. *Vid.* PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Ed. Salterrae, 2.^a ed., 2013.

394. En este sentido GUARDIOLA, «La víctima de violencia de género...», cit., p. 32.

395. Se sugieren una multitud de conductas tipificadas como delitos, especialmente en los que se hace referencia expresa al perdón del ofendido. A título de ejemplo se mencionan como delitos GÓMEZ BERMÚDEZ, M./COCO GUTIÉRREZ, S., «Justi-

las características³⁹⁶ propias de la mediación nos parece que no tendría sentido fijar inicialmente una exclusión de determinadas infracciones penales,³⁹⁷ y de hecho así se plantea por ejemplo en Estados Unidos donde no existe expresamente ninguna limitación.³⁹⁸

La doctrina entiende que la mediación no resulta adecuada para tratar conflictos en los que existe un fuerte desequilibrio de fuerzas, ya sea emocional, económico o social, entre las partes.³⁹⁹ Así pues, se cuestiona⁴⁰⁰ su aplicación para delitos violentos como los de maltrato habitual

cia restaurativa: Mediación en el ámbito penal», *Revista de Mediación*. Año 6, n.º 11, 1.º semestre 2012, p. 15.

396. Como características esenciales de la mediación pueden indicarse las siguientes: 1) Voluntariedad; 2) Confidencialidad de las discusiones y privilegio del mediador de no divulgar información; 3) Imparcialidad del mediador. BARONA VILAR, S., «Mediación penal como pieza del sistema de tutela penal en el siglo XXI. Un paso más hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Revista de Derecho penal*, n.º 26, 2009, pp. 43-44; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 53.

397. Piénsese, por ejemplo, que aun tratándose de crímenes internacionales, existen ejemplos prácticos en el ámbito supranacional en los que se demuestra que, a pesar de la gravedad de los delitos, es posible la mediación. Sobre este tema *vid.* HAYNER, P., *Negotiating justice: Guidance for mediators*, February 2009, Report, International Center for Transnational Justice, Ginebra 2009; WILL, M., A., «Balancing Act: The Introduction of Restorative Justice in the International Criminal Court's Case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo», *Journal of Transnational Law & Policy*, n.º 17, 2007, pp. 85-120; TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «Comisiones de la verdad y justicia penal en contextos de transición», *InDret*, enero 2010; JOHNSTONE, G., *Restorative Justice, Ideas, Values, Debates*, 2.^a ed., Routledge, Londres, 2011, pp. 150-151.

398. Encontramos incluso, ejemplos de mediación penal para los denominados «delitos de cuello blanco». En detalle GABBAY, Z. D., «Exploring the Limits of the Restorative Justice Paradigm: Restorative Justice and White-Collar Crime», *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, n.º 8, 2007, p. 422; por otro lado, en los delitos contra la seguridad del tráfico, a la vista de que el sistema de justicia tradicional no satisface a las personas implicadas, también existe un gran interés en la utilización de la mediación como alternativa, *vid.* BOHLAND, C., «Restorative Justice, A New Approach to Battling Driving Under the Influence of Alcohol», April 29, 2008. Disponible en: <<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/bohland-charlyn>>.

399. GUILL, T. U., «A framework for understanding and using ADR», *Tulane Law Review*, vol. 71, 1997, p. 1333.

400. KRIEGER, S., «The Dangers of Mediation in Domestic Violence Cases», *Cardozo Womens Law Journal*, vol. 8, 2002, pp. 235-236.

al cónyuge o a los hijos.⁴⁰¹ En Estados Unidos, se enfatiza la necesidad de estudiar las circunstancias de cada caso en concreto, sin descartar *a priori* la posible mediación, pero teniendo en cuenta que no todos los casos de violencia de género pueden ser objeto de mediación.⁴⁰²

Existen cuatro requisitos⁴⁰³ que serían exigibles para que la mediación penal fuera posible en ciertos casos de violencia de género. En primer lugar, la relación personal de las partes debe ser factible, es decir, que debido a las circunstancias se pueda llegar a mejorar la relación que les une. En segundo lugar, el agresor debe responsabilizarse de sus actos. En tercer lugar, deben acudir voluntariamente con el compromiso de querer construir una relación futura pacífica y, por último, pero no por ello menos importante, se exige una especial preparación de los mediadores debido a las características propias de este tipo de delitos⁴⁰⁴ y con el objetivo de proteger al máximo a la víctima, se propone que

401. FISCHER, K. / VIDMAR, N. / ELLIS, R., «The culture of battering and the role of mediation in domestic violence cases», *Southern Methodist University Law Review*, vol. 46, 1993, p. 2117.

402. Es cierto que no siempre es posible en estos casos acudir a la mediación penal, no obstante, existen estudios en Nueva Zelanda que aportan interesantes resultados, como que en un estudio con 29 participantes, el 79 % consideró que la utilización de la justicia restaurativa incrementaría el número de denuncias, y ningún participante descartó totalmente la posibilidad de acudir a la mediación penal. Para más información *vid.* HAYDEN, A. / WORMER, K., «Restorative Justice and Gendered Violence», en WORMER, K. S. / WALKER, L. (eds.), *Restorative Justice Today, Practical Applications*, SAGE, Los Angeles, 2013, p. 128.

403. Como requisitos previos para poder abordar esta posibilidad hay que señalar los siguientes:» 1.- La mujer (víctima) debe prestar su consentimiento expreso y puede abandonar el proceso en cualquier momento; 2.- Si suceden nuevos comportamientos violentos, estos deben ser comunicados tan pronto como ocurran; 3.- El maltratador debe asumir su responsabilidad por los actos violentos; 4.- La mediación solo puede concluir de forma exitosa si la mujer declara que sus preguntas y reclamaciones han sido satisfechas y acepta el resultado Si el mediador sigue convencido de que el maltratador continuará con su actitud, deberá informar a las partes de que este temor será comunicado a la Fiscalía». Así lo pone de manifiesto DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...», *Diario La Ley*, 23 septiembre 2011, p. 11.

404. GITTLEMAN, A., «Drawing the Line, When to Apply Restorative Justice to Cases of Violence against Women», *2008 Law Student Writing Competition*, New York University School of Law, p. 15.

estas acudan siempre a la mediación con un abogado.⁴⁰⁵

Seguramente, el hecho de que los mecanismos de justicia restaurativa se aplicaran originariamente a supuestos de delincuencia juvenil haya contribuido a plantear este interrogante. Ahora bien, desde sus orígenes hasta la actualidad es cierto que se ha ido ampliando el abanico de posibilidades y se puede afirmar que los análisis existentes demuestran que es precisamente en delitos violentos donde más éxito o mejores resultados aparecen. Dos son los aspectos en concreto más significativos: Por un lado, en relación con el grado de satisfacción de las víctimas y, por otro, respecto a la disminución de las tasas de reincidencia.

Ante este panorama hay que señalar que existen posturas diametralmente opuestas en cuanto a la permisividad o no⁴⁰⁶ de la mediación penal en los delitos de violencia de género.⁴⁰⁷

En cuanto al principal argumento en contra de su aceptación se basa en la incompatibilidad entre los fundamentos de la justicia restaurativa y la violencia de género. Sobre todo el dilema se encuentra en el principio de igualdad de las partes. El agresor ejerce poder y control sobre su víctima, de manera que es imposible, se argumenta, la práctica de la justicia restaurativa porque no existe una igualdad entre las partes. Esto es evidente cuando sucede en casos de violencia de larga evolución, donde el abusador ha establecido una dinámica mediante la cual subyuga a la víctima. No obstante, no podemos encasillar a todas las víctimas dentro del mismo grupo, es decir, existe una notable diferencia entre una bofetada o zarandeo físico y una situación de maltrato habitual.⁴⁰⁸ De ahí que sea aconsejable analizar el grado de violencia que se ha producido

405. BURKEMPER, B./BALSAM, N., «Examining the Use of Restorative Justice Practices in Domestic Violence Cases», *Saint Louis University Public Law Review*, n.º 27, 2007, p. 128.

406. *Vid.* en detalle sobre los argumentos contra el empleo de la justicia restaurativa en casos de violencia doméstica, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia Restaurativa...», cit. pp. 187-191.

407. No es fácil determinar las condiciones idóneas para derivar a la mediación los casos de violencia de género. Así lo pone de manifiesto, HUDSON, B., «Restorative Justice and Gendered Violence, Diversion or Effective Justice?», *British Journal of Criminology* (2002) 42, pp. 616-634.

408. Así lo entiende MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Mediación penal...», cit. p. 12.

así como las características del caso concreto.

La cuestión de la voluntariedad es otro de los aspectos más controvertidos, ya que la gran dificultad estriba en cómo garantizar que efectivamente la víctima acuda de forma voluntaria a la mediación. Obviamente en los casos de abuso, donde pudiera existir coacción, y el miedo les obligase a aceptar o ceder ante acuerdos aunque no les sean favorables, no sería apropiado. En todo caso, ha de garantizarse la libertad de decisión de la mujer tanto en el acceso al proceso como en el mantenimiento del mismo.⁴⁰⁹

Otra crítica está relacionada con considerar que en estos casos estaríamos ante una «justicia blanda» donde el maltratador puede utilizar las herramientas de la disculpa y el arrepentimiento con fines perniciosos.

Igualmente se pone de manifiesto la trascendental relevancia del contexto cultural en el que puedan llevarse a cabo estas prácticas, ya que en algunas comunidades se observa una actitud permisiva o tolerante con este tipo de violencia.

No podemos concluir, sin realizar una mención especial a cierto sector del feminismo que afirma que la implementación de prácticas de justicia restaurativa hace que se pierda el simbolismo que se había conseguido alcanzar con la aplicación de la justicia tradicional a los supuestos de violencia de género. Representaría un retroceso, contribuyendo nuevamente a trivializar las manifestaciones de este tipo de violencia.

Otro sector doctrinal entiende sin embargo que la mediación aplicada a supuestos de violencia de género tiene también aspectos positivos que inciden particularmente en beneficios para la víctima y prevención en la reincidencia del ofensor.

En relación a los beneficios que puede aportar a la víctima, hay que señalar que la posibilidad de que exista un diálogo en el que participen la víctima y el ofensor, y en ocasiones incluso familiares y miembros

409. CASTILLEJO MANZANARES, R. / TORRADO TARRIO, C. / ALONSO SALGADO, C., «Mediación en violencia de género», *Revista de Mediación*, año 4, n.º 7, mayo 2011, p. 42.

de la comunidad, repercute positivamente en su persona a nivel espiritual. Ese sentimiento de «sentirse escuchada», a menudo no se percibe en el sistema de justicia tradicional, donde a veces puede implicar una doble victimización. Además la víctima desempeña un papel protagonista, donde lo que se persigue es su recuperación y reparación.

Se incide especialmente en el efecto positivo que tendría en aquellos casos en los que las víctimas no persiguen acusación formal del ofensor. Quizá sería oportuno como alternativa, lograr un «acuerdo reparador» en el que el ofensor, se comprometiese por ejemplo a participar en un programa específico de rehabilitación para el maltratador.

Finalmente, la afirmación de que con la justicia restaurativa se reduce la reincidencia está respaldada por numerosos estudios, que si bien, no son específicamente de violencia contra la mujer, sí que pueden aportar una visión de lo que podría ser beneficioso en estos casos. Así, a título de ejemplo, merece la pena destacar los programas más significativos que han tenido lugar en el ámbito británico:

El denominado proyecto *Connect* se fundó entre los años 2001 y 2003 y se realizó junto con NACRO (*National Association for the Care and Resettlement of Offenders*)⁴¹⁰ y *The National probation service* de Londres. En este programa se ofrecen diferentes modalidades de justicia restaurativa, así como diferentes clases de mediación (directa, indirecta y *conferencing*) en gran número de delitos.

Por otra parte, el *Justice Research Consortium* (JRC) se ofreció en tres zonas separadas de Londres, Northumbria y Thames Valley. La nota distintiva de este programa en especial es que se adoptó con una metodología experimental denominada RISE (*Re-Integrative Shame Experiment*), ya apuntada anteriormente.

Por último, *Remedi*⁴¹¹ que se creó en Sheffield, durante los años 2001 y finales de marzo de 2003. Al estar financiado por el Ministerio de Interior implica la posibilidad de poder ofertar un gran número de servicios de mediación tanto directa como indirecta en South Yorkshire. Está destinado tanto para mediación en menores

410. <<https://www.nacro.org.uk/>>

411. <<http://www.remediuk.org/>>

como en adultos.

En concreto, estos programas llegan a la conclusión de que el paso por programas de justicia restaurativa reduce sustancialmente el número de condenas en el período posterior de seguimiento (2 años), en relación con quienes integraban el grupo de control.

Teniendo en consideración estos resultados y trasladándose estas experiencias al ámbito que nos ocupa, hay que señalar la existencia de una serie de factores que son esenciales para que pudiera funcionar bien la mediación penal en este entorno.

El derecho a la información con el objeto de no generar falsas expectativas, debe ser una garantía primordial. La víctima debe conocer todos los aspectos que implica esta alternativa y solo en el caso de que esté convencida y acuda voluntariamente es aconsejable esta opción.

En definitiva la justicia restaurativa no es la respuesta a todos los problemas, pero sí que puede ser útil en determinados casos⁴¹² y para eso es indispensable dotar a los servicios de mediación con profesionales con formación específica en esta materia.

VI. EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO

Proporcionar un estudio completo de todas las experiencias de derecho comparado excede los límites de este estudio, de ahí que nos limitemos a dar a conocer los resultados obtenidos en algunos supuestos paradigmáticos de empleo de programas de justicia restaurativa en violencia de género. Una exposición completa resultaría inabarcable, de ahí se haya optado por seleccionar los más significativos bien por su tradición, calidad, o por representar algún aspecto novedoso que merez-

412. En Estados Unidos, por ejemplo, se detecta que numerosas víctimas de violencia de género no tienen confianza en el sistema de justicia tradicional. En este sentido MAY, G. L./RUDDLELL, R., *Making Sense of Criminal Justice, Policies and Practices*, 2ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2015, p. 170; PTACEK, J., *Restorative Justice and Violence Against Women*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 11.

ca la pena analizar.⁴¹³

1. Victim-Offender-Mediation (VOM)

a) Austria

El modelo de mediación víctima ofensor ha sido el instrumento de justicia restaurativa más extendido en el entorno europeo. Uno de los programas pioneros en este país relacionado con la violencia de género se llevó a cabo por Christa Pelikan.⁴¹⁴ El período de análisis comprende los años 1990-1999 y esta autora monitorizó casos de mediación realizados por la Oficina de compensación extrajudicial. Se tuvieron en cuenta más de treinta sesiones en procesos de mediación y su análisis se centra en el grado de satisfacción de las partes involucradas. La Fiscalía tiene la iniciativa en la derivación de los casos a mediación.

En cuanto a los resultados, la autora llega a la conclusión de que no se ha demostrado que existan criterios que permitan indicar en qué casos es conveniente derivarlos a mediación y en qué casos no. Ahora bien, destaca cómo la mediación ha demostrado ser eficaz y útil en más casos de violencia de género de los que en principio se hubiera podido prever.

La autora, después de estudiar los casos exhaustivamente, concluye que existen tres tipos de relaciones y situaciones violentas que pueden tener diferente incidencia en la mediación. Así clasifica tres supuestos: *a)* mutua violencia; *b)* incidente aislado de violencia motivado por situación de estrés, y *c)* dominación del hombre sobre la mujer mediante fuerza física.

413. Es especialmente interesante la selección de programas de justicia restaurativa aplicados a la violencia de género, efectuada por VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia Restaurativa...», cit. pp. 195-202.

414. PELIKAN, C., «Victim-Offender-Mediation in Domestic Violence cases—A Comparison of the Effects of Criminal Law Intervention: the Penal Process and Mediation. Doing Qualitative Research», *FQS, Forum: Qualitative Social Research*, vol. 3, n.º 1, art. 16, 2002, disponible en <<http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/880/1918>>.

A pesar de la inadecuación de acudir a la mediación en este tercer grupo, llama la atención como, entre los resultados de la investigación, consta cómo la mediación se ha mostrado útil para detener los episodios incluso en casos de maltrato habitual.

b) Grecia

En Grecia se contempla la posibilidad de acudir a la mediación de conformidad con la *Law 3500/2006 on the «Confrontation of Intra-Family Violence»*, únicamente en delitos menores antes o después de la acusación siempre que se cumplan tres requisitos: 1) compromiso del ofensor a renunciar a la violencia; 2) participación en programas de rehabilitación para maltratadores, y 3) reparación del daño ocasionado, cuando sea posible.⁴¹⁵

La Fiscalía tiene la iniciativa para derivar los casos hacia la mediación. El número de casos que abarca el estudio se limita a tres supuestos, durante un periodo de tres años (2006-2009). El criterio de selección fue la gravedad del delito. Como dato significativo hay que indicar que de las 800 causas de violencia de género de 2009, únicamente 20 se derivaron a mediación.

Las conclusiones de este estudio revelan la importancia de la voluntariedad de las partes involucradas, el compromiso de querer cambiar y sobre todo, se enfatiza la necesaria preparación del caso en manos de *senior restorative practitioners* para que sean conscientes de los numerosos problemas de las víctimas vulnerables y que sean capaces de afrontar y guiar en supuestos específicos de desequilibrios de poder. Igualmente se advierte que no es un mecanismo apto para todos los casos, ya que el objetivo es reducir el daño, no reactivarlo. Se trata de un procedimiento flexible que suele comenzar con la disculpa del ofensor, después la intervención de la víctima, y por último, la finalidad perseguida es intentar llegar a un acuerdo de reparación.

415. GAVRIELIDES, T. / ARTINOPOULOU, V., «Restorative Justice and Violence Against Women: Comparing Greece and The United Kingdom», *Asian Criminology*, vol. 8, marzo 2013, pp. 25-40.

2. Circles

a) Nogales (Arizona)

Los denominados *Círculos de Paz*⁴¹⁶ fueron uno de los primeros programas de justicia restaurativa aplicados a supuestos de violencia de género en casos directamente derivados por los tribunales. El programa consiste de 26-52 semanas de conferencias denominadas *Círculos*, donde participa la pareja junto con la familia (incluyendo a las víctimas, si deciden participar) también un profesional y un voluntario comunitario con el fin de orientar el diálogo, y la meta encaminada es lograr el cambio. Durante las semanas de tratamiento, se designa a una persona cercana a la familia para que realice un seguimiento.⁴¹⁷

La duración del programa oscila entre 26-52 semanas con la familia, personas de apoyo, miembros de la comunidad y facilitadores entrenados. El proceso del *Círculo* establece un lugar seguro y libre de jerarquía, en el cual todos los presentes tienen la oportunidad de hablar sin interrupciones. Se utiliza una pieza para hablar (un objeto con significado especial o simbólico) para regular la comunicación. Los participantes en el *Círculo* pactan un «acuerdo social», comprometiéndose a terminar la violencia y crear metas para el futuro. Los participantes del *Círculo* aprenden el proceso del cambio en sus vidas a través de lo que denomina proceso de transición examinando respuestas internas a los cambios en situaciones externas. Los miembros de la comunidad y las personas de apoyo participan en *Círculo* cada semana, ayudando a

416. Toda la información sobre este tipo de iniciativa se puede encontrar en <<http://www.circlesofpeace.us/>>.

417. La experiencia en Estados Unidos demuestra que una de las piezas clave en la lucha contra la violencia de género es precisamente abordar la raíz del problema, de manera que invertir en este tipo de programas es muy beneficioso. LEWIS, R., «Making Justice Work, Effective Legal Interventions for Domestic Violence», *British Journal of Criminology* (2004) 44, pp. 206-207.

la familia en el camino hacia el cambio.

No existen datos en cuanto al tipo de satisfacción de los implicados, ni de la reducción en términos de reincidencia, aunque las fundadoras resaltan que tienen un alto contenido positivo.

3. Family Group Conferencing

a) Nueva Zelanda

Nueva Zelanda ha mantenido un sistema de justicia restaurativa que ha tratado casos de violencia de género durante aproximadamente 20 años, motivo por el que tradicionalmente se considera pionera en la aplicación de experiencias de *conferencing*.⁴¹⁸

La evolución del empleo de este tipo de técnicas ha ido desde conferencias organizadas para resolver casos de niños que han sido objeto de abusos al empleo de este tipo de metodología en supuestos de violencia de género.

Las experiencias que se han visto sujetas a diversas evaluaciones han arrojado resultados esencialmente positivos aunque también se reconozca que existen riesgos asociados a estas prácticas.

La implicación de la familia en la resolución del conflicto aporta numerosas beneficios: Inicialmente aseguran que el proceso sea comprensible; dan a los intervinientes la oportunidad de oír, aprender y entender; confieren a la víctima la oportunidad de hablar y ser oída; posibilitan la reparación; desincentivan el empleo de la mentira o evasión; mantienen la privacidad familiar y, por último garantizan la efectividad al ser la familia, que conoce sus miembros, la que diseña planes que pueden funcionar.

b) DOVE

418. JÍLICH, S., «Restorative Justice and Gendered Violence in New Zealand: A Glimmer of Hope», en PTACEK, J., *Restorative Justice and Violence Against Women*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 239-254.

En este programa ha estado previsto desde 2001-2008 e indica que se producen 25 remisiones anuales.⁴¹⁹ El *Daybreak FCG Dove Project* tuvo su origen en Hampshire en 1998. Este tipo de conferencias familiares se estructuran en tres diferentes etapas.

En la primera fase, presidida por el coordinador, se da la bienvenida a todos, y se le pide a las personas profesionales que aporten toda la información pertinente. La familia puede hacer preguntas y discutir la situación con ellos.

A continuación, la familia permanece un tiempo meditando el plan de ayuda adecuado para la situación concreta.

Finalmente, todos los participantes se vuelven a reunir para acordar el plan y formalizar el compromiso. La mayoría de los planes son acordados por todos en esta etapa. La familia organiza una cita para reunirse de nuevo y evaluar el cumplimiento del plan y adoptar cualquier cambio que pueda ser necesario.

Estas conferencias se producen siempre en un lugar neutral, donde la familia decida y se sienta más cómoda.

c) Duluth Domestic Abuse Intervention Project (DAIP)

Se trata de un modelo fundamentado sobre la base de la respuesta comunitaria coordinada que persigue incidir en las aptitudes psicoeducacionales del maltratador,⁴²⁰ cambiando su ideología sobre el poder y el control.⁴²¹

Tras la activación del *modelo Duluth*⁴²² en la ciudad en Minnesota a principios de los años ochenta, se ha extendido la práctica por parte de los tribunales de exigir a los maltratadores condenados que participen en programas de tratamiento denominados *programas de intervención*

419. <<http://www.daybreakfgc.org.uk/>>

420. Un estudio riguroso sobre la eficacia de los programas de tratamiento a los maltratadores de trabajos publicados entre 1975-2013 de un total de 19 artículos en inglés y español, teniendo en cuenta una muestra total de 18.941 maltratadores *vid.* ARIAS, E. / ARCE, R. / VILARIÑO, M., «Batterer intervention programmes: A meta-analytic review of effectiveness», *Psychosocial Intervention* 22 (2013), pp. 153-160.

421. RUIZ, R., «Maltratadores, ¿pueden cambiar?», *El País*, 13 de marzo de 2011.

422. Para más detalles <<http://www.theduluthmodel.org>>.

con maltratadores (battered's intervention programs, BIP).

Las características de este programa son principalmente prestarle una especial atención a la víctima y que los agresores que participen asuman su responsabilidad. La nota que marca la diferencia en este modelo se halla en la buena coordinación entre los diferentes operadores jurídicos, entre los que se encuentran, la policía, los tribunales, y los oficiales de la libertad condicional. El número de juzgados involucrados en esta experiencia asciende a 911. Lo más significativo de este programa es que establece vínculos entre el sistema jurídico y recursos como albergues para mujeres víctimas de la violencia de género y concede prioridad a las experiencias de mujeres en la adopción de normas y procedimiento.

En este sistema se entiende que el maltrato supone un modelo para controlar o dominar a la pareja y su objetivo es cambiar las condiciones sociales que propician ese control o dominio.

La metodología con la que se trabaja es muy interesante y pionera, basada fundamentalmente en lo que denominan «ruedas» (*wheel*). Existen diferentes modelos,⁴²³ entre los que podemos resaltar la «rueda de poder y control» o la «rueda de igualdad». Estos instrumentos se elaboraron teniendo en cuenta las experiencias de mujeres que habían sido víctimas de violencia de género y por ese motivo resultan especialmente útiles.

En cuanto a los beneficios obtenidos hay que señalar que el 68 % de ofensores que participaron en estos programas derivados por los tribunales, no reincidieron en los ocho años siguientes.

En definitiva este es método peculiar y se trata de una experiencia de mediación, de alguna manera intraprocesal, ya que el interés que se persigue es atajar la raíz del problema de manera que en lugar de ingresar en el centro penitenciario correspondiente, que sería la respuesta tradicional, se permita la suspensión y sustitución de la pena para poder ingresar en estos centros y de ese modo se permita la resocialización del ofensor.

423. Todos los modelos se pueden consultar en <<http://www.theduluthmodel.org/training/wheels.html>>.

VII. CONCLUSIONES

La mediación penal configurada como instrumento de justicia restaurativa permite la resolución pacífica de los conflictos teniendo en cuenta los intereses de la víctima y permitiendo al ofensor una reparación del daño causado. Ha llegado el momento en nuestra sociedad de replantearnos el sistema de justicia tradicional con el objeto de obtener mejores resultados que puedan satisfacer a todas las partes implicadas, más teniendo en cuenta que tras una década de vigencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección *Integral* contra la Violencia de Género, las dificultades en su aplicación están totalmente identificadas.

En el ámbito de la violencia de género, es precisamente, la «relación de afectividad» que existe entre las partes, la que convierte a este tipo de delitos en especialmente complejos en el proceso penal. Desde esta perspectiva, entendemos que la prohibición de mediación penal en este ámbito de forma absoluta no tiene en cuenta esta peculiaridad y que está provocando numerosos problemas en la práctica forense ante nuestros tribunales, que terminan suponiendo en ocasiones incluso una doble victimización. De ahí que propongamos la eliminación de la obligatoriedad de acordar la pena de aproximarse a la víctima del art. 57.2 CP, y que se conciban otros mecanismos que se adapten mejor a la diversidad de casos que existen.

Si además tenemos en cuenta que la tendencia legislativa, tanto a nivel nacional como internacional es la de promocionar o potenciar este método alternativo a la justicia tradicional retributiva, lo cierto es que mantener esta prohibición en la actualidad carece totalmente de fundamento.

No se está afirmando que la mediación penal se aplique en todos los casos de violencia de género, ya que no todos los supuestos serán idóneos justamente por la propia naturaleza de estos delitos, sino que consideramos imprescindible, que se aborde el problema con profesionales especializados en la materia y siempre bajo el control judicial

oportuno. Posibilitar esta vía en los supuestos de violencia de género tendría una repercusión muy positiva en nuestra sociedad, ya que en definitiva lo que se pretende no es otra cosa que dotar a la víctima de la máxima protección.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SALGADO, C. / ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. / CASTILLEJO MANZANARES, R. / FERNÁNDEZ PÉREZ, P. / GARCÍA ALBERO, R. / GÓMEZ COLOMER, J. L. / HERNÁNDEZ GARCÍA, J. / MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. / NOYA FERREIRO, L., «Actas del seminario de especialistas, «La violencia de género sobre las mujeres: La mediación, una solución: Problemas y soluciones a la política legislativa sobre violencia de género», en CASTILLEJO MANZANARES, R. / ALONSO SALGADO, C., *Violencia de género y Justicia*, Ed., Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2013, pp.789-818.
- ALONSO SALGADO, C. / TORRADO TARRIO, C., *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿Una combinación posible?*, en CASTILLEJO MANZANARES, R. / CATALINA BENAVENTE, M.^a A., *Violencia de género, Justicia Restaurativa y Mediación*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 567-606.
- ARIAS, E. / ARCE, R. / VILARIÑO, M., «Batterer intervention programmes: A meta-analytic review of effectiveness», *Psychosocial Intervention* 22 (2013), pp. 153-160.
- BARONA VILAR, S. (dir.), *La mediación penal para adultos, Una realidad en los ordenamientos jurídicos (Experiencias en España, EE. UU., Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BARONA VILAR, S., *La mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CARAZO, A. T., «Aspectos Generales sobre el tratamiento jurídico y social de la víctima de violencia doméstica inmigrante en los Estados

- Unidos», *Eguzkilore*, 21 (2007), pp. 235-256.
- CASTILLEJO MANZANARES, R. / TORRADO TARRIO, C. / ALONSO SALGADO, C., «Mediación en violencia de género», *Revista de Mediación*, año 4, n.º 7, mayo 2011, pp. 38-45.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., «Violencia de género y mediación en la legislación autonómica», en CASTILLEJO MANZANARES, R. / ALONSO SALGADO, C., *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2013, pp. 767-787.
- DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Justicia Restaurativa y violencia doméstica: posibilidad, error o acierto...», *Diario La Ley*, 23 de septiembre de 2011, pp. 1-19.
- EDWARDS, A. / SHARPE, S., «Restorative Justice in the Context of Domestic Violence: A Literature Review», *Mediation and Restorative Justice Centre*, Edmonton, Alberta, Canadá, 2004.
- GAVRIELIDES, T. / ARTINOPOULOU, V., «Restorative Justice and Violence Against Women: Comparing Greece and The United Kingdom», *Asian Criminology*, vol. 8, n.º 1, marzo 2013, pp. 25-40.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito, La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- GUARDIOLA, «La víctima de violencia de género en el Sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», *Revista General de Derecho penal* 12 (2009), pp. 1-41.
- HAYDEN, A., «Safety issues associated with using restorative justice for intimate partner violence», *Women's Studies Journal*, vol. 26, n.º 2, diciembre 2012, pp. 4-16.
- HAYDEN, A. / VAN WORMER, K., «Restorative Justice and Gendered Violence», en VAN WORMER, K. S. / WALKER, L., *Restorative Justice Today: Practical Applications*, Ed. Sage, California, 2012.
- HUDSON, B., «Restorative Justice and Gendered Violence, Diversion or Effective Justice?», *British Journal of Criminology* (2002) 42,

- pp. 616-634.
- LEWIS, R., «Making Justice Work: Effective Legal Interventions for Domestic Violence», “British Journal of Criminology (2004) 44 (2): pp. 204-224.”
- LIEBMANN, M. / WOOTON, L., *Restorative Justice and Domestic Violence/ Abuse*, A report commissioned by HMP Cardiff Funded by The Home Office Crime Reduction Unit for Wales, August 2008 Updated April 2010. <<http://69.195.124.82/~crimemat/wp-content/uploads/2011/11/restorative-justice-and-domestic-violence-abuse.pdf>>.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Mediación penal en los procesos por violencia de género. Entre la solución real del conflicto y el *ius puniendi* del Estado», *Revista de Derecho penal*, 2011, n.º 33, pp. 9-32.
- MAY, G. L. / RUDDELL, R., *Making Sense of Criminal Justice, Policies and Practices*, 2ª ed., Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2015.
- PÉREZ GINÉS, C. A., «La mediación penal en el ámbito de la violencia de género (o las órdenes de protección y cumplimiento)», *La Ley penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 71, 2010, pp. 56-67.
- PTACEK, J., *Restorative Justice and Violence Against Women*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- REQUEJO ISIDRO, M., «Violencia de género contra la mujer: Una particular reacción desde el ámbito civil», en CASTILLEJO MANZANARES, R. / ALONSO SALGADO, C., *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2013, pp. 727-750.
- RODRÍGUEZ LAÍN, J. L., «Mediación penal y violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 7557, 28 de enero de 2011, pp. 1-7.
- SERRANO MASIP, M., «La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 29, 2013.
- STUBBS, J., «Restorative Justice, Domestic Violence and Family Violence», *Australian Domestic & Family Violence*, n.º 9, 2004.
- TAMARIT, J. M.^a, «El necesario impulso de la Justicia restaurativa tras la Directiva europea de 2012», *Ars Iuris Salamanticensis*, vol. 1, junio

2013, pp. 139-160.

VILAPLANA RUIZ, J., «Mediación y violencia de género», *Diario La Ley*, 25 de junio de 2014, pp. 8-11.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género», *Revista Penal*, n.º 30, julio 2012, pp. 177-216.

PROCESO Y NORMA PENAL: IDENTIDAD DE PRINCIPIOS «MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE»

PROF. DR. JUAN CARLOS CARBONELL MATEU
Catedrático de Derecho Penal
Universitat de València

Sirvan estas páginas de homenaje sentido al recuerdo de César Barrientos, con cuya amistad me honré. Su figura ha de quedar muy por encima de las circunstancias que rodearon su muerte. Porque es lo que se hace en la vida lo que nos hace merecedores de admiración. Y César Barrientos fue, mucho «más allá de toda duda razonable» un hombre íntegro, un enorme profesional y una excelente persona, cuyo trabajo contribuyó de manera excepcional a la mejora, aún tan necesaria, de la Justicia en Guatemala.

Muchas veces se ha criticado la rígida separación que se produce en la Universidad española entre la docencia y la investigación del Derecho penal denominado «sustancial» y el procesal penal. Y, sin embargo, eso ni tiene ni parece que vaya a tener consecuencia alguna en las constantes reformas de la organización académica. Desde luego, no resulta fácil entender cómo se pueden conocer las normas que rigen la aplicación de una materia que no es objeto de nuestro estudio o, al revés, ignorar los problemas aplicativos a los que conducen complejas construcciones teóricas que pretenden resolver, generalmente con poco

éxito, problemas muchas veces artificiales a través de propuestas inverificables. Sirva como ejemplo las interminables discusiones sobre la posición y, sobre todo, el contenido del dolo, como si fuera un producto susceptible de observación y análisis morfológico. Mientras, se admitía con escasas críticas la presunción con la que operaba el viejo Código Penal. Y con la que, por cierto, se sigue operando frecuentemente. El ejemplo parece pertinente y pone de relieve una tremenda paradoja: se ha pasado de exigir en la teoría conocimiento y voluntad de la antijuridicidad de la conducta llevada a cabo, operando con todo tipo de presunciones en el proceso, a la aceptación de un dolo que ni siquiera requiere conocimiento de la realización de la conducta típica pero que permite y justifica la respuesta penal correspondiente a la imputación subjetiva más grave.⁴²⁴ Ha sido precisa una normativización intensa para superar los esfuerzos baldíos en encontrar criterios suficientes de prueba.

Y es que los problemas del dolo no son ni su contenido ni su ubicación, sino su prueba: es decir, cómo se demuestra en el proceso penal que se han dado todos los elementos que se requieren para afirmar la conducta típica —o, si se prefiere, todos los requisitos exigidos por un precepto penal como presupuestos de su aplicación—.

Y ante la imposibilidad de penetrar en la mente de un sujeto —que, además, tiene derecho a fingir o, al menos, a no declarar nada que le pueda perjudicar— parece inevitable abandonar esa pretensión. La normativización del concepto nos ha conducido desde la presunción legal hasta descubrir que es la entidad del riesgo y su previsibilidad general, si se quiere puesta en relación con las capacidades del autor, la que determinarán el carácter doloso de la conducta o negarán dicho aspecto. También aquí hemos de perder toda pretensión de «reconstruir la verdad» —lo que, por cierto nos conduciría a un proceso inquisitivo— y partir de la presunción de inocencia y de la significación objetiva —en el sentido kantiano, de general— de la conducta. En el fondo, si el dolo es solo el calificativo de las acciones u omisiones

424. Vid. por todos Pérez Barberá, G.: *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2011.

dolosas, que no son nada, sino un puro significado a decir de Vives⁴²⁵ que implica el compromiso del agente —es decir, la asunción— con el daño al bien jurídico, de lo que se trata es de captar precisamente dicho significado. Y ello solo se puede alcanzar partiendo de la presunción de inocencia «más allá de toda duda razonable».

Pues bien, ese criterio que ha de inspirar la totalidad del proceso y que ha venido a cambiar hasta su misma función, que ya no pretende reconstruir movimientos y voluntades de los personajes, sino comprobar que una acusación está fundada porque un sujeto llevo a cabo lo que significó una afección culpable a un bien jurídico penalmente tutelado de la manera recogida en un tipo penal «más allá de toda duda razonable», es también el criterio que nos ha de conducir a la interpretación de los tipos y a la afirmación de que en el caso enjuiciado, eso se produjo de esa manera. Y eso afecta fundamentalmente al significado. Porque las acciones no son movimientos sino significados no es admisible utilizar criterios diferentes para afirmar que A golpeó a B hasta causarle la muerte que para condenar a C por asesinar a D porque, ocupando la posición de garantía, no evitó su muerte. En el primer caso, habremos de afirmar que no hay dudas razonables sobre que fue A quien golpeó, sobre que B murió como consecuencia de los golpes, sobre que era generalmente predecible que eso pasaría y, en su caso, sobre que no concurrió ninguna circunstancia que eximiera de responsabilidad a A hasta el punto de alterar el significado de su conducta. Y en el segundo, donde vamos a hacer equivalente la omisión de C a la acción de A, será preciso poder afirmar que este tuvo el control del resultado, de manera que pudo interrumpir el nexo causal y evitar que el resultado se produjera. Y todo eso, «más allá de toda duda razonable».

Lo que quiero decir es algo muy simple: aquello que sirve de criterio para la prueba en el proceso; es decir, para enervar la presunción de inocencia es exactamente el mismo criterio que a de servir para establecer el significado o, si se prefiere, para atribuir el resultado jurídico al autor, en el ámbito sustancial. En otras palabras, los elementos nor-

425. Vives Antón, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*, 2.^a ed., Valencia, 2011, 657.

mativos que configuran un tipo penal, la «lectura» de ese tipo se rige por el mismo criterio que la comprobación de los hechos. Lo que, por otra parte, no constituye más que una obviedad: la de que en el proceso lo que se comprueba es precisamente que se ha producido la conducta típica culpable.

Especialmente esclarecedora resulta la aplicación del criterio de la presunción de inocencia para la imputación del resultado a una omisión, de acuerdo con lo establecido en el art. 11 del Código Penal español.⁴²⁶ La imputación objetiva del resultado a la conducta tiene como punto de partida, en los delitos activos, la comprobación de la relación causal;⁴²⁷ es decir, que la conducta causó el resultado porque sin la primera no se habría producido el segundo —relación positiva de causación— y además era generalmente predecible *ex ante*, con todos los conocimientos al alcance de la sociedad en el momento de llevarse a cabo, su potencial lesivo —predecibilidad general como criterio afirmador de la relación de causalidad.⁴²⁸

Sabemos, sin embargo, que el primero de estos pasos resulta imposible en la comisión por omisión. En el terreno natural nada puede desprenderse de un no hacer. Por lo que resulta absurdo esperar relación de causación alguna. La interrupción de esta, eso sí, era esperable como consecuencia de la acción positiva debida y omitida. Podemos afirmar, por consiguiente, que la imputación del resultado a una omisión, que es lo que afirmamos en la omisión impropia, comporta, en realidad, la atribución de una relación de causación «inversa» por definición inexistente pero exigible, a la citada omisión.⁴²⁹ De acuerdo en que puede resultar

426. La cuestión la desarrollo en otro lugar. Carbonell Mateu, J. C.: «La equivalencia significativa en la comisión por omisión», *Cuadernos de Política Criminal*, 113, 2014, 3 y ss. Buena parte de las páginas que siguen son transcripción literal adaptada de ese trabajo; las incorporo aquí para expresar la identidad de contenido y función de los ámbitos penal material y procesal penal de la presunción de inocencia.

427. Cuello Contreras, J.: «Causalidad, imputación y ciencia», CPC 102, 5 ss.

428. Cobo del Rosal, M.-Vives Antón, T. S.: *Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., Valencia, 1999, 420 ss.

429. En contra de establecer cualquier relación causal entre omisión y resultado Huerta Tocildo, S.: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, reiteradamente. También junto a Octavio de Toledo, en Octavio de Toledo y Ubieta,

impropio precisamente hablar de causación,⁴³⁰ pero es que no podemos obviar que los tipos están redactados de forma causal.

La imputación del resultado a una conducta activa implica, por tanto, la de la relación de causación.⁴³¹ En definitiva, estamos ante una prohibición.⁴³² La no evitación del resultado, en la omisión impropia, significa, por su parte, la no verificación de una relación de causación en este caso negativa o, como la he denominado antes, «inversa»: la no interrupción del curso causal cuando se debió hacer;⁴³³ cuando, como dice el art. 11 del CP español: «se infrinja un deber jurídico especial del autor».⁴³⁴

La anterior afirmación puede y debe ser matizada, en el sentido de dar por buena la relación de determinación, que permite hablar no solo de relación causal, afirmada conforme a las reglas de la causalidad, sino también de relación estadística o teleológica, en la terminología utilizada, por ejemplo, por Mario Bunge,⁴³⁵ y en lengua española por Pérez Barberá.⁴³⁶ Esta matización, especialmente importante en la omisión impropia, permite conectar comportamiento y resultado más allá de la comprobación minuciosa y exacta de la cadena causal —casi siempre

E.-Huerta Tocildo, S.: *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Madrid, 1986, 555 ss. Sin embargo, no creo incompatible su postura con la aquí manifestada, más allá de la insistencia de la autora citada en la necesidad de que los supuestos de omisión impropia vengán expresamente recogidos en el libro II del Código Penal.

430. Término, que como recuerda Huerta, no figura en el DRAE, Problemas 1987, 46 n. 101.

431. Por más que se diga que existe un consenso cada vez mayor en que los tipos penales no mandan ni prohíben causaciones, Bacigalupo, *Delitos* 1983, 99.

432. Bacigalupo, *Delitos* 1983, 18.

433. Sobre la distinción entre injerencia e interferencia, Bacigalupo, *Delitos* 1983, 32, atribuyendo esta última idea a Binding.

434. Sobre la llamada «paradoja de Binding» afirmando la infracción de una norma prohibitiva por una conducta omisiva; esto es, que «nada hace», ver Vives Antón, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*, 2.^a ed., Valencia, 2011, 586.

435. Bunge, M.: *Causality. The place of the causal principle in modern science*, 3.^a ed., 1979. Esencial la obra de Moore, M.: *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford, 2009.

436. Pérez Barberá, G.: *Causalidad, resultado y determinación*, Buenos Aires, 2006, *passim*, espte. 72 ss.

hipotética y forzosamente hipotética en lo que hemos denominado relación de causalidad inversa—. Como después veremos, también en muchos supuestos de comprobación de la conducta activa hemos de recurrir a criterios hipotéticos. Desde nuestra perspectiva de que solo cuando tal conexión pueda realizarse «más allá de toda duda razonable» es posible imputar el resultado, eso podría cuestionar su legitimidad. Y, sin embargo, no es incompatible, sino más bien lo contrario, con la exigencia de un alto grado de probabilidad, «más allá de toda duda razonable», de la capacidad potencial de la acción debida omitida y de la razonable expectativa real del éxito de dicho comportamiento por parte del garante.⁴³⁷

Quienes afirman, que la imputación objetiva se produce en las conductas activas por la creación o incremento del riesgo que «cristaliza» en el resultado explicarán ahora que la imputación del citado resultado en la omisión se deberá simplemente a no haber tratado de romper el cristal: es decir, a no haber disminuido el riesgo preexistente cuando se tenía un especial deber de actuar.⁴³⁸ Con lo que parifican omisión propia e impropia y la posición de garante se convierte, en la práctica, en el único requisito de tamaño incremento del objeto de imputación y, por consiguiente, de la respuesta penal, conduciendo, por cierto, a un camino sin solución a la hora de diferenciar axiológicamente la omisión propia cualificada de garante y la comisión por omisión: la aparentemente tormentosa relación entre el art. 11 y el párrafo tercero del 195 del CP español constituye un excelente ejemplo.⁴³⁹

437. Especial interés tiene la consideración del axioma «más allá de toda duda razonable» como criterio de interpretación dogmático material. *Vid.* Vives, *Fundamentos*, 867, 931 ss.

438. *Vid.* por todos, Gimbernat Ordeig, E.: «La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”», en ADPCP, 2000; igualmente en la versión argentina Buenos Aires, 2003, por lo que en adelante se cita como Gimbernat, 2000, 2003.

439. Sánchez Tomás, J. M.: *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, Barcelona, 2005; 63 ss., Carbonell Mateu, J. C.-González Cussac, J. L.: «Omisión del deber de socorro», en Vives y otros: *Derecho penal. Parte Especial*, 3.^a ed., Valencia, 2010, 311 ss. Huerta, *Problemas*, 1987, 46. Estos delitos pueden encajar en lo que ha denominado Cadoppi «delitos de omisión quasi-impropios, en los que se imputa un peligro derivado de la no acción del especialmente obligado, pero sin necesidad de que

Por el contrario, la afirmación aquí mantenida de que aquello que se imputa es la relación causal, positiva en la acción que «causó» el resultado, y la no causación de la ruptura del nexo causal cuando esta era debida en la omisión, obligará a afirmar que tal imputación solo es posible allí donde se mantenga un control absoluto sobre el proceso causal que permita asegurar, según fórmula acuñada, «con probabilidad rayana en la certeza», que la conducta debida y omitida habría roto el proceso, habría interrumpido la causación y habría, por tanto, evitado el resultado. Habrá, por cierto, que concretar el significado lingüístico y jurídico de la expresión «probabilidad rayana en la certeza» que, en mi opinión, no puede ser diferente del que utilizamos en el ámbito de la presunción de inocencia en el proceso penal: la imputación objetiva de la no interrupción de un curso causal implicará una declaración de culpabilidad procesal —al margen ahora y de momento, de la exigibilidad personal más allá de la condición de garante— destructora de la presunción de inocencia. Vives identifica verdad con certeza objetiva, seguridad incontestable, y estas como exigencia absoluta del principio de legalidad.⁴⁴⁰ Y ello exige que se haga «más allá de toda duda razo-

se realice el resultado, Cadoppi, A.: «Non-evento e beni giuridicci «relativi»: spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi proprie in chiave di offensività», en *L'indice Penale*, 1989, 394. Expresamente en contra de clasificaciones que vayan más allá de la tradicional de propia e impropia, y a mi juicio con razón, Huerta, (Huerta Tocildo, S.: *Principales novedades de los delitos de omisión en el CP de 1995*, Valencia, 1997, 73 ss. donde critica la propuesta de Gómez Pavón de añadir la categoría de «delitos de omisión y resultado»; vid. Gómez Pavón, P.: «La responsabilidad del médico por omisión», en *Poder Judicial* (2.ª época), 40, 1995, 298. Más tarde insiste Huerta (*Principales novedades*, 1997, 27-28) en la no necesidad de acudir a más categorías, si bien asumiendo la propuesta político criminal de Silva de incorporar más supuestos como el contenido en el art. 195.3 de omisiones puras de garante, en detrimento de la aplicación no siempre rigurosa de la comisión por omisión. (vid. Silva, *El delito de omisión*, Barcelona, 1986, 344 ss.). Comparto por completa tal propuesta, a la que me referiré más adelante (infra 17).

440. Vives, *Fundamentos*, 962: se refiere, además, a la vinculación legalidad-presunción de inocencia Cuerda Arnau, M. L.: «Límites constitucionales de la comisión por omisión», en Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer (dirs.), Cuerda Arnau (coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, 2009, 422-423.

nable». ⁴⁴¹ Por supuesto que ello no implica —eso es imposible— la certeza absoluta de que las cosas habrían sucedido de una determinada manera si la acción omitida hubiera sido realizada, pero sí que dicha conducta era potencialmente apta para evitar la producción del resultado y que, *más allá de toda duda razonable*, de haberse llevado a cabo con las capacidades del garante, lo habría hecho, para lo que puede necesitarse recurrir a criterios estadísticos, probabilísticos o teleológicos que permitan afirmar la determinación entre acción omitida y salvación: ⁴⁴² el monitor de natación que permanece inmóvil junto a su alumno que parece ahogado por su incapacidad para salvarse mata por omisión cuando un simple movimiento salvador habría bastado para evitar el resultado. Y no, o mejor dicho, no solo, por su condición de garante, sino porque la experiencia, la estadística y la probabilidad aseguran, *más allá de toda duda razonable*, que sacar al niño del agua y permitirle tomar aire interrumpe el proceso letal de ahogamiento por inmersión.

Un relevante sector doctrinal parece contentarse, ante la imposibilidad de afirmar que una omisión «cause», o con la «no disminución del riesgo» que compete a un garante o con la «creación de un riesgo que convierte la fuente de peligro en un riesgo no permitido». ⁴⁴³ Son obvios los problemas conceptuales —y, por supuesto, valorativos— que comporta identificar causación —es decir, comprobación de la materialización en el resultado prohibido de la creación del riesgo no permitido— con no disminución de un riesgo —pues justamente ese es el problema que nos ocupa: determinar cuándo la no disminución de ese riesgo adquiere tal trascendencia que la convierte en significativamente igual a la causación del resultado de él derivado—. En el caso del mo-

441. Remite expresamente a la presunción de inocencia Cuerda Arnau, M. L.: *Límites constitucionales*, 2009, 433. Aparentemente en contra Bacigalupo, 99, citando a Nagler. Exige, a su vez, certeza absoluta, Torío, A.: «Límites político-criminales del delito de comisión por omisión», *ADPCP*, 1984, 699 y ss.

442. Pérez Barberá, *Causalidad*, 72 ss.

443. Ampliamente Rodríguez Mesa, M. J.: *La atribución de responsabilidad en comisión por omisión*, Cizur Menor (Navarra), 2005, 68; Paredes Castañón, J. M.: *El riesgo permitido en Derecho penal. (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, 213 ss. También críticamente Lascurain Sánchez, J. A.: *Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, 43.

nitor de natación resulta evidente que el garante que dejó que su alumno se ahogara no disminuyó el riesgo; pero en tal grado que permitió que el niño se ahogara. Y es eso, y no la condición de garante unida a una omisión del movimiento corporal esperado, lo que permite afirmar que mató. Porque no es razonable dudar de la efectividad de la acción omitida.

Y es que «probabilidad rayana en la certeza» es una expresión peligrosa y de muy difícil acotamiento: o lo que se quiere afirmar es que la evitación era cierta y solo un prurito de falso cientifismo nos impide afirmarlo sin duda alguna, o sencillamente es inadmisibile porque penetra inevitablemente en la presunción de culpabilidad. Pero si lo que queremos afirmar es que resulta evidente que, en términos estadísticamente determinantes, y considerando las circunstancias concurrentes, la acción omitida habría evitado el resultado «más allá de toda duda razonable» parece mejor utilizar esta expresión. Porque si acción y omisión son significativamente equivalentes no podemos utilizar criterios diferentes de adscripción: más allá de toda duda razonable A golpeó a B hasta matarlo y más allá de toda duda razonable la acción especialmente debida de C (el monitor) habría evitado la muerte de D (el alumno).

Pero aún debe destacarse un «ligero» problema: si aceptamos que una omisión no puede causar un resultado no podemos afirmar, al menos sin un elevado nivel de incoherencia, que pueda incrementar un riesgo; una omisión no incrementa nada, porque no supone condición alguna.⁴⁴⁴ Incluso el amplio sector doctrinal que atribuye a un no hacer el papel de condición negativa concausal, tiene necesariamente que reconocer que estamos ante un curso hipotético. Y que no es la omisión la que comporta nada sino, en todo caso, es la acción omitida —lo que supone necesariamente una referencia normativa— la que habría, en caso de haberse llevado a cabo, disminuido el riesgo. Y solo criterios normativos nos permitirán valorar si esa acción, con nuestra

444. Aparentemente en contra, Cuerda Arnau, *Límites constitucionales*, 2009, 425, nota 14; Dopico Gómez-Aller, J.: *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Valencia, 2006, 686, que admite considerar que la omisión «causa por irrogación»; lo que puede compartirse si partimos de que las acciones —también las causales— no son movimientos corporales, sino sentidos.

experiencia y la exigencia legal, no solo habría disminuido sino eliminado o vencido el riesgo. En ningún caso es aceptable afirmar que una omisión incrementa el riesgo ni de manera relevante ni de manera insignificante: los riesgos, como los resultados, si derivan de conductas humanas —es decir, si no derivan de la naturaleza— también provienen de una causación. Imputar un peligro no es significativamente muy distinto de imputar un resultado. Y solo aparentemente resulta más sencillo. Porque también el peligro ha de provenir de una acción para poder ser penalmente relevante. En otros términos, si la equiparación entre causación y no evitación del resultado ya resulta problemática, el establecimiento de una equivalencia valorativa entre incremento activo y no disminución del riesgo por omisión lo es infinitamente más.

La relevancia de la omisión depende, obviamente, de la significación que atribuyamos a la acción debida omitida, lo que no procede solo —aunque sea un requisito ineludible para imputar el resultado— de la posición jurídica del autor, sino también de la potencia salvadora del curso causal que debió emprender y que, justo por eso, era objetivamente esperado.⁴⁴⁵ El garante es, fundamentalmente, el sujeto a quien el Ordenamiento —o la situación de hecho por él mismo creada— confía el control del peligro. Pero no se trata tanto de mantenerse en el ámbito del riesgo permitido cuanto de controlar y evitar que el riesgo se convierta en daño; es decir, se trata de evitar el resultado material. Y también aquí ha de regir el principio fundamental del Derecho de que a nadie puede exigirse una conducta objetivamente imposible o subjetivamente inalcanzable. Y en la omisión impropia hay dos momentos:⁴⁴⁶ el primero viene determinado por la omisión misma; por el dejar de hacer —a veces, simplemente de estar—, lo que es fácticamente comprobable: el cirujano que no está en el quirófano en el momento programado para el comienzo de la intervención quirúrgica omite su deber no ya porque no realice movimientos corporales, sino aún más simplemente, porque no está donde debía estar.

445. Vives, *Fundamentos*, 257; también en Cobo-Vives, 5.^a ed., 391.

446. En el mismo sentido, Huerta, *Problemas*, 1987, 163 ss.

Pero, en un segundo momento, para imputar a esa ausencia un resultado lesivo es preciso que se den muchas más condiciones: esa ausencia debió tener consecuencias en el desarrollo previsible de la intervención —por ejemplo, obligando a un retraso en el comienzo de la misma o a la sustitución por otro cirujano de menor capacidad o competencia—. Y de esas circunstancias, y no de otras, tendrá que haber derivado el resultado que pretendamos imputar a la ausencia. De manera que hemos de establecer una relación de causalidad o de determinación inversa entre omisión y resultado.

Es verdad que seguimos anclados en el problema de un curso causal hipotético y, por tanto, indemostrable. Pero podemos ir descartando algunas conexiones falsas: no basta con la posición de garantía, la omisión y la producción de un resultado. Tal resultado no puede haberse producido por un curso causal consecuente a la omisión pero independiente de ella. Si una complicación en la intervención quirúrgica, que nada tenga que ver con la omisión inicial, derivada de las características específicas del paciente, incrementa el riesgo y termina produciendo lesiones graves o la muerte, estas no pueden ser imputadas a la omisión porque se habrían producido exactamente igual si el comienzo de la intervención no se hubiese retrasado o si no se hubiera modificado la persona del cirujano. Y solo como imagen podemos afirmar que la ausencia del cirujano «incrementó el riesgo» para el paciente. En realidad la omisión, que no puede causar nada en el mundo físico, tampoco puede crear ni incrementar riesgos. Ocurre que el Ordenamiento confió al garante el control de ese riesgo y su ausencia determinó que fallaran los mecanismos de tal control; podemos hablar entonces siquiera de manera impropia, de una «no disminución del riesgo», incluso de un *descontrol del riesgo* por el que el sujeto debe responder justo en la medida en que ha defraudado las expectativas. Y eso justifica una respuesta mayor por parte del Ordenamiento que la que corresponde a una omisión propia común.

Se ha puesto de relieve cómo el establecimiento de la relación de causalidad que antecede a toda imputación objetiva es distinto —incluso absolutamente contrario— en acción derivada de un movimiento corporal y en omisión justamente cuando este debió producirse y no se

produjo.⁴⁴⁷ Algunos autores propusieron incluso no hablar en el primer caso de causalidad sino de causación; es decir, de comprobación *ex post* de que el movimiento corporal había causado el resultado porque sin aquel este no se habría podido producir o, al menos en el caso concreto, no se habría producido. Para afirmar la causalidad, en cambio, resulta menester acudir a fórmulas tales como la predecibilidad general —con todos los conocimientos al alcance de la sociedad en el momento de la acción habría podido predecirse el resultado—⁴⁴⁸ o la adecuación general *ex ante* del movimiento corporal para causar el resultado⁴⁴⁹ En la omisión, si pretendemos mantener en lo posible el nivel de comprobación causal, habrá que afirmar la posición de garantía y la predecibilidad o adecuación general *ex ante* de que el movimiento corporal omitido —o, incluso la simple presencia física del garante— habrían aportado condiciones suficientes para evitar el resultado, al menos «con probabilidad rayana en la certeza» o, si se prefiere, «más allá de toda duda razonable».

El sector doctrinal que se conforma con la «no disminución del riesgo» de la acción omitida para imputar el resultado al garante justifica su postura afirmando que es imposible determinar «con probabilidad rayana en la seguridad» que el resultado se habría evitado y que, aun cuando tal cosa fuera posible, seguiría habiendo una diferencia clara entre la imputación del resultado a un movimiento corporal donde establecemos la relación causal con certeza y la misma imputación a la ausencia de un movimiento debido donde solo conseguimos establecer la probabilidad por lo que «la circunstancia de que el hacer debido hubiera evitado o no el resultado no desempeña ningún papel para afirmar o negar la existencia de una comisión por omisión»,⁴⁵⁰ trasladándose tal exigencia al mantenimiento por el garante del nivel del foco de peligro

447. Cobo-Vives, 5.^a, 387.

448. *Ibidem*, 418.

449. Mir Puis, S.: Derecho penal. Parte General, 9.^a ed., 248 ss.

450. Gimbernat: *La causalidad*, 2000, 2003, 52. Acertadamente señala Cuerda Arnau que prescindir de tal comprobación supone desprestigiar la exigencia de que la omisión equivalga a la acción según «el sentido del texto de la ley», Cuerda Arnau, *Límites constitucionales*, 2009, 425.

o su devolución al nivel preexistente caso de haberlo superado. Tales afirmaciones pueden ser matizadas y eso intentaré en las próximas páginas. Lo que no me resulta alcanzable es cómo las dificultades derivadas del carácter hipotético del *contrafactum* conducen a abandonar la fórmula para abrazar otra con infinitamente menos garantías y que abre la indeterminación de tal manera que permite justificar la imputación del resultado a cualquier no disminución del riesgo procedente de un garante aún cuando resulte inviable determinar que ello hubiera tenido la menor influencia efectiva en la producción de este.

Gimbernat reconoce la insuficiencia de la «no disminución del riesgo» en la medida en que afecta al *in dubio pro reo* imputar un resultado que, posiblemente, se habría producido igualmente.⁴⁵¹ Fundamenta por ello la imputación en que el resultado provenga de una fuente de peligro que se inició como permitido, pero que la omisión del garante con deber de vigilancia convirtió en prohibido. Por cierto que esto comporta, en su opinión, una restricción de las posiciones de garantía a aquellas en que el sujeto es responsable del control de la fuente de peligro. Roxin, por su parte, exige que la conducta debida hubiera actuado, con seguridad, en el foco de peligro reduciendo el riesgo,⁴⁵² y critica la limitación de las posiciones de garantía a las de vigilancia propuestas por Gimbernat,⁴⁵³ afirmando la necesidad de considerar las de protección; las primeras amenazan a la generalidad, las segundas a personas concretas en cada caso.

No puede olvidarse que estamos afirmando la equivalencia significativa, según el sentido del texto de la ley, entre un movimiento corporal que causa y una omisión a la que imputamos un resultado.⁴⁵⁴ Solo si el incremento del riesgo justificara sin más la imputación del resultado sería posible afirmar que su no disminución puede comportarla, si pres-

451. Gimbernat: *La causalidad*, 2000, 2003, 45.

452. Roxin, C.: *Strafrecht AT*, 3.^a ed. alemana, München, 1997, t. II, §31 V marg. 54 ss.; también en *La imputación objetiva en el Derecho penal*, (trad. Abanto Vásquez, M.) 2.^a ed., Lima, 2012, 260.

453. Roxin, *La imputación*, 264.

454. Sin que, a diferencia de lo que sucede en el §13StGB alemán, se prevea en el CP español posibilidad de atenuación alguna, al menos con carácter general.

cindimos además de las dificultades más arriba señaladas.⁴⁵⁵ Ésa es una consecuencia que se produce en todas aquellas versiones de la teoría de la imputación objetiva que entienden esta no como una concepción limitadora de la tipicidad a la que conduciría la relación de causalidad pura, sino como una concepción sustitutiva de esta que permite prescindir de su comprobación actual o incluso potencial. Solo si es suficiente afirmar que al movimiento corporal que crea o incrementa un riesgo para el bien jurídico le puede ser imputada la lesión de este, sin comprobar relación de causalidad alguna, podrá afirmarse que a la no disminución del riesgo cabe imputar el resultado. Que además exijamos la posición de garantía resulta una concesión al principio de intervención mínima.⁴⁵⁶

Debemos indagar en este punto si realmente las cosas son tan distintas en acción y omisión o si, por el contrario, estamos presos de las apariencias y de una lógica cartesiana difícilmente sostenible. Y ello, al menos, por dos razones. En primer lugar, damos por hecho con excesiva facilidad que la imputación de resultados a los movimientos corporales procede de una comprobación cierta de la relación de causalidad. Y nuevamente ha de surgir la ya denunciada confusión entre causación y causalidad. Porque incluso en el ámbito de la comprobación de la causalidad en la acción positiva hemos de recurrir a un juicio hipotético, por una parte el de afirmar la predecibilidad general o la adecuación general *ex ante* que, además, alterará sus criterios conforme vaya variando el máximo nivel de conocimientos de la sociedad. Y por otra, además, imputamos el resultado al movimiento corporal que lo causó sin plantearnos si no se habría podido producir hipotéticamente idéntico resultado si la acción concreta hubiera sido sustituida por otra caso de no ser llevada a cabo. Porque en ese supuesto, suprimido mentalmente el movimiento corporal de A, solo en el caso de que este no hubiera sido reemplazado por el de B o el de C, podremos afirmar que el resultado

455. Por ejemplo, Zielinski, D.: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, trad. Sancinetti, M. Buenos Aires, 1990.

456. Negándose así la delimitación conceptual y normativa mantenida desde Nagler, *Die Dogmatik*, 1938, 59 ss.

no se habría producido. La ejecución, o quien la lleve a cabo, en muchas ocasiones, es indiferente. Algo similar, aunque con diferente incidencia en el problema que nos ocupa, sucede con los cursos causales acumulativos, como el asesinato de Julio César o el de Emiliano Zapata:⁴⁵⁷ suprimida mentalmente una de las acciones, el resultado habría sido el mismo, pero suprimidas todas no. O el clásico supuesto del padre de la víctima que empuja al verdugo en el preciso instante en que iba a hacer funcionar el mecanismo letal para ser él quien directamente mate por venganza: suprimida mentalmente la conducta, el resultado habría sido exactamente el mismo.⁴⁵⁸ Tampoco en estos casos podemos afirmar que el movimiento corporal causó el resultado en el sentido de la *conditio sine qua non*, lo que no impide imputar este. Aquí el problema, como en la omisión, radica en la afirmación cierta de la causación; en el primer caso, comprobada la causación, hemos de dar por supuesto que no se habría desatado otro curso causal paralelo: imaginemos que A y B son francotiradores que han recibido separadamente el encargo de matar a C. Un segundo antes de que B dispare lo hace A. C muere como consecuencia del disparo, pero quien conozca la situación, por ejemplo quien encargó el asesinato a ambos, sabrá que si A no hubiera actuado el resultado se habría producido porque lo habría hecho B. La cuestión ha sido tratada abundantemente y si se utiliza aquí es simplemente para resaltar que también en la acción positiva, la causalidad puede afirmarse más allá de la *conditio sine qua non*, recurriendo a hipótesis no verificables y atendiendo fundamentalmente a la importancia de la contribución al caso concreto (teoría del resultado en su concreta configuración) o a la definición del resultado imputable como la «modificación perjudicial» para el bien jurídico.⁴⁵⁹

En realidad, pues, la imputación se produce comprobando la causación real procedente de la potencialidad lesiva de la conducta, lo que tradicionalmente ha venido entendiéndose como desvalor del resulta-

457. Reflejadas magníficamente en sendas películas: Mankiewicz, J. L.: *Julio César* (1953); y Kazan, E.: *¡Viva Zapata!* (1952).

458. El supuesto es clásico; lo recoge, por ejemplo, Pérez Barberá, *Causalidad*, 2006, 27.

459. Vid. Puppe, I: *Die Erfolgzurechnung im Strafrecht*, Baden-Baden, 2000, 20.

do procedente de una conducta desvaliosa (materialización del resultado procedente de la creación o incremento del riesgo jurídicamente desaprobado). Lo que ahora quiero subrayar es que también aquí, aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, operamos con criterios hipotéticos. Algo parecido, aunque a la inversa, sucede cuando a través de los principios de prohibición de regreso o de confianza entendemos no imputable el resultado fácticamente causado por quien confió en que el cumplimiento de la conducta esperada por quien tiene la competencia para controlar el curso causal interrumpiría este: lanzamos a un niño a la piscina justo junto a donde se encuentra el monitor en la confianza de que este impedirá que se ahogue.⁴⁶⁰ En el primer caso, imputamos el resultado aunque consideráramos la posibilidad hipotética de que la conducta fuera sustituida por otra equivalente porque eso resulta irrelevante; en el segundo, por el contrario, otorgamos relevancia a la creencia subjetiva (objetivamente adecuada *ex ante* y en el caso concreto objetivamente falsa *ex post*) de que aquél a quien se traslada la posición de control del curso causal actuará. Se dirá que, en el primer supuesto, la comprobación de la causación descarta la hipótesis (pero solo hipotéticamente podemos decir que suprimiendo virtualmente la conducta el resultado no se habría producido y también solo hipotéticamente podemos decir lo contrario, que se habría producido la conducta equivalente de un tercero y, por consiguiente, el resultado).

Pues bien, en la omisión los criterios serán equivalentes siempre que exijamos mucho más que la simple «no disminución del riesgo» y atribuyamos con carácter automático al garante la competencia para controlar el curso causal. Lo que, por el contrario, es preciso demostrar es la *capacidad potencial para controlar dicho curso causal* —y, por tanto, para evitar el resultado— que tenga quien ostente la posición de deber especial. No basta con tener atribuida la condición de garante *ex ante*, es preciso comprobar que se sigue ostentando el control del curso causal *al menos en algún momento en que pudo y debió producirse*

460. Sobre el principio de confianza y la imputación objetiva, *vid.* ampliamente, Maraver Gómez, M.: *El principio de confianza en Derecho penal*, Cizur Menor (Navarra), 2009, 368 ss.

la acción omitida. Por supuesto, no será posible ni tiene por qué ser exigible que conservara esa capacidad durante todo el proceso, basta con que lo ostentara en el momento en que la acción le era exigida (¿*omissio libera in causa*?). Y también por supuesto que la referencia al control del curso causal ha de entenderse normativamente como capacidad (competencia) de llevar a cabo una intervención que, *ex ante*, resulta potencialmente salvadora «más allá de toda duda razonable».⁴⁶¹ Es verdad que tal potencialidad salvadora nunca podrá ser comprobada *ex post*. Como tampoco pudo comprobarse *ex post* que la supresión de una conducta habría supuesto la no realización del resultado. Porque los acontecimientos sucedan de determinada manera no podemos afirmar, sin que eso sean meras hipótesis, que pudieran no haber sucedido o haber sucedido de otra manera. A decir de Vives: «el «problema» de la causalidad en la omisión no queda enteramente resuelto mediante la apelación a una «causación intencional»: subsiste, aún, el hecho de que aquí, en la comisión por omisión, es preciso apelar al juicio contrafáctico acerca de lo que habría sucedido si el autor hubiera actuado conforme a deber. Pero, también en las conductas con sustrato positivo, es preciso responder a una pregunta paralela: ¿habría acaecido el resultado de todos modos, aunque el autor se hubiera abstenido de actuar?».⁴⁶²

Solo podemos atribuir un valor a las contribuciones personales. Solo podemos atribuirles, por mejor decir, un significado. Y eso no depende de que procedan de un movimiento corporal o de la omisión de una acción debida, sino de la influencia de uno o de otra en los acontecimientos a los que atribuyamos la condición jurídica de causa eficiente del resultado, siempre que si se trata de una omisión, según el art. 11, la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A quien ostenta la posición de garante, a quien tiene en su ámbito de organización competencia positiva, o a quien le es exigible un especial

461. A «ejercer el dominio sobre las fuentes de peligro» se refiere Lamas Leite, A.: «As posições de garantia na omissão impura», Coimbra, 2007, cuando propone, en la pág. 439, de *lege ferenda* una referencia funcional en el art. 10 del Código Penal portugués.

462. Vives, *Fundamentos*, 611, 612.

deber jurídico respecto al bien tutelado por la norma no se le puede imputar un resultado en los delitos que consistan en la producción del mismo si no puede establecerse que en el momento en que justamente debió llevar a cabo la acción positiva *esta era potencialmente apta para evitar dicho resultado*.

No puede, pues, afirmarse que la atribución de la relación de causalidad inversa, como por cierto tampoco la positiva, requiera de la «comprobación científica» de la capacidad potencial de control sobre todo el nexo causal y, por consiguiente, de la relación cierta entre acción —activa u omisiva debida— y causación —o evitación del resultado—. Como he tratado de exponer, tanto en una como en otra operamos con criterios hipotéticos o, si se prefiere, con los de confianza y experiencia.⁴⁶³

No podremos afirmar nunca *ex post* que la conducta debida omitida habría evitado el resultado, como no podremos afirmar nunca *ex post* que la supresión virtual de un movimiento corporal habría hecho que aquel no se produjera. Y sin embargo operamos con ese criterio que no parece generarnos dudas en la acción positiva y que en la omisión nos genera tantas que algunos deciden prescindir de toda comprobación. Pero sí podemos atribuirle la condición de conducta que produce el resultado a toda aquella —movimiento corporal o ausencia del mismo— que más allá de toda duda razonable fueran potencialmente eficaces para haber alterado el curso causal y evitado, con ello, el resultado. Si, además, el sujeto conoce tal capacidad y lleva a cabo u omite el movimiento corporal, podremos afirmar que actúa y que lo hace comprometido con la producción del resultado, es decir, dolosamente. Si le era exigible haberlo sabido, estaremos en caso de que sea típico ante un error vencible de tipo o, lo que es lo mismo, ante una conducta imprudente. No puedo en este punto desarrollar la cuestión de cómo y con qué

463. Vid. la interesante propuesta de Pérez Barberá, G.: *Causalidad*, especialmente pp. 121 ss., donde se plantea la adopción del criterio de la «determinación» fundado en tesis estadísticas o probabilísticas y teleológicas; anteriormente —y citado por el autor— Kahlo, M.: «Die Bewirken durch Unterlassen bei drittvermitteltem Rettungsgeschehen», en *Goltdammer's Archiv*, 1987, pp. 66 ss. Vid. Kahlo, M.: *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handlens*, Frankfurt am Main, 2001, espct. 16 ss.

criterios podemos atribuir dicho conocimiento y delimitar el dolo de la imprudencia y esta de la no obligatoriedad personal o ausencia de reproche jurídico. Baste con afirmar que la posición de garantía atribuida al autor que le significa un especial deber jurídico y su capacidad de alterar el curso causal que deberá haber sido comprobada permitirán afirmar razonablemente el aludido compromiso —dolo—, el error vencible sobre la potencia salvadora o la atención exigible —imprudencia— o el error invencible —ausencia de exigibilidad—. ⁴⁶⁴

Recurriendo a expresiones literales de Vives, «lo que hace que la acción sea tal —y no un simple hecho— es, pues, una *interpretación* —algo que no *es* nada, que no existe independientemente como tal—. Acciones y omisiones coinciden en ese no *ser* nada, en ese ser solo formaciones de sentido que pueden predicarse tanto del movimiento corporal como de su ausencia y que dirigen aquél (s. c. el movimiento) y esta (s. c. su ausencia) a los fines de quien las lleve a cabo». ⁴⁶⁵ Pues bien, si esto es así —y lo es— puede llegarse fácilmente a algunas conclusiones.

En primer lugar, *acción comisiva de un resultado y omisión impropia significan la producción intencional* (en sentido amplio) *de ese resultado a través de la modalidad comisiva que en cada momento resulte más fácil y eficiente al autor* teniendo en cuenta su capacidad de dominio de los cursos causales —es decir, llevando a cabo un movimiento corporal que, más allá de toda duda razonable, causará el resultado u omitiendo el movimiento corporal que, más allá de toda duda razonable, lo impedirá —siempre que se ocupe la posición de deber especial jurídico—. Se subraya que la intención se requiere en sentido amplio,

464. Sobre la necesidad de consideraciones objetivas en torno al dolo, Vives Antón, T. S.: «Reexamen de dolo», en *Fundamentos*, 621 ss. También en Muñoz Conde, F. (dir.). *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Prof.^a Dr.^a María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008; Martínez-Buján Pérez, C.: «El concepto «significativo» de dolo: un concepto volitivo normativo», en *Homenaje a Díaz Pita*, 323 ss. González Cussac, J. L.: «Dolus in re ipsa», en Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer (dirs.), Cuerda Arnau (coord.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, 2009, 817 ss.; Pérez Barberá, G.: *El dolo eventual*, 2011, 635 ss.

465. Vives, *Fundamentos*, 603.

puesto que, en diferentes supuestos típicos de comisión por omisión, es perfectamente posible la imprudencia. Y el deber de cuidado objetivamente exigible —y lo mismo puede decirse del personalmente reprochable— cabe por igual en la acción indebidamente ejecutada que en la omisión de la conducta debida.

En segundo lugar, *las exigencias típicas han de ser exactamente las mismas en un caso y en otro* —con la única salvedad de que la posición de garantía convierte el tipo común en especial lo que, por cierto, no deriva de altas elucubraciones dogmáticas, sino del puro sentido común —o, si se prefiere, del ámbito competencial, en expresión de Jakobs—, puesto que nadie puede responder de algo que simplemente pasa a su alrededor, sino de aquello que le incumbe puesto que pertenece a la esfera de su competencia y es consecuencia de sus decisiones.⁴⁶⁶

Y, en tercer lugar, la equivalencia significativa entre movimiento corporal y su ausencia —que, por cierto, tan fácil es explicar desde el uso del lenguaje ordinario y del sentido que atribuimos a las palabras y a los hechos intencionales— implica que, allí donde se dé sea necesario entender que son igualmente objeto de las normas, tanto de valoración cuanto de determinación. Y que la infracción de estas se produce de manera significativamente igual. En otras palabras, *la relevancia penal de la comisión por omisión no solo no contradice el principio de legalidad,*⁴⁶⁷ *sino que es consecuencia del mismo.* La ley puede y debe delimitar las exigencias que permitan afirmar dicha equivalencia que, nunca es excesivo repetirlo, ha de ser sumamente rigurosa, pero eso no comporta que allí donde racionalmente se afirme dicha equivalencia no sea imperativa la aplicación de la norma correspondiente, en la medida en que se ha infringido la prohibición de determinar el resultado y no solo el imperativo de actuar.

Obviamente tales afirmaciones, especialmente la de considerar típicas ciertas omisiones, aquellas que son significativamente equivalentes

466. Y de ahí no cabe obtener una asimetría entre los requisitos legales de la acción positiva y de la omisión impropia que imposibilite la subsunción de esta en los tipos activos como pretende Huerta, *Problemas*, 69.

467. En contra, Córdoba Roda, J.: *Notas a Maurach, R. Tratado de Derecho penal*, (trad. y notas Córdoba Roda), Barcelona, 1962, Huerta, *Problemas*, 1987, 68 ss.; Principales novedades, 1997, 19 ss. y bibliografía allí citada.

a las conductas activas realizadas mediante movimientos corporales causales del resultado, solo son posibles de acuerdo con el establecimiento de una hipótesis: la de que «más allá de toda duda razonable» la conducta omitida habría evitado el resultado por lo que el autor, en quien ha de concurrir un deber especial de actuar, dolosa, o al menos imprudentemente en su caso, ha permitido que este se produjera sin interrumpir un nexo causal que dominaba. Solo entonces se dan los requisitos, no ya del art. 11 —que, en realidad, es una cláusula limitativa de la omisión impropia—, sino, sobre todo, los del 28, que determina que es autor «quien realiza el hecho». Y el hecho no es otra cosa que la afección al bien jurídico derivada de la acción significativa, de la toma de decisión conforme a reglas por parte del sujeto. *El resultado típico, por consiguiente, deriva «más allá de toda duda razonable» del ámbito de decisión del autor.*

Idéntico papel, pues, cumplen los grandes principios penales y procesales: es evidente, y nadie lo pone en duda, el de los de legalidad, proporcionalidad y necesidad —especialmente relevantes en la fase de instrucción—. Pero también la presunción de inocencia tiene una importancia determinante en la interpretación de los tipos penales y en la imputación de resultados a acciones y omisiones. No es una característica exigible solo en el ámbito procesal. La cuestión es tan sencilla como la de afirmar que una condena solo puede basarse en la demostración «más allá de toda duda razonable» de que el sujeto realizó el hecho lo que, cuando se trata de imputar un resultado típico, implica afirmar que lo causó o no lo evitó infringiendo un especial deber jurídico de hacerlo. Lo que, por cierto, no podrá afirmarse si existen dudas razonables en torno a la eficacia cierta de la acción omitida.

Con estas reflexiones he intentado poner de relieve una evidencia: no existen diferencias entre los principios aplicables al Derecho penal material y al proceso: es justamente en este donde se materializan; es más, es justamente en este donde mayor importancia alcanzan. Pero al proceso no se debe llegar sin haberlos aplicado previamente. Y empeñarse en crear barreras académicas entre uno y otro momento es sencillamente ignorar dolosamente la realidad. Afirmación que puede realizarse «más allá de toda duda razonable».

EL FISCAL INSTRUCTOR EN LA ETAPA PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL HONDUREÑO

MTR. LEONARDO JAVIER CUÉLLAR CRUZ⁴⁶⁸
Director de la Escuela de Fiscales
Ministerio Público de Honduras

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA ETAPA PREPARATORIA EN EL PROCESO PENAL HONDUREÑO. 1. Las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva y el problema en su implementación.- III. EL FISCAL INSTRUCTOR Y SU ACTUACIÓN EN LA ETAPA PREPARATORIA. 1. El control de la iniciación del proceso por el Ministerio Público. 2. La objetividad en la investigación fiscal y los derechos del investigado. 3. El fiscal instructor y el principio de oportunidad. 4. El fiscal instructor y la acción penal pública.

I. INTRODUCCIÓN

Motiva el presente artículo de investigación, el honor de participar, gracias a la iniciativa de mi querido maestro, Juan Luis Gómez Colo-

468. Máster en Sistema de Justicia Penal y doctorando en Derecho Procesal Penal en la Universitat Jaume I de Castellón (España), docente en el Programa de Maestría de la Universidad Tecnológica de Honduras y actual director de la Escuela de Formación del Ministerio Público de Honduras.

mer, en este libro conmemorativo, en un reconocimiento póstumo a un gran jurista y amigo centroamericano, el cual no es otro que el entrañable Dr. César Barrientos Pellecer, quien dedicó su vida, valientemente, al estudio científico de la realidad jurídico-procesal centroamericana y que como servidor público y como ciudadano, luchó por la consolidación de un Estado de derecho guatemalteco en apego al respeto de los derechos fundamentales de la sociedad, y quien además, a través de sus investigaciones, denunció, constantemente, el menoscabo del espíritu de las reformas procesales en América Central.

En este presente estudio, haremos un análisis respecto al estado actual del proceso penal hondureño, en cuanto a la actuación del Fiscal Instructor en etapa preprocesal; para ello, debemos recordar que la reforma al sistema de justicia penal hondureño, surge de las recomendaciones de una comisión *ad hoc* propuesta a iniciativa del Gobierno de Rafael Leonardo Callejas, en el año de 1992, y que constituía la transición de un sistema de justicia penal desfasado a un sistema que contemplaba el pleno respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos, mismos que en la década de los ochenta, se vieron menoscabados por la incursión de la guerra fría y que en definitiva desnudo la vulnerabilidad del antiguo sistema.

El sistema procesal penal inquisitivo, formalmente establecido en el Código de Procedimientos Penales de 1984, en el cual quien instruí y juzgaba era una misma persona, por una parte, no permitía una verdadera imparcialidad judicial y por otra no existía una verdadera instrucción jurisdiccional, pues quien tenía el poder absoluto de las investigaciones de los hechos penales era la Policía Nacional, que se encontraba adscrito a las Fuerzas Armadas, sin ningún control sobre ello por parte del juez de instancia.

Todo ello generaba un ambiente óptimo para la violación de derechos humanos, por lo que, posteriormente, Honduras fue condenada en reiteradas ocasiones, por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), por desapariciones forzosas y ejecuciones sumariales por fuerzas del orden de aquel entonces, así también por la incapacidad de los órganos jurisdicciones en dirimir y ejercer un control sobre las investigaciones de estos hechos tan lamentables.

Es así, que se formularon varias recomendaciones, a través de la comisión *ad hoc*, de reforma de la justicia, que posteriormente se pudieron materializar en años posteriores, como el traspaso de las Fuerzas Armadas al control civil; la creación del *Ombudsman*, o defensor del pueblo (CONADEH); la creación de una defensa pública, que aunque esté en la misma estructura del Poder Judicial, sea funcionalmente independiente; el establecimiento de un sistema procesal acusatorio a través del Código Procesal Penal del 2002; la creación de un Ministerio Público que velará por los altos intereses de la sociedad. Todo ello, para consolidar un Estado constitucional de derecho.

Nuestro enjuiciamiento criminal está diseñado en tres etapas: una preparatoria, una etapa intermedia y otra de juicio. La etapa preparatoria es llevada por el Ministerio Público con el control de un juez de Garantías, para garantizar la legalidad de los actos de investigación que se realice bajo instrucciones del fiscal, en total apego a los derechos fundamentales.

Con la instrucción a cargo del fiscal, en primer lugar se garantiza el acusatorio, en cuanto a su máxima, el que acusa no juzga, sino también se garantiza la imparcialidad e independencia judicial, puesto que al tener la atribución de la instrucción hay una incompatibilidad de funciones procesales, en cuanto que solo es función exclusiva de la jurisdicción, juzgar y ejecutar lo juzgado, y en segundo lugar, y lo que se quiere subsanar, es el control de la legalidad de la actividad que realice los entes de investigación material y de persecución del delito, como ser la Policía Nacional, Policía Militar y otros, para que, en la búsqueda de una verdad de un hecho en apariencia de delito, dicha actividad, se realice en el pleno respeto de los derechos fundamentales.

Es por ello que se hace necesario un análisis del estado actual de esa atribución instructora al fiscal, como órgano extra poder desde su creación en al año 1994, en pro de vigilar la legalidad en la actuación de los poderes públicos y, en general, velar por los altos intereses de la sociedad.

II. LA ETAPA PREPARATORIA EN EL PROCESO PENAL HONDUREÑO

La etapa preparatoria en el sistema de enjuiciamiento penal hondureño tiene una doble naturaleza, una administrativa que es llevada en su totalidad por el Ministerio Público, que conlleva una serie de actividades cuya finalidad es la investigación de los hechos que pudieran revestir carácter de delito y los autores de los mismos (art. 272 del Código Procesal Penal hondureño, en adelante CPPH), del cual el resultado servirá para fundamentar una acción penal pública futura. Toda esta actividad investigativa, en su desarrollo, deberá regir siempre el principio de objetividad y legalidad que informa la actuación del ente fiscal (art. 93 CPPH). Así mismo tiene naturaleza jurisdiccional, en cuanto al control de legalidad de los actos de investigación que realice el Ministerio Público.

Con ello, la reforma al proceso penal en Honduras del 2002 constituye el complemento normativo necesario para la eficacia en la actuación del Ministerio Público, otorgándole un doble matiz a su Naturaleza Jurídica, en cuanto a que, la etapa preparatoria es encomendada al ente fiscal, por un lado, en el control de la investigación de hechos aparente de delitos, así mismo la fiscalización en el cumplimiento de la legalidad de la actuación de los poderes públicos, y, por otro lado, en base a las results de la investigación administrativa que haya llevado a cabo el ente fiscal, la promoción de la acción penal pública, en pro de los intereses generales de la sociedad (art. 294 CPPH).

Es de hacer saber que, generalmente, se comete el error, por parte de algunos juristas hondureños, en manifestar que la imparcialidad rige en la actuación del Ministerio Público, lo cual es un criterio, a nuestro parecer totalmente desacertado, pues, como bien establece el jurista Rigoberto Cuéllar Cruz, la imparcialidad no puede ser predicable al Ministerio Público, puesto que «no resulta posible exigir del ente investigador una actitud de imparcialidad como sinónimo de neutralidad en el eficaz desarrollo de su función» puesto que, para llevar a cabo la investigación de los hechos delictivos en el descubrimiento de la verdad material, llevará a cabo una serie de actuaciones, «con todos los medios legales que

tenga a disposición (...) lo que lleva a asumir, desde el inicio mismo de la investigación, una actitud beligerante, difícilmente combatible con la imparcialidad jurisdiccional».⁴⁶⁹

Sin embargo, si bien no le es predicable la imparcialidad al ente fiscal, si le es la objetividad en el desarrollo de la investigación de los hechos que se hayan puesto en su conocimiento, en cuanto y en tanto, «deberá investigar no solo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sean causa de exención o de atenuación de responsabilidad al imputado» (art. 93 CPP).

En cuanto al deber del Ministerio Público de la defensa de la legalidad, en el desarrollo de la investigación de los hechos delictivos y sus responsables, su actuación deberá ir encaminada a encontrar la verdad material de esos hechos, pero como defensor de un Estado democrático de derecho, esa actuación, no la realizara a cualquier precio, sino en apego al marco legal y bajo criterios de objetividad, pero en su atribución de la acción penal pública, esa objetividad, a nuestro criterio es cuestionable, pues ya cumple un papel de parte en el proceso, en donde su finalidad es la defensa de unos argumentos acusatorios, en base a una investigación recabada, la cual se llevó a cabo, en principio, de manera objetiva y responsable.

Asimismo, como se ha dicho anteriormente, la etapa preparatoria tiene naturaleza jurisdiccional, en cuanto al manejo de los actos de investigación garantizados, cuando, los mismos, pudieran suponer una merma a los derechos fundamentales de los investigados o encausados. Estos actos investigativos no pueden ser practicados si no es bajo la autorización de un juez de Garantías, quien controlará la actividad que pudiera emprender los órganos de persecución del delito, para el resguardo de las garantías fundamentales de los investigados y de sus víctimas así también, «se dicta el sobreseimiento, acto plenamente jurisdiccional, así como la estimación e imposición de medidas cautelares».⁴⁷⁰

469. Cuéllar Cruz, Rigoberto, *Ensayos sobre Política Criminal, Derecho penal y Procesal Penal*, Editorial AGM, 2004, Tegucigalpa, Honduras, p. 119.

470. Gómez Colomer, Juan Luis, Cuéllar Cruz, Rigoberto, Fernández Entralgo (Coordinadores) y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal de Honduras*, Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), editorial LITOCOM, 2004, p. 260.

En virtud de ello, nos encontramos con una etapa preparatoria que se apeg a un enjuiciamiento justo, en donde se respetan en todo momento los derechos y libertades de los ciudadanos que se sometan a ella, y que además se procura la justicia restaurativa a través del principio de oportunidad reglada que informa nuestro sistema de justicia penal, que permite en todo momento restaurar el derecho lesionado a la víctima y la reinserción social del imputado, por lo que «se garantiza un adecuado equilibrio entre la satisfacción del interés público en la efectividad de la persecución penal y la garantía en la eficacia de los derechos constitucionales».⁴⁷¹

De acuerdo con el art. 264 del CPPH, la etapa preparatoria estará dividida en varios actos:

1) La denuncia, cuando esta se haya presentado, pues recordemos que el Ministerio Público actuará de oficio en diversos hechos delictuales sin necesidad que exista previa denuncia.

2) La investigación preliminar, que se compone de diversos actos de investigación, con el fin de encontrar la verdad material de unos hechos puestos en su conocimiento, los mismos que veremos con detenimiento más adelante.

3) El requerimiento fiscal o la acción de la acusación: es el medio por el cual, una vez encontrados los elementos probatorios necesarios para la imputación de un delito por el Ministerio Público, se procede, de manera formal, a la judicialización de la causa. El requerimiento fiscal o acusación penal debe ser preciso en cuanto al hecho o hechos delictuales que se están imputando y que será motivo del proceso, así como la imputabilidad y responsabilidad penal de cada uno de los sujetos en el proceso o de los encausados.

4) La audiencia inicial: este es un acto jurisdiccional que tiene una doble finalidad, en primer lugar, justificar la imputación ante el órgano jurisdiccional, mediante un juicio en grado de probabilidad, de que existen suficientes elementos probatorios o fuertes indicios que el en-

471. Gómez Colomer, Juan Luis; Cuéllar Cruz, Rigoberto; Fernández Entralgo, Jesús (coords.) y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal de Honduras...*, op. cit., p. 264.

causado o encausados participaron en los hechos delictivos que se les están imputando, por lo que existen «méritos de probabilidad sustantiva para darle curso normal al proceso».⁴⁷²

En ese mismo sentido, el juez de Garantías valorará si se decreta auto de prisión y por ende la continuación del enjuiciamiento, o por el contrario, al considerar que no existen méritos suficientes para continuar con el proceso, ya sea porque considera que los hechos allegados a su conocimiento y de los indicios inculpatorios presentados por el Ministerio Público no exista delito o no existan indicios de participación del encausado en los mismos, decretará sobreseimiento definitivo o provisional.

En segundo lugar, se determinará en esta audiencia la situación legal del imputado en el desarrollo del enjuiciamiento, así como la medida cautelar personal aplicable al encausado, que puede ser la prisión preventiva, en caso que lo amerite por reunir los criterios exigidos por la normativa procesal en su art. 172, las cuales son que existan suficientes indicios razonables que indiquen que el autor es partícipe de los hechos que se imputan; que el imputado, en el desarrollo del enjuiciamiento, se haya fugado o exista razones fundadas para que lo haga; así también, que existan razones suficientes para creer que el imputado, al ponerlo en libertad tratará de destruir o manipular fuentes de prueba, así como el riesgo que se reintegre a la organización delictiva a la que pertenece o que, el mismo, atente o ejecute actos de represalia contra el acusador o denunciante (art. 178, numerales 3 y 4. CPPH). La prisión preventiva no podrá durar más de dos años.

El Código Procesal Penal hondureño, en adelante CPPH, establece en su art. 179, lo que el juez tomará en consideración al momento de imponer la prisión preventiva al imputado, como por ejemplo la falta de arraigo, la gravedad de la pena y la importancia del daño causado que se deba de indemnizar, evaluando su falta de voluntad reparadora, así

472. Sainz, José Antonio (coord.) y otros, *Manual del Fiscal I: Etapa Preparatoria*, Departamento de Capacitación y Accesoría Técnica Jurídica, Ministerio Público de Honduras (S/F), p. 182.

como el comportamiento del imputado en el proceso que infiera la falta de voluntad del imputado en someterse al proceso.

1. Las medidas cautelares sustitutivas a la prisión preventiva y el problema en su implementación

El órgano jurisdiccional podrá optar, ya sea de oficio o a petición de parte y bajo motivación, a otras medidas cautelares sustitutivas de la prisión provisional, todo ello bajo criterios de idoneidad y proporcionalidad. Estas pueden ser:

A. Arresto en su propio domicilio o en el de otra persona que lo consienta, bajo vigilancia o sin ella.

B. Someter al imputado al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada que informe periódicamente al juez.

C. Obligar al imputado a presentarse periódicamente ante un determinado juez o autoridad que este designe.

D. Prohibir al imputado salir del país, del lugar de su residencia o del ámbito territorial que el órgano jurisdiccional determine.

E. Prohibir al imputado concurrir a determinadas reuniones o a determinadas lugares.

F. Prohibir al imputado comunicarse con personas determinadas, siempre que con ello no se afecte el derecho de defensa.

G. La constitución a favor del Estado por el propio imputado o por otra persona, de cualquiera de las garantías siguientes: depósito de dinero o valores, hipoteca, prenda o fianza personal.

H. El internamiento provisional en un establecimiento psiquiátrico, previo dictamen.

I. Suspensión en el ejercicio del cargo, cuando se le atribuya un delito contra la administración pública.

En la práctica, el juez de Garantías ha tomado en consideración, previo al sometimiento del imputado a la medida cautelar de prisión preventiva, la falta de arraigo como elemento suficiente para imponer esta

medida, sin valorar la condición personal del encausado y del delito que se imputa, por ejemplo los factores externos, pues Honduras es un país con el 65 % de la población en situación de pobreza,⁴⁷³ por lo que se hace caso omiso a otros presupuestos legales establecidos en la norma procesal, como la gravedad de la pena o la importancia del daño causado por indemnizar; en definitiva, hay un abuso de esta medida cautelar, tanto por los fiscales al solicitarla como por los jueces en otorgarla, omitiendo, por parte de estos actores, una de las finalidades de nuestro sistema procesal, la cual es descongestionar el sistema penitenciario.

Por otra parte se ha observado, sobre todo en el interior del país, un abuso por parte del órgano jurisdiccional en el otorgamiento de medidas sustitutivas a la prisión provisional a miembros del crimen organizado, amparado en el arraigo del imputado, aun decretándose contra este el auto de prisión, sin siquiera tomar en consideración la gravedad del delito y de la pena, criterios estos, como hemos dicho, se encuentran tasadas formalmente en la normativa procesal.

Es por ello, que para solucionar el problema planteado en el párrafo anterior, el legislador, bajo el Decreto Legislativo 30/645, de 12 de marzo de 2005, dispuso, bajo el art. 184 procesal que «en ningún caso procederá la sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar en los delitos cometidos por miembros del crimen organizado o integrantes de asociaciones ilícitas».

A nuestro criterio, esta reforma es producto de la improvisación e irresponsabilidad del legislador, en aras «supuestamente» de hacer frente al problema grave de la delincuencia que azota el país en las últimas dos décadas, pues el CPPH ya establece que se tiene que valorar la gravedad de la pena de los delitos que se estén imputando para la imposición de la medida de prisión preventiva, pues estos delitos ya exceden de los cinco años de reclusión.

En esa misma línea, bajo esta reforma, se suma la pésima investigación preliminar, así también por lo complejo que resulta la investigación en un plazo corto de tiempo, sobre todo con los delitos

473. Datos del Instituto de Estadística Nacional de Honduras (INE), 16 de enero de 2013.

cometidos en flagrancia relacionadas con la criminalidad organizada y donde hay persona detenida preventivamente, en la que el fiscal, no habiendo recabado los elementos probatorios necesarios para suponer que el imputado ha participado en un hecho delictivo, presenta su acusación y aunque exista una gran probabilidad de que el acusado pueda ser sobreseído ya sea provisional o definitivo, en audiencia inicial, el fiscal solicitará ante la jurisdicción, en audiencia de declaración, por ley, la detención preventiva contra el acusado y el juez tendrá que otorgarla por no haber medida cautelar distinta de aseguramiento.

Otro claro ejemplo de la improvisación denunciada, en cuanto a la aplicación de medidas cautelares, resulta la reforma reciente de mayo de 2013, en la cual, para evitar un abuso jurisdiccional en la aplicación de medidas sustitutivas a miembros del crimen organizado, se ha tasado los delitos en donde no se beneficiará con estas medidas al imputado, como homicidio, femicidio, asesinato, parricidio, violación en todas sus manifestaciones, trata de personas, pornografía infantil, secuestro, falsificación de moneda y billetes de banco, magnicidio, genocidio, asociación ilícita, tráfico y tenencia ilegal de armas, terrorismo, contrabando y defraudación fiscal y delitos relacionados con el tráfico de drogas, lavado de activos y prevaricato (184-A CPPH).

Curiosamente, los delitos relacionados con corrupción gubernamental, como el abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios, tráfico de influencias, el cohecho, tanto activo como pasivo, malversación de caudales públicos, entre otros, no aparecen tasados formalmente, pese a que algunas de estas acciones delictivas son delitos que por su gravedad sobrepasan los cinco años de reclusión.

De lo anterior, observamos que nuevamente es una reforma totalmente innecesaria, puesto que ya el original art. 184 procesal contemplaba los criterios en el que el juez de garantías deberá imponer medidas distintas a la prisión provisional, como la gravedad de la pena y del delito. Según los legisladores, «con ello se busca enmendar un error en el Código (...) cerrando las puertas a cualquier interpretación diferente a los que ya ha decidido el legislador, pues los jueces han

interpretado (las medidas sustitutivas) de otra manera, de esta forma (...) quedará blindado, de tal manera que no se permita otra interpretación». ⁴⁷⁴

Estos argumentos realizados por parte del presidente del Congreso Nacional, carecen totalmente de sentido, puesto que es evidente, y así lo reconoce la sociedad civil, que ello no es producto de la deficiencia normativa procesal, sino todo lo contrario, de la actuación de los operadores de justicia, que a nuestro criterio, no han sabido asimilar o interpretar el Código Procesal Penal hondureño, puesto que esto viola, sin duda, la naturaleza del enjuiciamiento adoptado, ya que se cohibe al imputado, de acuerdo a sus circunstancias personales y del hecho delictivo realizado por este, ser enjuiciado en libertad, y con ello a la no sobrepoblación penitenciaria que tanto aqueja el país, y que desnaturaliza, totalmente, el real espíritu de las medidas cautelares del enjuiciamiento penal hondureño, en el cual la prisión preventiva será una excepción y no la regla.

Por otra parte, si el argumento es, como hemos tenido ocasión de tratar anteriormente, la amenaza de la intromisión del crimen organizado en la Administración de Justicia, se deberían buscar otros mecanismos legislativos efectivos para poder contrarrestarlo. No cabe duda, pues, que todas estas reformas son producto de la desesperación por parte de los poderes públicos en combatir la criminalidad organizada y recurren, como siempre, a la improvisación.

III. EL FISCAL INSTRUCTOR Y SU ACTUACIÓN EN LA ETAPA PREPARATORIA

Antes de referirnos a la actuación del fiscal instructor en etapa preparatoria, es menester pronunciarnos sobre la idoneidad del Ministerio Público hondureño para dirigir la investigación penal de los delitos, pero antes, es necesario, el entendimiento que nos llevó a adoptar este sistema de instrucción, para posteriormente ver si es conveniente seguir

474. Discusión parlamentaria del presidente del Congreso Nacional de Honduras.

manteniendo este sistema o que cambios deben emplearse para el fortalecimiento del vigente.

Uno de logros de la comisión *ad hoc* de reformas institucionales para la seguridad y la paz, nombrado por el Gobierno de Rafael Leonardo Callejas en el año de 1993, es la de monopolizar y despolitizar la investigación criminal, la cual formaría parte de la estructura del Ministerio Público, siendo este órgano fiscalizador del Estado un ente independiente de los poderes públicos, y bajo los principios de objetividad y legalidad que informan su actuación poder controlar la legalidad en la actividad investigadora de los entes de investigación material.

Lo anterior, debido a que antes de la creación del ente fiscal, la policía de investigación, formaba parte de la estructura de las Fuerzas Armadas de Honduras a cargo de la Dirección Nacional de Investigación (DNI), era «un cuerpo ineficiente en investigación criminal, con recurso de baja calidad, altos niveles de corrupción, irrespetuoso de los derechos humanos, coludidos con los delincuentes de cuello blanco y manipuladores de la escena del crimen (...) así como torturadores por excelencia para que mediante la confesión y no bajo la prueba científica se encontrara a los culpables»⁴⁷⁵ de un supuesto hecho criminal. Todo ello, sin ningún control jurisdiccional.

Por ello que la Ley 228-93 le otorga la instrucción en la investigación de las causas penales al Ministerio Público, que tendrá como atribución la de «velar por la pronta, recta y eficaz administración de justicia, especialmente en el ámbito penal; llevando a cabo la investigación de los delitos».

Así también, en ese mismo sentido, se refiere el art. 92 del CPPH, al manifestar que «corresponderá al Ministerio Público, por medio de sus funcionarios y órganos auxiliares, investigar los hechos punibles y promover la acción penal pública en representación de la sociedad», bajo este mandato legal y a través de los actos investigativos que realice el Ministerio Público, de manera objetiva (art. 93 CPP), comprobará si un

475. Alvado, Wilfredo, «Políticos que quitaron investigación al MP tienen al país en caos». Entrevista en la sección «Al Frente» del diario *El Herald* de Honduras, edición del 28 de abril de 2013.

hecho tiene o no apariencia de delito, y si lo tiene lo perseguirá por la vía de la acción penal ante la jurisdicción, garantizando así el interés público tutelado por la ley.⁴⁷⁶

Para cumplir el mandato legal de la investigación y posterior persecución de los hechos delictivos, el Ministerio Público tendrá la facultad de la dirección, orientación y supervisión de las actuaciones de la policía de investigación (art. 16 numeral 4 LMP); por tanto, este último «en el cumplimiento de sus funciones (...) los miembros de la policía de investigación (...), actuarán por propia iniciativa, de acuerdo con las orientaciones generales impartidas por los Fiscales y ejecutarán las órdenes de actuación concreta que de ellos reciban, en relación con el hecho que se esté investigando» (art. 279 CPPH).

Con la instrucción a cargo del fiscal, en el sistema de justicia penal hondureño, se busca, aparte de monopolizar la investigación criminal por el Ministerio Público, por las circunstancias antes apuntadas, fortalecer la imparcialidad judicial, de manera que este no se encuentre de ninguna manera comprometido con la investigación administrativa de los hechos criminales, y se limite a una función estrictamente jurisdiccional, juzgar y ejecutar lo juzgado, obedeciendo al principio acusatorio que rige nuestro sistema de enjuiciamiento.⁴⁷⁷

En esta etapa preprocesal hay actos de investigación que son estrictamente jurisdiccionales o que no escapan de control jurisdiccional, como son los que limitan los derechos fundamentales de las personas

476. El artículo 272 del Código Procesal Penal hondureño establece que, «en la investigación de la verdad, la Policía, el Ministerio Público u otra autoridad competente, practicará todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho punible y tomará en cuenta las circunstancias que, de acuerdo a la ley penal, sean importantes para establecer el grado de responsabilidad de los agentes». Así mismo, el artículo 414 del mismo cuerpo legal ordena que, «el Ministerio Público investigará de oficio o a petición de la víctima, las acciones u omisiones constitutivas de delitos comunes, en que aparezcan implicados funcionarios del Estado».

477. Hay dos razones que obedecen, a criterio de Rigoberto Cuéllar, la instrucción fiscal en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, «delimitación de la función jurisdiccional como garantía de imparcialidad; y, coherencia de que quien acuse lleve atribuida la investigación». Gómez Colomer, Juan Luis; Cuéllar Cruz, Rigoberto; Fernández Entralgo, Jesús (coords.) y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal de Honduras...*, op. cit., p. 263.

que están sometidas a un proceso investigativo, estas estarán bajo el control de un juez de Garantías o de Primera Instancia, pues los mismos impensablemente pueden estar a cargo de un ente que no tiene facultades de jurisdicción como es el Ministerio Público, aunque el ente fiscal, en la investigación preliminar, esté llamado a la objetividad, como reiteramos en su actuación.

Es así que Honduras abandona el sistema procesal penal inquisitivo que estaba inspirada en el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, en el cual instruía las causas penales un juez instructor. Este sistema procesal fue trasladado a Honduras a través de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882.⁴⁷⁸

Sobre este tema de la instrucción de las causas penales en etapa administrativa del proceso penal, hay una férrea discusión, sobre todo en la Europa continental y más específicamente en España, de la inadmisibilidad de que instruya el Ministerio Público en etapa preprocesal, pues consideran que el ente fiscal no deja de ser una parte en el proceso, por lo tanto no es imparcial, pues solo el juez lo es, así también la naturaleza del sumario tiene una característica jurisdiccional, en cuanto que se toman decisiones como la imposición de medidas cautelares como la detención preventiva o archivos administrativos de causas que pueden constituirse como sobreseimientos.

Se puede llegar a decir, incluso, por el imaginario colectivo de la sociedad en general, que el hecho de que el fiscal instruya, ubica al Ministerio Público en una posición de privilegio en el proceso frente al resto de las partes en la primera fase del enjuiciamiento, en vista que cuenta dentro de su estructura con el único órgano de ciencias forenses, que tiene como función coadyuvante en la actividad de constatación del delito, así también con el monopolio de la acción penal, lo que no permitiría a la ciudadanía accionar su derecho a tutela de sus intereses directamente ante la jurisdicción.

Sin embargo, incidimos en que de ninguna manera existe alguna ventaja durante la sustanciación de la etapa preparatoria del proceso por

478. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 sigue hoy día en vigencia en el Reino de España.

parte del Ministerio Público frente al resto de las partes personadas, por las siguientes razones:

A. Por su posición de garante de la legalidad, pues toda su actuación en la etapa preparatoria lo ejercerá, como hemos dicho, bajo principio de objetividad y el respeto a los derechos fundamentales, que es el pilar fundamental de la Constitución de la República, como es el caso del derecho de defensa y al estado constitucional de inocencia.

El art. 89 de la Constitución de la República de Honduras, en adelante CRH, establece que, «toda persona es inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad por autoridad competente», por ello no es el Ministerio Público quien quebranta ese estado de inocencia, sino la jurisdicción, por tanto será ante esa instancia donde se valorarán los medios probatorios para acreditar o desvirtuar las culpabilidad del imputado.

B. Por la posibilidad que tiene las otras partes en participar de la etapa de averiguación, el cual le permite proponer las diligencias que estimen oportunas a fin de desvirtuar o acreditar la participación del imputado en los hechos denunciados, eso también bajo la exigencia del principio de contradicción.

Hay que manifestar que, en todo caso, la inadmisión de la práctica de alguna diligencia por parte del Ministerio Público, las partes se apegarán a lo establecido por el art. 97 del CPPH, en el que le permite instar a la jurisdicción para que revise la negatoria del ente fiscal, y si el juez estima que dicha diligencia debe ser practicada, este ordenará al Ministerio Público para que la realice.

C. En el caso de la aplicación del criterio de oportunidad, sabemos que, y como veremos más adelante, en caso de que la víctima no esté de acuerdo con el archivo administrativo realizado por el agente fiscal por la aplicación de este beneficio extraprocesal, y no se acceda a lo solicitado por el ofendido en volver reabrir la causa, esta también podrá, por mandato del art. 32 CPPH, instar a la jurisdicción para que este último ordene al Ministerio Público que reabra la causa y dé curso a la acción penal.

Por todo ello, las partes, tanto la defensa como la acusación privada, tienen las vías legales para que se les incluya en el proceso de investigación, pues de ninguna manera la actividad que realiza el Ministerio Público escapa del control jurisdiccional.

Es así, pues, que este sistema de enjuiciamiento penal garantiza «un equilibrio complementario», por un lado, un Ministerio Público que ejercerá la acción penal de manera efectiva, y por otro, el pleno respeto a las garantías constitucionales en el desarrollo del enjuiciamiento bajo la tutela de la jurisdicción y consecuentemente se consolida el principio de contradicción, pues el juez valorará, al estar aislado de la investigación administrativa, los argumentos de las partes de manera más transparente e imparcial.⁴⁷⁹

Asimismo, no hay que olvidar que a pesar de ello, el principio acusatorio exige que la instrucción sea llevada a cabo por una persona distinta que la que juzga, por lo que la adopción de este sistema es totalmente ajustado a la realidad sociopolítica del país y «a una constitución democrática».⁴⁸⁰

1. El control de la iniciación del proceso por el Ministerio Público

La denuncia es el acto que pone en marcha la iniciación del enjuiciamiento penal. Por ello que, en la iniciación de la etapa preparatoria, se requiere la puesta en conocimiento de unos hechos que revistan carácter de ilícito, denominado como denuncia o *noticia criminis*. Esta denuncia es puesta en conocimiento, generalmente, por los ciudadanos.

Es así que el fiscal instructor podrá iniciar su accionar por dos vías, a saber: 1) de oficio cuando tenga conocimiento de un hecho delictivo de manera directa o a través de la Policía Nacional, por atestado, esta

479. Gómez Colomer, Juan Luis; Cuéllar Cruz, Rigoberto; Fernández Entralgo, Jesús (coords.) y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal de Honduras...*, op. cit., p. 265.

480. *Ibidem*, p. 262. Véanse de igual manera las sentencias del Tribunal Constitucional español 2536/94 y 2859/94.

última se reputará como denuncia, en tanto en cuanto expresa o narra supuestos hechos criminales que luego debe ponerse en conocimiento a la autoridad fiscal, para que este formule las instrucciones correspondientes para el esclarecimiento de los hechos denunciados (arts. 273 y 283 CPPH), 2) por vía de la denuncia o querrela interpuesta por los ciudadanos (art. 267 CPPH).

A diferencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM) española, que tácitamente establece la obligación de denunciar a cualquier persona que presencie o tenga conocimiento de la perpetración de un hecho delictivo (art. 259 LECRIM),⁴⁸¹ en el caso de la normativa hondureña no establece esa obligatoriedad, pues es facultativa (art. 268 CPPH),⁴⁸² sin embargo sí hace mención de personas específicas que están en la obligación de denunciar, como es el caso de (art. 269 CPPH):

A. Los funcionarios o empleados públicos en ocasión de sus funciones.

B. Los médicos, farmacéuticos, odontólogos incluyendo los estudiantes de medicina y odontología, enfermeros, paramédicos, parteros y demás personas relacionados con el ejercicio de profesiones, oficios o técnicas vinculadas con la salud, que tengan conocimiento de acciones u omisiones penales durante el ejercicio de sus actividades.

C. Los representantes de las personas naturales, los gerentes, administradores o representantes legales de las personas jurídicas y en general, quienes tengan bajo su cuidado bienes ajenos, que tengan conocimiento de delitos cometidos en perjuicio de los intereses con los que esta relacionados.

El fiscal del Ministerio Público advertirá al denunciante sobre la responsabilidad que conlleva la interposición de una denuncia mani-

481. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española dispone que «el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento.

482. El art. 268 del CPPH, establece que «toda persona que presencie o tenga conocimiento directo de la comisión de un delito o falta de acción pública (...) podrá denunciarlo a la policía u otra autoridad competente».

fiestamente falsa, pues en caso de la comisión de este hecho, podría imputarse el delito de acusación o denuncia falsa, el cual lleva aparejada una pena, de acuerdo al Código Penal vigente, de seis meses a tres años de reclusión.⁴⁸³

En ningún momento, el CPPH, a diferencia de la normativa procesal española,⁴⁸⁴ dispone de exenciones al deber de denunciar, por ejemplo el enajenado mental o el impúber, cuyas manifestaciones no serían fiables ya sea, en el caso del impúber, por la inmadurez sobre la percepción de la realidad y en el caso del enajenado mental por las deficiencias generadas a causa de su padecimiento.⁴⁸⁵

Sin embargo, a pesar de lo expresado en párrafo anterior, se entiende que la autoridad estatal correspondiente tiene el deber de tutela de los intereses de la sociedad y por ende del denunciante, por ello es menester que los órganos de persecución del delito como el Ministerio Público y la Policía están en la obligación de corroborar, en base a la denuncia, la veracidad de los hechos denunciados y dar inicio con ello a la investigación preliminar, pero que a diferencia del resto de ciudadanos que están facultados para denunciar, el enajenado mental y el menor de edad, están amparados en una de las causas que eximen de responsabilidad, por ser inimputables (arts. 22 y 23 del Código Penal hondureño, en adelante CPH).

En la práctica forense hondureña, se le ha dado mucho valor a la denuncia anónima interpuesta ante instancia policial, y a pesar de la informalidad se puede llevar a cabo la iniciación de la investigación preliminar.⁴⁸⁶ En opinión de Alberto Binder «es totalmente

483. El art. 387 del Código Penal vigente, establece que «se comete el delito de acusación o denuncia falsa cuando, imputando falsamente a una persona hechos que, de ser ciertos, constituirían delitos de los que dan lugar a procedimiento de oficio, si esta imputación se hace ante funcionario administrativo o judicial que por razón de su cargo deba proceder a su averiguación o castigo».

484. La obligación de denunciar «no comprende a los impuberes ni a los que no gozaren del pleno uso de la razón» (art. 260 LECRIM).

485. Véase Gómez Colomer, Juan Luis; Cuéllar Cruz, Rigoberto; en Fernández Entralgo, Jesús (coords.) y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal de Honduras...*, *op. cit.*, p. 283.

486. *Idem.*

inadmisible en un Estado de Derecho, (...) pues puede convertirse fácilmente en un instrumento de persecución inclusive de persecución política»,⁴⁸⁷ asumirlo de esta manera es reconocer la debilidad de actuación de la Policía Nacional, sin embargo, ante tal debilitamiento, en el caso hondureño, es evidente que requiere de un control eficiente en dicha actuación por parte del agente fiscal, lo que en este momento, materialmente, carece.

Sobre esa misma línea, la ley incluso protege al denunciante anónimo, pues recordemos que al denunciante no se le obliga ser parte en el proceso, aunque en el transcurso de la investigación podría ser llamado a atestiguar sobre esos hechos denunciados; por ello el agente fiscal y cualquier otro ente de persecución penal tienen la obligación, con el objeto de proteger su seguridad, de respetar el derecho que tiene el denunciante de mantener su nombre o su identidad en el anonimato (art. 270 CPPH).

Cuando la denuncia se formula ante instancia policial, por mandato legal del art. 283 del CPP, este tendrá la obligación, como reiteramos, de comunicar dentro de las seis horas de cualquier hecho aparente de delito que tenga conocimiento al Ministerio Público, para que este último gire las instrucciones técnicas-jurídicas necesarias para su esclarecimiento y con ello determinar si este hecho denunciado puede ser judicializado; ser sujeto de un tratamiento extrajudicial a través de los mecanismos que otorga la ley por el principio de oportunidad o en su caso proceder a su archivo administrativo.

En la práctica la Policía Nacional, en clara violación del enunciado 283 procesal y por la falta de control del ente fiscal, por las circunstancias antes apuntadas, desestima arbitrariamente denuncias que son puestas en su conocimiento y que evidentemente no son reportadas al Ministerio Público, tomándose, como reiteramos, atribuciones que no le corresponden.

Una vez puesto en conocimiento al Ministerio Público de un hecho que reviste carácter aparente de delito, este iniciará una serie de actos

487. Binder Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2.^a ed., Editorial Ad-hoc, Buenos Aires (Argentina), 1999, p. 27.

de investigación con la finalidad de verificar la realidad material de los hechos denunciados, así como identificar e individualizar a cada uno de los intervinientes en el supuesto hecho criminal, para posteriormente evaluar si esos hechos llenan los requerimientos legales necesarios para que los mismos sean judicializados.

2. La objetividad en la investigación fiscal y los derechos del investigado

Uno de los principios rectores en la actuación del Ministerio Público es el principio de objetividad, lo que implica que, en etapa administrativa del enjuiciamiento penal, una vez puesto en conocimiento del fiscal, ya sea de oficio o por autoridad policial e investigativa, de unos hechos que pudieran revestir carácter de delito, su objetivo principal es procurar encontrar la verdad material sobre esos hechos, por lo que, en el transcurso de la investigación sumaria, se valorará en los mismos, los elementos de cargo o elementos incriminatorios sobre el investigado, de la misma forma se entrará a valorar los elementos de descargo o aquellos elementos que no incriminan al investigado.

Para la operatividad de este principio se requiere, por ello, que durante la realización de los actos de investigación, se debe respetar una serie de derechos y garantías establecidas por nuestra Constitución Política, por lo que, el fiscal del Ministerio Público, no deberá investigar a cualquier precio, sino bajo los límites establecidos por el ordenamiento jurídico nacional.⁴⁸⁸

En ese sentido, se hace necesario realizar un análisis a la luz de los derechos del investigado, toda vez que los derechos humanos generan cuatro niveles de obligaciones para el Estado: de respeto, protección, garantía y cumplimiento. Para ello, debemos decir, que en el transcurso de la investigación fiscal se debe, en todo momento, respetar el derecho

488. Véase Cuéllar Cruz, Rigoberto, *Ensayos sobre Política Criminal, Derecho penal y Procesal Penal...*, op. cit., pp. 11-13.

de defensa del investigado,⁴⁸⁹ como uno de los derechos más relevantes, como punto de partida de garantizar el resto de derechos y garantías establecidas por la Constitución.

En etapa administrativa o en la investigación sumaria que realiza el fiscal, el derecho de defensa debe de materializarse bajo el respeto irrestricto de los siguientes derechos:

1. El derecho a ser informado de la acusación y de los derechos que le asisten como investigado (art. 101 CPPH).

2. A participar activamente en el proceso investigativo llevado a cabo por el Ministerio Público, ya sea aportando material probatorio de descargo y/o solicitar cuantos actos de investigación sean necesarios para desvanecer su culpabilidad (art. 14 CPPH).

El derecho a ser informado de la acusación y a participar activamente en la investigación, debe ser pleno, esto implica que el fiscal que instruye la causa, debe de mostrar aquellos elementos probatorios que surgen del expediente investigativo fiscal o del atestado policial, para que el investigado tenga la oportunidad de solicitar al ente fiscal una serie de actividades investigativas o aportar elementos de prueba para su descargo, pero ello no se materializa, ya que el fiscal suele interpretar que el mostrar dichas diligencias pudiera acarrear el fracaso de las investigaciones, obviando que hay diligencias que pudiera darlas a conocer, sin que se interprete con ello, el fracaso de las investigaciones, como hay otras que pueden ser denegadas a mostrarse, pero que dicha negatoria debe reunir los requerimientos de motivación.

Por otra parte, debemos decir que se presentan numerosas acusaciones que prescinden del respeto a estos derechos y específicamente al derecho a la defensa del imputado en cuanto a que, generalmente, no se cita al investigado, de una parte a informarle que pesa sobre él una acusación y que por tanto tiene derecho a participar activamente en el desarrollo de la investigación para su descargo, y, de otra parte, a infor-

489. La Constitución de la República, garantiza este derecho en su art. 82, en el cual lo considera inviolable, también lo recoge en el art. 14, párrafo primero de la CPPH.

marle del resto de derechos que le asisten, como por ejemplo el rendir su declaración administrativa.

Por todo ello, en la práctica forense los fiscales del Ministerio Público, por el desconocimiento de la naturaleza de la institución fiscal y los principios que le informan, sobre todo el de objetividad, tienden a violar estos derechos tan elementales, pues entienden que toda su actividad fiscal está orientada a la persecución a ultranza de delitos y que debe ser el órgano jurisdiccional el que finalmente deberá decidir la culpabilidad o inocencia del imputado, pues es en esta etapa jurisdiccional donde se concretan los principios del enjuiciamiento, tales como el de contradicción y defensa.

3. El fiscal instructor y el principio de oportunidad

Uno de los principios que rige nuestro sistema de justicia penal es el principio de oportunidad, y debe de entenderse como la facultad discrecional otorgada al Ministerio Público, para que bajo ciertos requerimientos legales previstos en la norma procesal, en cuanto a determinados hechos delictivos y la valoración de las circunstancias personales del sospechoso o imputado, se condicione o en definitiva se abstenga de ejercer la acción penal pública.⁴⁹⁰

Lo anterior implica flexibilizar el principio de legalidad, en tanto en cuanto se accione penalmente ante la jurisdicción de aquellos hechos delictivos de orden público, por mecanismos alternos que, por política criminal, se hacen necesarios para procurar una justicia más restaurativa, entendida como la restitución del derecho quebrantado por el hecho criminoso a la víctima y así también intentar la reinserción del infractor

490. Así lo manifiesta la normativa procesal penal hondureña en su art. 28, al establecer que «El Ministerio Público tendrá la obligación de ejercer la acción penal pública en todos los casos en que sea procedente. No obstante, podrá abstenerse de ejercitar total o parcialmente la acción penal, limitarla a algunas de las infracciones o algunos de los imputados». Véase de igual manera Cuéllar Cruz, Rigoberto, *La Reforma Procesal Penal y el Ministerio Público en Honduras: Justificación y Perspectivas*, Litográficos de impresión, S de RL, Tegucigalpa, Honduras, pp. 312-313.

en la sociedad. Con lo anterior, también se descongestionan los despachos judiciales y los centros penitenciarios.⁴⁹¹

De esta manera, el Estado se concentrará en la persecución de delitos de mayor relevancia social, como por ejemplo los de criminalidad organizada y de corrupción gubernamental, siendo estos los causantes de los altos índices de criminalidad y de impunidad existentes en la actualidad.

En el sistema de justicia hondureño, el principio de oportunidad tiene varias manifestaciones, como ser: el criterio de oportunidad (art. 28 cph), la suspensión de la persecución penal (arts. 36-40 CPPH) el procedimiento abreviado (arts. 403 y 404 CPPH) la estricta conformidad art. 322 CPPH) y la conciliación (art. 45 CPPH).

Para efecto de este estudio nos centraremos en el criterio oportunidad como mecanismo extra proceso en etapa administrativa, esta manifestación del principio de oportunidad, se encuentra regulada del art. 28 al 35 de nuestro CPPH. Los requisitos para la aplicación de esta figura son los siguientes:⁴⁹²

1. Cuando la pena aplicable al delito no exceda de cinco (5) años, cuando la afectación del interés público sea mínimo y, de los antecedentes y circunstancias personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad.

2. Cuando el imputado haya hecho cuanto estaba a su alcance, para impedir la consumación de los efectos del delito, si los antecedentes personales del imputado, se infiera su falta de peligrosidad.

3. Cuando el imputado, su cónyuge o la persona con la que hace vida marital o un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segunde de afinidad o de adopción, haya sufrido, como consecuencia directa de un delito culposo, un daño físico o moral grave.

4. Cuando la pana a aplicar por un delito, sea menor importancia en comparación con la que se le impuso o se le debe de imponer a la misma persona por otro delito conexo.

491. Véase Tijerino Pacheco, José María, *El Principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal*, en «*Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal*», Mundo Gráfico, San José, Costa Rica, 1996, pp. 88-89.

492. Art. 28 del CPPH.

5. Cuando se trate de delitos de criminalidad organizada o cuando se trate de delitos de compleja investigación y en tanto en cuanto el imputado colabore eficazmente con la investigación y brinde información a las autoridades fiscales o policiales para evitar la continuación del delito o la perpetración de otros. Este mecanismo, a diferencia de los otros supuestos, solo será autorizado por el fiscal general.

Debemos decir que, a diferencia del sistema penal norteamericano en donde el fiscal tiene absoluta discrecionalidad para negociar con el imputado algunas salidas alternas, como por ejemplo la disminución de pena en el caso de la figura del *Plea Bargain*, en el caso hondureño y por influencia del derecho continental europeo, el fiscal hondureño, no tiene una discrecionalidad total sino parcial, en tanto en cuanto la aplicación del criterio oportunidad no escapa del control interno o administrativo y externo o jurisdiccional.

Hablamos de un control interno o administrativo (art. 29 CPPH) cuando la aplicación de esta figura está supeditada a la autorización del fiscal general, por lo que, en pro de una verificación de legalidad efectiva, su aplicación puede ser denegada cuando, el mismo, no llena los requerimientos legales para su aplicación. Hablamos de un control externo o jurisdiccional (arts. 32 a 34 CPPH) en donde se le da la oportunidad a la víctima de instar a la jurisdicción, cuando el mismo, no esté de acuerdo con la aplicación de esta figura, ya sea por el incumplimiento del acuerdo reparatorio o en definitiva porque entiende que pudiera causar un perjuicio hacia sus intereses, en cuyo caso el juez de Letras o de Control de Garantías, ordenará al fiscal que desarchiva la causa y le dé el trámite de Ley.⁴⁹³

En la práctica forense hondureña, esta figura se ha visto desnaturalizada, pues el fiscal instructor a entendido que hay hechos delictivos que, si bien llena los requisitos previamente establecidos por la ley, no se aplica, como son los casos de niñez y mujer, como por ejemplo, el

493. Tirado Estrada, Jesús José; Santos Cruz, Luis Javier (coords.) y otros, *Manifestaciones del Principio de Oportunidad en el Proceso Penal Hondureño*, Módulo Instruccional X1, Escuela de Formación del Ministerio Público de Honduras. Tegucigalpa (Honduras), 2013, p. 51.

delito de violencia intrafamiliar, ello por instrucciones giradas por la Dirección General de Fiscalía, o más grave aún, no se aplican por mutuo propio, por el desconocimiento de la naturaleza jurídica de esta figura y su importancia en el sistema de justicia penal hondureño, pues si bien, hay hechos más complejos que otros, en ningún caso la ley prohíbe la aplicación de esta figura, se debe entender que siempre respetando el principio de razonabilidad y motivación.

Todo ello trae grandes perjuicios a la efectividad del proceso penal hondureño, pues se ha «pervertido» el principio de oportunidad, puesto que vemos que los desechos judiciales se han vuelto a colmar de delitos de menor importancia penal en su persecución, no se está apostando a una justicia más restaurativa en la cual se procure la satisfacción de la víctima en la restitución de sus derechos quebrantados y la reinserción del imputado y los centros penitenciarios ya no dan abasto, cayendo en sobre población penitenciaria.

4. El fiscal instructor y la acción penal pública

El Ministerio Público tiene el absoluto control de la inicialización del enjuiciamiento, pues, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de enjuiciamiento criminal español, en el que se da el espacio para que los ciudadanos accedan a la jurisdicción de manera directa sin intervención del Ministerio Fiscal, esa situación no es aplicable en Honduras, pues se encuentra limitado por el monopolio de la acción penal, con excepción de los delitos comprendidos en el art. 27 procesal: los referentes al honor; la violación de secretos, su revelación y chantaje; la negación de asistencia familiar a personas mayores de edad y la estafa continuada en el libramiento de cheque sin suficiente provisión.

El Ministerio Público, al tener el absoluto control de la iniciación del proceso, por el monopolio de la acción penal, provoca, generalmente, que en el caso de personamiento de acusador privado, este se tenga que adherir a las pretensiones acusatorias del ente fiscal, sin que su participación en el proceso, en un mal entendimiento del principio acusatorio de la mayoría de los abogados en el ejercicio privado, en cualquiera

de sus etapas, tengan carácter de vinculante en la actuación del agente fiscal.

En consecuencia, consideramos que el haber otorgado al ente acusador del Estado el monopolio de la acción penal, violenta enormemente el derecho a los ciudadanos de una verdadera tutela judicial efectiva. A nuestro criterio el ciudadano debe poder acceder directamente a la jurisdicción para interponer su pretensión acusatoria, en los mismos términos que se permite al Ministerio Público.

Lo anterior guardaría coherencia y legitimidad en cuanto a que el juez reclame al fiscal que realice cuanta diligencia investigativa sea necesaria en pro de los intereses del ofendido, así también que se le pueda tomar en consideración, no solo como parte formal (acusador privado) en el proceso, sino como parte material y activa en el mismo y de esa forma garantizar el principio acusatorio, por ende, el acceso de la justicia a los ciudadanos.

Por todo ello, y a modo de conclusión, debemos decir que, si bien la instrucción fiscal en nuestro sistema de justicia penal es idóneo y coherente con nuestra realidad jurídica, el fiscal instructor, ya sea por circunstancias externas a su voluntad o por mutuo propio, ha desconocido la verdadera naturaleza jurídica de su función y su importancia dentro del engranaje de nuestro sistema de justicia penal, como me decía uno de los grandes juristas centroamericanos, César Barrientos Pellecer, al cual dedico esta obra, «mi estimado “Leo”, el fallo del sistema procesal hondureño, no radica en su norma sino en sus operadores».

VÍCTIMA, ACUSADOR PRIVADO Y PRINCIPIO ACUSATORIO: UN ENCUADRE OBLIGADO

DR. RIGOBERTO CUÉLLAR CRUZ⁴⁹⁴

*Fiscal general adjunto de la República
Ministerio Público de Honduras*

SUMARIO: I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN.- II. DEL ACUSADOR PRIVADO Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL. 1. Posibilidad de iniciar el proceso penal mediante acusación formulada por acusador privado. 2. ¿El fiscal como coadyuvante o «apéndice» del acusador privado?- III. EL PRINCIPIO ACUSATORIO COMO NECESARIO PUNTO DE PARTIDA. 1. Imposibilidad que pueda existir un proceso penal sin el sostenimiento previo de una acusación. Pretensión acusatoria que obligadamente deberá ser formulada y sostenida por persona distinta a la llamada a juzgar. 2. No procede la condena por hechos distintos, ni persona distinta, a los señalados por la acusación. 3. Prohibición de *reformatio in peius*.- IV. EL ACUSADOR PRIVADO: ¿SIMPLE APÉNDICE DEL FISCAL? 1. Conclusiones importantes a tener presente en el análisis. 2. Importancia práctica de realizar un debido encuadre entre principio acusatorio, acusador privado y la actuación del fiscal en los delitos de acción penal pública. a) *Pretensión acusatoria y medidas cautelares*. b) *Pretensión acusatoria y calificación jurídica en el momento de la sentencia*. c) *Pretensión acusatoria y auto de formal procesamiento/auto de apertura a juicio*.

494. Doctor en derecho por España. Coordinador nacional de los programas de Maestría en Derecho procesal penal y Derecho procesal civil de la Universidad Tecnológica de Honduras. Actualmente, fiscal general adjunto de la República de Honduras.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Cuando el Prof. Gómez Colomer nos solicitó contribuir como coautor en la realización de un libro en homenaje al Dr. César Barrientos Pellecer, dicha oportunidad se constituyó en mi caso en particular, más que en una invitación, en una verdadera obligación.

Tuve el honor de conocer por primera vez al Dr. Barrientos en suelo hondureño, a mediados de los años noventa, cuando junto con el Dr. Tijerino Pacheco, lideraron un proceso intenso de capacitación a lo interno del Ministerio Público, orientado a consolidar la reforma procesal penal en Honduras, después de la aprobación legislativa de un nuevo Código Procesal Penal que entraría en vigencia para el año 2000.

En aquel entonces, yo era tan solo un alumno recién graduado de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras, orgullosamente integrante de la primera promoción de fiscales del recientemente creado Ministerio Público.

Resulta honesto sostener hoy que fueron estos dos juristas, a través de las inquietudes planteadas en esos procesos de formación inicial, los que me incentivaron a continuar mi especialización en el ámbito penal.

De hecho, resulta grato recordar que fue por la generosa intermediación del Dr. José María Tijerino, que entré en contacto por primera vez con el Pror. Gómez Colomer, y con ello se materializó mi anhelo de realizar estudios de doctorado en Derecho procesal en España.

Sin duda, mucho ha transcurrido desde ese entonces, pero mi amistad, respeto y cariño por estos dos juristas centroamericanos, no hizo más que crecer y afianzarse con los años.

Producto de esa relación continua, años más tarde, específicamente del 2001 al 2003, tuve el honor de trabajar con ellos en la consolidación de la reforma procesal penal en Nicaragua. En mi caso particular, prestando asesoría técnica al entonces novedoso Ministerio Público nicaragüense.

Me permito hacer referencia al hecho anterior, porque para mi significó mucho pasar de alumno de estos dos grandes hombres a quienes tanto admiraba, a ser compañero de lucha en los procesos de reforma de la justicia penal en Centroamérica. Y fue en esos años en los que

el Dr. César Barrientos pasó a convertirse de maestro, en uno de los mejores amigos que puedo jactarme de haber tenido.

Posteriormente, ya de regreso en tierra hondureña y para finales del año 2004, nuevamente tuve el honor de trabajar con el Dr. Barrientos en un nuevo reto de reforma de la Justicia hondureña: La reforma procesal civil. Misma que se vio materializada con la aprobación del nuevo Código Procesal Civil, mediante Decreto Legislativo n.º 211-2006. Cabe destacar, hasta este momento, el Código Procesal Civil más progresista, no solo de Centroamérica, sino de Latinoamérica.

Con nostalgia recuerdo la última vez que tuve el placer de compartir la siempre amena compañía de César, en el mes de diciembre del año 2014. Fecha muy importante para ambos, pues fue en el marco de la merecida investidura de nuestro querido maestro, el Prof. Juan Luis Gómez Colomer, como doctor *honoris causa* por la Universidad Tecnológica de Honduras (UTH).

Reconocimiento al Prof. Gómez Colomer que sentimos como propia y que veníamos gestando juntos desde hacía algunos años atrás. Para entonces, César llevaba varios años ya como magistrado de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala y yo recientemente había sido nombrado por el Congreso Nacional como fiscal general adjunto.

Me tomo la libertad de realizar esta brevísima remembranza histórica, no solo para respaldar lo sostenido al inicio en cuanto a mi obligación moral de contribuir con la presente obra jurídica recopilatoria, dada mi cercana relación tanto profesional como personal con el Dr. Barrientos Pellecer; sino también para que se comprenda la enorme pérdida que significó su partida física, no solo para Guatemala o para quienes lo estimábamos y extrañaremos como maestro y amigo, sino para todos los centroamericanos que día a día abogamos y luchamos por la consolidación del Estado de derecho en nuestros países. Esfuerzo perenne al que el Dr. Barrientos dedicó su vida entera.

Es así que, en memoria del Dr. Barrientos Pellecer, he optado por seleccionar el tratamiento de un tema que era de su especial interés y sobre el cual se pronunció enérgicamente en distintos foros: los derechos de la víctima en el proceso penal.

Para ello, realizaré una aproximación crítica a uno de los actores procesales más particulares, y a mi criterio más incomprendido, dentro del sistema de enjuiciamiento criminal hondureño, como sin duda lo es el *acusador privado*.

Al respecto, existe poca discusión en Honduras hoy al menos en admitir la figura del acusador privado como uno de los instrumentos procesales más importantes para el ejercicio pleno de muchos de los derechos que el Código Procesal Penal concede a favor de la víctima, tanto en las instancias previas a la judicialización de una causa penal, como dentro del proceso judicial mismo, una vez iniciado.

Es en reconocimiento de lo anterior que el Código Procesal Penal hondureño regula expresamente en su art. 16, como uno de los derechos generales de la víctima de un delito o falta, el «constituirse en acusador privado o querellante y a intervenir como tal en todo el proceso conforme a lo establecido en el presente Código».

Complementariamente a dicho reconocimiento general, el Código Procesal Penal dedica todo un capítulo, específicamente el capítulo III, del título III, dedicado a «Los Sujetos Procesales», al desarrollo de la figura del acusador privado; si bien, y como veremos a continuación, no de manera plena ni suficiente.

De dicha limitante regulatoria, precisamente, se deriva uno de los principales obstáculos en determinar su verdadera naturaleza y alcance de actuación dentro del proceso penal.

Así, la problemática sobre la cual profundizaremos en el presente estudio radica en la evidente dicotomía existente entre el reconocimiento expreso por parte del Código Procesal Penal del acusador privado como un derecho esencial de la víctima; pero, en contraste, con el limitado desarrollo de su figura, tanto en referencia a sus facultades para iniciar un proceso penal ante el órgano jurisdiccional, como en lo atinente a su autonomía dentro del proceso penal en sede judicial, una vez iniciado este mediante el respectivo requerimiento o acusación formal por parte del fiscal del Ministerio Público.

Aspectos últimos sobre los cuales el Código Procesal Penal en su mayor parte parece guardar un incómodo silencio, pero sobre los cuales venimos obligados a profundizar a la luz de los principios generales

que informan el propio Código Procesal Penal, y dentro de estos, muy especialmente a las máximas de uno de sus principios informadores más importantes: el principio acusatorio. Cabe recordarlo, base misma de la reforma procesal penal consolidada en toda Centroamérica hoy y que nos permitió transitar evolutivamente de un sistema predominantemente inquisitivo a uno predominantemente acusatorio.

Todo lo anterior, sin perder nunca de vista, que en la correcta interpretación de la figura del acusador privado, se encuentra en juego la realización de uno de los derechos constitucionales más elementales de la víctima en el proceso penal hondureño, como ciertamente lo es su derecho de acción o derecho a la tutela judicial efectiva.

Derecho fundamental en referencia que, en el caso concreto hondureño, se encuentra expresamente reconocido en el art. 82 de su Constitución política, al establecer que «el derecho de defensa es inviolable. *Los habitantes de la República tienen libre acceso a los Tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señalan las leyes*» (la cursiva es nuestra).

Por lo que ciertamente no se trata de un tema que deba ser analizado a la ligera, sino por el contrario, nos encontramos frente a un tema de la máxima trascendencia para la debida realización de la justicia penal, y que, sin embargo, ha recibido no un escaso, sino prácticamente un nulo tratamiento doctrinario y jurisprudencial en nuestro país. Habiéndose por ende abandonado a la práctica judicial forense hondureña, a nuestro criterio, con muchos y variados desaciertos.

En la valiosa oportunidad que ahora se nos brinda para recordar y honrar a quien en mi criterio constituye uno de los juristas modernos más importantes de nuestra querida Centroamérica; esta es nuestra humilde contribución a tan importante temática.

II. DEL ACUSADOR PRIVADO Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como adelantamos en la introducción, después de reconocer el Código Procesal Penal, en su art. 16, el derecho genérico de la víctima a

constituirse como parte en el proceso penal, a través de la figura del acusador privado; procede a su concreta regulación en su capítulo III, del título III, dedicado a «Los Sujetos Procesales», específicamente en sus arts. 96 al 100.

Al respecto, y en lo que al presente trabajo interesa, el primer párrafo del citado art. 96, en referencia al acusador privado y los delitos de acción penal pública, literalmente establece que «en los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal podrá provocar la persecución penal con la asistencia de un profesional del Derecho debidamente colegiado y en el pleno ejercicio de su profesión, o intervenir en la ya iniciada por el Ministerio Público, con todos los derechos y facultades que le confiere la Constitución de la República, el presente Código y las leyes especiales».

Complementariamente, el mismo artículo, pero ahora en su cuarto párrafo, establece que «la participación de la víctima como acusador, no impedirá que el Ministerio Público cumpla con las funciones que le atribuye el presente Código o su respectiva Ley, ni lo eximirá de sus responsabilidades».

Dejando de lado ahora lo concerniente a su legitimación y alcance en los delitos de acción penal privada, por no generarse en este ámbito mayor controversia; resulta conducente destacar que son estos dos breves párrafos del art. 96 de donde se desprende la legitimación procesal de la víctima, a través del acusador privado, para constituirse como Parte en los delitos de acción penal pública. Siendo este el ámbito en los que comparte escenario con el fiscal y donde el tema sobre el alcance de su participación resulta poco pacífico.

Analicemos ahora con mayor detalle la normativa legitimadora transcrita, con el fin de poder contrastarla posteriormente con la realidad regulatoria de la figura, esta vez situada en el desarrollo de las diferentes etapas del proceso penal diseñado por el Código Procesal Penal hondureño.

Así, y de una primera lectura superficial pudiesen generarse, equivocadamente como veremos más adelante, dos conclusiones genéricas.

La primera sería sostener que existen dos formas distintas de iniciar el proceso penal en los delitos de acción penal pública: por requeri-

miento fiscal, formulado por el representante del Ministerio Público; o, por acusación particular, formulada por la víctima, debidamente representada por su acusador privado.

Lo anterior, toda vez que la víctima, de conformidad con el art. 96, puede optar por «provocar la persecución penal con la asistencia de un profesional del Derecho debidamente colegiado y en el pleno ejercicio de su profesión, o intervenir en la ya iniciada por el Ministerio Público».

Disposición legal de la cual pareciese desprenderse la posibilidad a favor de la víctima de poder dar inicio al proceso penal de mutuo propio y sin intervención alguna del fiscal.

La segunda conclusión aparente, sería el sostener que la parte acusadora «protagonista» en los delitos de acción penal pública es el acusador privado y no el Ministerio Público; de hecho, constituyéndose el fiscal en una especie de apéndice o coadyuvante del acusador privado.

Lo anterior, dada la advertencia contenida y vista en el mismo art. 96 en análisis, en cuanto a que «la participación de la víctima como acusador, no impedirá que el Ministerio Público cumpla con las funciones que le atribuye el presente Código o su respectiva Ley, ni lo eximirá de sus responsabilidades».

Ahora bien, y sin menoscabo de la clara intención del legislador de concebir al acusador privado en algo mucho más que un mero participante decorativo en los delitos de acción penal pública (que parece ser la concepción equivocada que aún prevalece en muchos fiscales y jueces); lo cierto es que, como veremos a continuación, al analizar holísticamente el resto de la normativa que regula el desarrollo del proceso penal, el alcance de las dos conclusiones descritas resulta completamente equivocada.

1. Posibilidad de iniciar el proceso penal mediante acusación formulada por acusador privado

Como adelantamos, a pesar de la amplitud de la declaración formulada por el art. 96, que pudiese orientarnos a pensar en la existencia de

dos diferentes vías para dar inicio al proceso penal hondureño, ya sea por acción iniciada por el Ministerio Público, o por acción iniciada por la víctima mediante acusación de su acusador privado; dicha declaración resulta desmentida por la lógica integral de todo el sistema instaurado por el Código Procesal Penal.

Lo anterior, toda vez que resulta claro que el sistema de persecución penal diseñado por la normativa procesal penal del 2000, parte y tiene su base estructural en una decisión de política criminal muy clara: el otorgamiento del monopolio de la acción penal, en manos del Ministerio Público.

Decisión legislativa que, en lo referente a los delitos de acción penal pública, no deja lugar a concebir otra manera de iniciar el proceso penal que no sea mediante requerimiento fiscal.

De ahí la clasificación que el propio Código Procesal Penal realiza sobre los distintos tipos de acciones reconocidas en su normativa, en atención a los sujetos procesales legitimados para ejercerlas, es decir, ya sea por el Ministerio Público o por la víctima.

Reconociendo y distinguiendo así la normativa procesal penal específicamente tres diferentes tipos de acción: delitos de acción penal pública, perseguibles solo a instancia del Ministerio Público y que constituyen la generalidad (art. 25); delitos de acción penal privada,⁴⁹⁵ perseguibles solo a iniciativa y por acusación privada de la víctima (arts. 405-413),⁴⁹⁶ y los denominados delitos de acción penal semipública o a instancia particular (art. 26).

Estos últimos ciertamente resultan una curiosidad del Código Procesal Penal hondureño, pues conlleva a que delitos originalmente concebidos como de acción penal privada, por decisión y autorización expresa y formal de la víctima a favor del fiscal, se conviertan en de-

495. De conformidad con el art. 27 del Código Procesal Penal, son delitos perseguibles solo por acción privada, los relativos al honor; la violación de secretos, su revelación y el chantaje; la negación de asistencia familiar a mayores de edad, y la estafa consistente en el libramiento de cheques sin fondo.

496. En los que no obstante, y de conformidad con el art. 407, el Ministerio Público podría tener participación, pero únicamente a petición de la víctima y para los únicos efectos de apoyar en la investigación preparatoria de la respectiva querrela, por ejemplo, para identificar al querrellado.

litos de acción penal pública, por tanto perseguibles por el Ministerio Público.⁴⁹⁷

Por otra parte, es de hacer notar que, de hecho, todas las facultades discrecionales otorgadas al Ministerio Público hondureño para el ejercicio de la acción penal, y derivadas de las manifestaciones del denominado «principio de oportunidad reglado»,⁴⁹⁸ se hacen depender en su eficacia de la preexistencia de dicho monopolio.

Así, por ejemplo, la aplicación de los criterios de oportunidad regulados en el art. 28 del Código Procesal Penal hondureño, resultarían inútiles si la decisión del fiscal de no ejercer la acción penal con base a la estimación de uno de los cinco supuestos ahí enumerados, y previo el cumplimiento de los requisitos establecidos, se viese frustrada, ya sea ante la insistencia vinculante de la víctima de presentar el respectivo requerimiento fiscal, o la facultad legal concedida a esta para poder formular una acusación privada independiente.⁴⁹⁹

Y si bien es cierto, al tenor del segundo párrafo del art. 29 de la misma norma procesal penal, se obliga al fiscal a que como requisito previo a la aplicación de un criterio de oportunidad a favor del imputado, este último (el imputado) repare el daño causado o se logre un acuerdo con la víctima para su reparación; lo cierto es que todos los recursos o

497. De conformidad con el citado artículo, son delitos semipúblicos, los siguientes:

1. las lesiones leves, menos graves y culposas,
2. las amenazas,
3. el estupro, el incesto, el rapto, los abusos deshonestos, cuando la víctima sea mayor de catorce años,
4. el hurto de bienes cuyo valor no exceda de diez veces el salario mínimo,
5. la estafa y otros fraudes, excepto cuando la víctima sea el Estado,
6. la usurpación,
7. los daños; y,
8. lo relativo a la propiedad intelectual o industrial y los derechos de autor.

498. Al respecto, puede verse CUÉLLAR CRUZ, RIGOBERTO, *El Significado de la Reforma Procesal Penal en Honduras Desde Una Perspectiva de Política Criminal: Una Experiencia a Compartir*, en «Ensayos Sobre Política Criminal, Derecho penal y Proceso Penal», Tegucigalpa (Honduras), 2004, pp. 1-24.

499. Sobre el tema, puede verse CUÉLLAR CRUZ, RIGOBERTO, «*Los Criterios de Oportunidad en el Proceso Penal y la Experiencia Hondureña en el Marco de su Puesta en Vigencia Anticipada al Nuevo Código Procesal Penal*», en *Ensayos Sobre Política Criminal...*, op. cit., pp. 41-56.

acciones previstas a disposición de la víctima, ya sea para convencer al fiscal de reconsiderar su decisión, o incluso para «forzarle» judicialmente a presentar requerimiento (art. 32 del CPPH), están condicionados, no a una revisión de su facultad discrecional, es decir a la conveniencia o no en la aplicación del instrumento, sino a la simple verificación en el cumplimiento de los requisitos objetivos que previamente ya se encuentran establecidos en la norma, según el supuesto del art. 28 que se trate.⁵⁰⁰

Y lo mismo acontece en el supuesto de las conformidades previstas en el Código Procesal Penal, es decir, tanto la prevista para el procedimiento abreviado (arts. 403 y 404), como la estricta conformidad del procedimiento ordinario, prevista en el art. 322.

Manifestaciones del principio de oportunidad, en las que igualmente su efectividad a favor del imputado únicamente se hace depender de la discrecionalidad del fiscal para estimarlas convenientes y del cumplimiento de los requisitos objetivos ya previstos en la misma norma, mismos que especialmente van referidos a evitar fraudes de ley penal o procesal y a garantizar que el imputado ha sido debidamente informado de su alcance y comprobar que el mismo efectivamente esta de acuerdo con su aplicación.

En estas, al igual que vimos acontecía para los criterios de oportunidad, si bien la víctima tiene reconocido su derecho a ser escuchada, su posible interés particular en cuanto a la consecución de la causa hasta el desarrollo del juicio oral, resulta irrelevante.

De lo expuesto anteriormente, no cabe duda de que en los delitos de acción penal pública, el monopolio de la acción a favor del Ministerio Público es absoluto, constituyéndose el instrumento acusatorio del requerimiento fiscal, en la única llave capaz de abrir la puerta al proceso

500. Así, entre otros posibles y solo por citar algunos ejemplos, el límite de la pena abstracta máxima que corresponde al delito que se dejara de perseguir (que no podrá superar los cinco años), para el caso del supuesto de delitos de «bagatela» previsto en su numeral primero; o, la constatación de la vida marital o el grado de consanguinidad (cuarto) o afinidad (segundo), para la aplicación del supuesto previsto en su numeral tercero, referido a la pena natural que sufre, por estos grados de parentesco con la víctima, el autor del hecho.

penal y con ello vedando cualquier posibilidad de iniciar el mismo a iniciativa independiente de la víctima.⁵⁰¹

2. ¿El fiscal como coadyuvante o «apéndice» del acusador privado?

Desmentida, como hemos visto, la aseveración primera derivada de una lectura literal del art. 96 en cuanto a la posibilidad de iniciar el proceso penal en delitos de acción penal pública por vía de acusación privada de la víctima; resulta fácil arribar igualmente al alcance errado de la segunda, es decir, la aparente posibilidad de concebir al fiscal como mero coadyuvante ante el protagonismo del acusador privado.

Lo anterior, toda vez que resulta obvio que quien tiene en exclusiva la facultad de dar inicio al proceso penal (fiscal), no puede posteriormente ceder su posición prevalente ante otro sujeto procesal que carece de dicha legitimación (acusador privado).⁵⁰²

Ahora bien, y aquí la verdadera problemática sobre la cual esperamos profundizar en los siguientes apartados; aceptado el monopolio en manos del fiscal en los delitos de acción penal pública, y por ende aceptado su rol protagónico en los procesos penales por él necesariamente

501. Al respecto, el primer párrafo del art. 25 del Código Procesal Penal resulta tajante, al sostener categóricamente que «el ejercicio de la acción pública le corresponderá al Ministerio Público, el cual podrá proceder de oficio o a instancia de la parte interesada». Del cual se desprende que dicha facultad de iniciar el proceso penal resulta no solo exclusiva del fiscal, sino también excluyente de cualquier otro sujeto procesal.

502. Dicha posición prevalente del fiscal se evidencia, por ejemplo, de artículos como el 294, referido al desarrollo de la Audiencia Inicial, al sostener que «el día y hora señalados, tendrá lugar la audiencia inicial con la presencia del imputado, el Defensor, el fiscal y el acusador privado, en su caso. *La ausencia del imputado o del acusador privado no impedirá que se celebre la audiencia*» (la cursiva es nuestra). Así como del art. 302, referido al desarrollo de la Audiencia Preliminar, mismo que establece que «dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar, el juez dictará el auto de apertura a juicio, el que deberá contener: 1... 2. La descripción de las acciones u omisiones por las cuales se acusa. Si existe discrepancia entre la acusación presentada por el fiscal y la del acusador privado, el juez tratará de compatibilizarlas y, de no ser posible, se estará al contenido de la primera...».

iniciados ¿ello reduce el rol del acusador privado al de mero espectador en los mismos?

Pues cabe tener presente que si bien hemos desmentido parte de lo declarado por el visto art. 96, específicamente en lo referente a la posibilidad real que en delitos de acción penal pública «la víctima o su representante legal podrá provocar la persecución penal»; aún queda por constatar el alcance de la otra facultad declarada a favor de esta en esa misma norma de «intervenir en la ya iniciada por el Ministerio Público, con todos los derechos y facultades que le confiere la Constitución de la República, el presente Código y las leyes especiales».

Es decir, y revirtiendo ahora la aseveración originalmente planteada, en los procesos penales iniciados por el fiscal en delitos de acción penal pública, ¿existe un grado de autonomía funcional y de decisión por parte del acusador privado o este simplemente se constituye en mero coadyuvante o «apéndice» del fiscal?

Y la interrogante planteada resulta totalmente relevante y válida ante la falta de definición clara al respecto por parte del Código Procesal Penal. Mismo que, después de admitir la participación de un acusador privado dentro del proceso penal iniciado por el fiscal, parece asumir una realidad que en la práctica frecuentemente resulta desmentida, como ser que el fiscal y el acusador privado siempre coincidirán en sus pretensiones acusatorias, o dicho de manera más sencilla, que el acusador privado siempre se demostrará conforme y de acuerdo con lo solicitado por el fiscal.

Al respecto, debe tenerse presente que si bien el fin del proceso penal es único, siendo este de conformidad con el art. 8 del Código Procesal Penal, «la realización pronta y efectiva de la justicia penal»; los intereses que motivan la actuación de uno y otro sujeto procesal en la consecución de ese fin, podrían resultar evidentemente distintos.

Así, el interés que obligadamente debe motivar por ley al fiscal, será siempre el superior del interés general;⁵⁰³ por su parte, el interés

503. Al respecto, el art. 1 de la Ley del Ministerio Público, establece como su fin y objetivo primero, el de «representar, defender y proteger los intereses generales de la sociedad».

de la víctima, legítimamente podría ser mucho más particularizado, desde lo que esta pudiese considerar como una indemnización de carácter económica justa, hasta una motivación de satisfacción personal de castigo.

Diferencia de motivaciones, e intereses, que frecuentemente se verán encontradas durante el desarrollo de las diferentes etapas y actuaciones que conforman el proceso penal, pero cuya ocurrencia no parecen ser previstas, mucho menos resueltas, por el Código.

III. EL PRINCIPIO ACUSATORIO COMO NECESARIO PUNTO DE PARTIDA

Como evidenciamos anteriormente, ante la falta de una regulación adecuada por parte del Código Procesal Penal (sobre todo de índole procedimental) que nos auxilie a determinar el verdadero alcance de las facultades del acusador privado en la sustanciación de una causa criminal, venimos obligados a analizar sus posibles y reales limitantes en el marco de los principios que informan dicha normativa.

En este caso en particular, haciendo especial énfasis en el denominado principio acusatorio, como se dijo, pilar fundamental de nuestra ya no tan reciente reforma procesal penal.

Al respecto, curiosamente lo primero que debemos destacar es que si bien a pesar que en ninguna parte del Código Procesal Penal hondureño se hace referencia expresa, y mucho menos se brinda una definición, sobre lo que debe comprenderse por «principio acusatorio»; como comprobaremos, resulta innegable que todas y cada una de sus exigencias y máximas se encuentran respetadas y garantizadas en el mismo. Por lo que su existencia, como evidenciado principio informador, resulta incuestionable.

Dejando necesariamente a un lado ahora, por las evidentes limitaciones del presente trabajo, la rica discusión doctrinaria, en ocasiones incluso controversial, sobre aspectos secundarios que, como resultado de una interpretación a nuestro parecer excesiva, una parte minoritaria de la doctrina entiende como complementarias del principio acu-

satorio;⁵⁰⁴ nos concentraremos en aquellas exigencias básicas que de manera casi unánime toda la doctrina hoy admite como derivadas de la observancia del referido principio.

Así, nos referiremos concretamente a tres, ello en atención estricta al objetivo primero y último que se persigue con el mismo: la constitucionalmente obligada imparcialidad judicial.⁵⁰⁵

1. Imposibilidad que pueda existir un proceso penal sin el sostenimiento previo de una acusación. Pretensión acusatoria que obligadamente deberá ser formulada y sostenida por persona distinta a la llamada para juzgar

Esta primera exigencia se refiere a que no puede existir y sustanciarse un proceso penal si este no es el resultado de una acusación previamente formulada y si dicha pretensión acusatoria no es sostenida a lo largo del proceso penal, hasta su culminación, por una persona distinta al juez que deberá conocer y decidir sobre la misma.

Resulta evidente destacar que fue la observancia de esta primera exigencia lo que provocó la superación del llamado «juez instructor», existente en el anterior sistema predominantemente inquisitivo regulado por nuestro ahora derogado Código de Procedimientos Penales de 1982; en el que el juez de Letras, de la entonces denominada etapa del Sumario, daba inicio al proceso penal mediante la fórmula de un «por cuanto».

Posibilidad de iniciación del proceso penal, de manera oficiosa por el propio órgano jurisdiccional, afortunada y absolutamente vedada en

504. Así, por ejemplo, la constitución del Jurado popular como órgano decisor o incluso el otorgamiento de facultades discrecionales a favor del fiscal en el ejercicio de la acción penal. Al respecto, puede verse CUÉLLAR CRUZ, RIGOBERTO, *La Reforma Procesal Penal y el Ministerio Público en Honduras: Justificación y Perspectiva*, 2.^a edición, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales de Honduras (INECIPH), Tegucigalpa, Honduras, 2002, págs. 287 y ss.

505. Al respecto, puede verse la abundante doctrina citada y comentada en CUÉLLAR CRUZ, RIGOBERTO, *La Reforma Procesal Penal y el Ministerio Público en Honduras...*, *op. cit.*, pp. 293 y ss.

el sistema predominantemente acusatorio instaurado por el Código Procesal Penal vigente en Honduras hoy.

Sobre esta primera máxima, y para efectos del análisis práctico posterior sobre el alcance de la figura del acusador privado objeto del presente estudio; resulta válido establecer una primera conclusión importante: Lo que el principio acusatorio exige es que alguien, distinto al Juez, formule acusación y sostenga dicha pretensión hasta su resolución judicial definitiva.

Ahora bien, y aceptando como cierto lo anterior, lo que claramente no exige el referido principio, es que necesaria y obligadamente ese «alguien ajeno al Juez», sea un fiscal.

A nuestro parecer, dicha conclusión solo podría resultar de una equivocada interpretación restrictiva sobre su auténtico alcance.

Y lo anterior resulta lógico y fácilmente comprensible, siempre y cuando se tenga presente y no se desnaturalice el objetivo último del principio acusatorio; pues bajo esa correcta óptica, lo que se requiere para garantizar la constitucionalmente obligada imparcialidad del órgano jurisdiccional es que este no actúe simultáneamente como órgano acusador, y a su vez, como órgano decisor.

Pero para el fiel cumplimiento del objetivo anterior, resulta indiferente si la función acusatoria es ejercida por un fiscal o por otro actor legitimado para ello. Pues, en definitiva, de lo que se trata es de evitar concentrar en la figura del juez funciones procesalmente incompatibles, como ciertamente lo son las de acusar y juzgar, y con ello comprometer su imparcialidad.

2. No procede la condena por hechos distintos, ni persona distinta, a los señalados por la acusación

En resumen, lo que el contenido de la presente máxima refiere y exige es la obligada correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia en el proceso penal.

Lo anterior, bajo el correcto entendimiento en cuanto a que la determinación del contenido de la acusación, el denominado objeto del

proceso, no puede dejarse en la esfera del juzgador sin que consecuentemente este vea comprometida su imparcialidad. Extremo que precisamente se pretende evitar con la instauración del principio acusatorio.

De esta forma, se establece para el órgano jurisdiccional un grado de vinculación con ciertos extremos planteados y definidos por la acusación, que no pueden ser variados ni extralimitados por este en su resolución.

Los referidos extremos específicamente van referidos al elemento subjetivo, es decir, en cuanto a la persona o personas identificadas en condición de acusadas; así como al elemento objetivo, es decir, al hecho o hechos señalados como punibles por la acusación.

Ahora bien, y como primera apreciación crítica al respecto, lo cierto es que equivocadamente ha prevalecido una tendencia, ya sea jurisprudencial en algunos países o legislativa en otros, como resulta ser el caso hondureño, de extender los límites de la vista correlación entre acusación y sentencia más allá de los estrictos elementos subjetivos y objetivos vistos; haciéndola prevalecer también sobre extremos que en nada inciden sobre la imparcialidad del juzgador que por finalidad se pretende salvaguardar.

Retomando el específico supuesto hondureño, dicha interpretación extensiva, y a nuestro criterio equivocada, puede fácilmente apreciarse en la literalidad del art. 337 del Código Procesal Penal, referido a la «congruencia de la sentencia con la acusación».

Así, en la parte inicial del primer párrafo del artículo señalado, acertadamente sostiene nuestra normativa procesal penal que «la sentencia no dará por acreditados otros hechos u otras circunstancias, que no sean descritas en la formalización de la acusación, en la contestación de cargos y en el auto de apertura a juicio o, en su caso, en la ampliación de la acusación y en la contestación de esta».

Claramente, hasta este momento, los extremos señalados por la máxima del principio acusatorio en análisis resultan plena y correctamente respetados en su doble dimensión, tanto subjetiva como objetiva.

La distorsión denunciada se suscita en la parte última de ese mismo primer párrafo, cuando complementariamente a lo hasta ese momento

regulado, el artículo citado continua señalando «ni calificar los hechos, en perjuicio del acusado en forma distinta de la que resulte de las actuaciones antes indicadas».

Es decir, como consecuencia de la literalidad del visto art. 337, la vinculación del órgano jurisdiccional a la pretensión de la parte acusadora, ya no se limita únicamente a los sujetos señalados por esta como acusados, ni a los hechos señalados por ella como punibles, sino que también se extiende a la concreta calificación jurídica pretendida⁵⁰⁶ y con ello materialmente se establece también un límite superior a la pena que puede imponer el órgano juzgador.

Lo anterior no puede responder a otra razón que a una equivocada concepción y entendimiento del principio acusatorio, pues innecesariamente vincular al juez sentenciador a la calificación jurídica de las partes, en nada abona a garantizar su imparcialidad.

Por el contrario, parece claro que con la interpretación extensiva realizada por la norma transcrita, inexplicablemente se limita una facultad exclusiva e inherente a la propia función jurisdiccional, como lo es declarar el derecho. Facultad resumida en el conocido axioma *iura novit curia*.

Así, resulta que desde una óptica eminentemente doctrinaria y bajo un entendimiento correcto del principio acusatorio; partiendo de la inalterabilidad de los hechos y circunstancias sometidas a consideración judicial por la acusación, y siempre y cuando el juez se someta y se limite a dicho encuadre fáctico, este debería gozar de plena libertad para calificarlos en su sentencia como considere más apegado a derecho.

Criterio doctrinario que, no obstante y como hemos evidenciado, no es compartido por nuestra normativa procesal.

506. Por supuesto que dicha limitante debe entenderse contra calificaciones judiciales más graves a las señaladas por la acusación, pues desde el momento en que el Juez puede absolver, se entiende la obviedad que también puede calificar los hechos en su sentencia de forma más favorable a los intereses del imputado. Extremo anterior que se confirma con lo expresado por el segundo párrafo del mismo art. 337 en estudio, al sostener que «si el Tribunal considera que el hecho enjuiciado es constitutivo de falta, podrá apreciarlo así en su sentencia sin perder su competencia para el enjuiciamiento del caso».

Al igual que en la primera, sobre esta segunda máxima, y para efectos del análisis práctico posterior sobre el alcance de la figura del acusador privado objeto del presente trabajo; resulta conducente evidenciar otra conclusión importante: Lo que el principio acusatorio exige es una obligada correlación entre los extremos subjetivos y objetivos señalados por la acusación y la sentencia que en su momento debe dictar el órgano jurisdiccional.

Ahora bien, y aceptando como cierto lo anterior, lo que claramente no exige el referido principio es que dicha vinculación judicial, incluso a la calificación jurídica concreta en los términos expuestos por nuestro Código Procesal Penal, necesaria y obligadamente sea con la pretensión acusatoria del fiscal y con exclusión de cualquier otra.

Por supuesto que dicha vinculación judicial a la pretensión acusatoria del fiscal resultará evidente en los supuestos en los que el fiscal se constituya como única parte acusadora en la causa, pero no en aquellos casos en los que, además del representante del Ministerio Público, se constituya también la víctima como parte en el proceso penal a través de un acusador privado y no exista, por cualquier motivo, coincidencia en las calificaciones jurídicas pretendidas por ambas partes. Pero sobre este extremo volveremos más adelante.

3. Prohibición de *reformatio in peius*

Finalmente, y como concreción a la máxima vista de correlación entre acusación y sentencia, pero esta vez con relación a la segunda instancia; el principio acusatorio exige la imposibilidad que el tribunal de alzada pueda, oficiosamente, agravar la situación jurídica de una parte recurrente, más allá de la situación en la que originalmente se encontraba por la sentencia recurrida.

A tales efectos, resulta imperativo que la parte acusadora solicite la modificación agravatoria en perjuicio del imputado en su respectivo recurso, estándole vedado al tribunal de alzada hacerlo *motu proprio*.

Situación que, por otro lado y de darse, violentaría el propio derecho de defensa del imputado al pronunciarse el Tribunal de Alzada sobre extremos no sometidos a contradicción y sobre los cuales no ha tenido intermediación alguna.

Dicha exigencia se encuentra expresamente regulada en el art. 350 del Código Procesal Penal hondureño, en lo referente a los «Asuntos sobre los que debe recaer la sentencia y sus alcances. Prohibición de reforma peyorativa».

Así, el citado artículo correctamente establece lo siguiente: «La sentencia que resuelva un recurso solo podrá recaer sobre las cuestiones que hayan sido objeto de impugnación, y solo podrá modificar la resolución impugnada en perjuicio de la persona imputada, cuando lo impetre alguna otra parte recurrente, y siempre que no agrave lo ya pretendido por esta, ante el órgano judicial que dictó la resolución recurrida».

De esta forma, y para los fines del presente trabajo de investigación, podemos llegar a una tercera conclusión importante: lo que el principio acusatorio niega es la posibilidad que un órgano jurisdiccional, en segunda instancia y de oficio, pueda modificar la situación jurídica originalmente establecida por la sentencia recurrida, en perjuicio del imputado; consecuentemente exigiendo, en su caso, que dicha modificación agravatoria, para poder ser apreciada en la respectiva resolución judicial, debe haber sido previamente pretendida por la parte acusadora en su acción recursiva.

Aceptado como cierto lo anterior, lo que no se deriva de la analizada exigencia, es que dicha modificación agravatoria, para poder ser apreciada por el Tribunal de Alzada, necesariamente y de forma exclusiva deba provenir de una solicitud recursiva pretendida por el fiscal.

Situación anterior que obviamente resultará cierta en aquellos casos en los que el representante del Ministerio Público se constituya como única parte recurrente; pero no en aquellos supuestos en los que también se constituya como parte recurrente la víctima, a través de su acusador privado, y en los que la pretensión recursiva de ambas partes no coincidan.

IV. EL ACUSADOR PRIVADO: ¿SIMPLE APÉNDICE DEL FISCAL?

Habiendo realizado el recorrido analítico expuesto en los apartados anteriores, tanto a la figura en abstracto del acusador privado como al principio acusatorio en su correcta consideración de principio informador básico del sistema de enjuiciamiento criminal hondureño actual; resta ahora trasladar ese análisis normativo y doctrinario al plano de algunas situaciones prácticas que nos permitan revalorizar el limitado papel que la práctica judicial forense viene reconociendo a la víctima y sus derechos en el proceso penal.

Lo anterior, toda vez que se comprenda debidamente, que cualquier interpretación equivocadamente restrictiva que se realice sobre las facultades procesales del acusador privado en el proceso penal, se traducirá, de hecho, en una limitación injustificada a derechos fundamentales y constitucionalmente reconocidos a favor de la víctima.

Pues ciertamente el primero (acusador privado), no es más que un instrumento necesario procesalmente, para la materialización de los derechos consagrados a favor del segundo (víctima). Siendo esta la correcta dimensión que no hay que perder de vista.

1. Conclusiones importantes a tener presente en el análisis

Así, y de lo expuesto hasta ahora, podemos arribar a las siguientes conclusiones relevantes.

En primer lugar, resulta indiscutible admitir que, de conformidad con nuestra realidad normativa procesal penal vigente, en los delitos de acción penal pública el fiscal se constituye en «amo y señor» del proceso.

Al respecto, ostentando el Ministerio Público el monopolio de la acción en este tipo de delitos, solo el fiscal, a través de su requerimiento, está legitimado para iniciar la judicialización de una causa y su postura requirente resulta en muchas ocasiones prevalente a la de la víctima, en caso que esta decida constituirse como parte a través de su acusador privado.

No obstante la veracidad de la conclusión primera, y como conclusión complementaria segunda, de ello no debe ni puede deducirse una

falta de autonomía procesal requirente, si se quiere, a favor del acusador privado. Por una parte, por no existir ninguna normativa expresa en el Código Procesal Penal que lo reduzca a dicha condición de simple adherente, como hemos visto, de hecho la amplitud con la que se declara y regula su existencia tiende a dar la impresión de todo lo contrario; y, por otra, porque dicha interpretación restrictiva iría en contra, no solo del alcance de un correcto entendimiento del principio acusatorio, sino también, y aún más importante, de los legítimos derechos reconocidos constitucionalmente a la víctima.

Como hemos logrado comprobar, el objetivo primero y último del principio acusatorio no es otro que garantizar la constitucionalmente obligada imparcialidad jurisdiccional en su función exclusiva de decidir sobre las causas que son sometidas a su conocimiento.

En atención a la referida finalidad, el principio acusatorio exige que una persona distinta al juez sea la que realice la función de acusar y sostenga la pretensión acusatoria hasta su resolución judicial.

Igualmente, en exigencia a dicho principio, le es vedado al órgano judicial decisor, tanto en primera como en segunda instancia, alterar en perjuicio del imputado el contenido esencial del objeto del proceso.

Es decir, no le es permitido al juez, bajo ninguna circunstancia, ni ampliar la acusación a otras personas no señaladas en la acusación, ni sobre hechos no referidos en la misma.

Extremos que son fijados por la parte acusadora y que resultan vinculantes e intangibles para el órgano decisor.

Ahora bien, admitida la veracidad de los extremos anteriores, no cabe deducir un alcance mayor a los expuestos.

Así, en lo que a los fines del presente estudio interesa, no resultaría legítimo sostener que dicha función acusatoria deba ser asumida por el fiscal, de manera absoluta y excluyente, en detrimento de otros actores también legitimados por la norma para actuar en el proceso penal, como ciertamente es el caso del acusador privado en aquellos supuestos donde la víctima, en ejercicio de su derecho, decida constituirse en parte.

Sostener una postura contraria a la anteriormente expuesta, reduciendo al acusador privado a simple apéndice del fiscal, sería sostener una teoría que no encuentra fundamento alguno, ni doctrinal, ni legal.

Al respecto, y como veremos a continuación al analizar algunas situaciones prácticas en concreto, si bien es cierto el Código Procesal Penal guarda silencio sobre algunos aspectos referidos a la disyuntiva planteada, tampoco existe, como no podría existir, norma expresa alguna que respalde dicha condición absolutamente adherente en detrimento de la figura del acusador privado.

2. Importancia práctica de realizar un debido encuadre entre principio acusatorio, acusador privado y la actuación del fiscal en los delitos de acción penal pública

Sin duda que la mejor forma de ver reflejada la importancia en el análisis de una discusión normativa y doctrinal es a través de un obligado análisis complementario sobre el alcance y las repercusiones que tiene la misma, pero ahora desde una perspectiva eminentemente práctica.

Pues como hemos sostenido reiteradamente en foros y espacios anteriores, la doctrina, sin la práctica, es letra muerta; pero, en contraposición, la práctica, sin la doctrina, resulta simplemente irresponsable.

Así, como adelantamos en epígrafes anteriores y resulta obligado traer a discusión ahora, con respecto a la relación entre fiscal y acusador privado en el proceso penal, el Código Procesal Penal parece partir de dos presupuestos frecuentemente desmentidos en la práctica.

El primero de ellos es asumir que el fiscal será la única parte acusadora presente en una causa penal.

Presencia obligada del Ministerio Público en el proceso penal que, como hemos visto, en nada menoscaba el derecho de la víctima para igualmente constituirse en parte.

El segundo presupuesto equivocado es asumir que el acusador privado siempre estará de acuerdo con la pretensión acusatoria del fiscal. Es decir, que prevalecerá una extraña forma de unicidad de intenciones e intereses entre ambos sujetos procesales.

Aspecto último que, como analizamos en párrafos anteriores, ciertamente resultará una regla general de difícil concreción, toda vez que se atiende a los diferentes intereses que motivan a cada uno de ellos.

Obligación en la salvaguarda de un interés general, en el supuesto del Ministerio Público, y particular, en el caso del acusador privado como representante de la víctima.

Dicho lo anterior, analicemos ahora, solo a manera ejemplificante, tres situaciones prácticas, no previstas por el Código Procesal Penal, donde los dos presupuestos expuestos entran en conflicto con la realidad.

a) Pretensión acusatoria y medidas cautelares

Al respecto, consideramos que existe cierto consenso en la práctica judicial hondureña para admitir que el juez, al momento de determinar la procedencia o no en cuanto a la solicitud de imposición de una medida cautelar, así como a la medida cautelar en concreto a imponer; lo que requiere es que una parte acusadora, ajena a su persona, pretenda y solicite dicha medida dentro del proceso, no pudiendo proceder a su imposición de oficio.

Pero a su vez el juez comprende, o debe comprender, que dicha decisión no se encuentra necesariamente vinculada a la estricta pretensión del fiscal, pudiendo libremente considerar por pertinente la solicitud formulada por el acusador privado, aunque dicha medida cautelar resulte más gravosa.

Comprender debidamente lo anterior resulta de sumo interés para la víctima, sobre todo en lo que concierne a su legítimo derecho resarcitorio posterior, a través del procedimiento especial para deducir la responsabilidad civil. Procedimiento expresamente previsto por el Código Procesal Penal en su capítulo VI.

Y es que generalmente cuando en el proceso penal hondureño se hace referencia a las medidas cautelares, se tiende equivocadamente a limitar dicho concepto únicamente a las medidas cautelares de carácter personal, es decir, a las que tienden a asegurar la presencia del imputado en juicio; pero no así a las de carácter real, es decir, aquellas orientadas a garantizar el derecho resarcitorio de la víctima por los daños o indemnizaciones producidos por el ilícito penal.

De hecho, resulta importante evidenciar que el propio Código Procesal Penal parece olvidarse de las medidas cautelares reales a favor

de la víctima; y ello, incluso a partir de la única finalidad expresamente prevista para las medidas cautelares en su art. 172, siendo esta exclusivamente la de «asegurar la eficacia del procedimiento, garantizando la presencia del imputado y la regular obtención de las fuentes de prueba».

Complementariamente a lo anterior, el Código nuevamente vuelve a guardar silencio en el listado taxativo que realiza sobre medidas cautelares aplicables y previstas (art. 173). Existiendo nula referencia en dicho listado a medidas cautelares reales, únicamente previendo medidas de carácter personal.

Al respecto, equivocadamente podría pensarse que las medidas de caución o fianza, previstas en el numeral 10 del citado art. 173, constituyen modalidades de medidas cautelares reales; pero debe recordarse que la naturaleza de una medida cautelar como personal o real, no se hace depender únicamente sobre la naturaleza de los bienes en los que recae o afectan (persona del imputado o sus bienes), sino también en la finalidad procesal que con las mismas se persigue (asegurar la presencia del imputado en juicio o asegurar el derecho resarcitorio futuro de la víctima).

Estando claro de la regulación que de las cauciones realiza el capítulo III del Código Procesal Penal, y especialmente de sus arts. 196 y 197, referidos a la forma de su ejecución y cancelación respectivamente; que las mismas tienden al fin procesal exclusivo de asegurar el sometimiento del imputado hasta sentencia y no al aseguramiento de una posible y futura responsabilidad civil a favor de la víctima u ofendido.⁵⁰⁷

Vacío normativo visto que no obsta para que, con fundamento en la supletoriedad ahora prevista en el art. 22 del nuevo Código Procesal

507. Una crítica más a profundidad sobre el tema en el proceso penal hondureño, puede verse en CUÉLLAR CRUZ, RIGOBERTO, *Las Medidas Cautelares en el Nuevo Proceso Penal*, «Ensayos Sobre Política Criminal...», *op. cit.*, pp. 85-103. Igualmente en *Las Medidas Cautelares*, con CABALLERO KLINK, JESÚS y GALÁN MIGUEL, JUAN ANTONIO, «Cuadernos de Estudio Judiciales Rafael Alvarado Manzano», Corte Suprema de Justicia/Consejo General del Poder Judicial/Agencia Española de Cooperación Internacional, Tegucigalpa, Honduras, 2001, pp. 139-148.

Civil,⁵⁰⁸ la víctima pueda solicitar, a través de su abogado privado, medidas cautelares de carácter real. De hecho cualquiera de las previstas en el art. 355 de la referida norma procesal civil.

Esto significa, en lo que al presente estudio interesa, que un acusador privado, llegado el momento de la audiencia inicial (por regla general), pueda interesar del órgano jurisdiccional la imposición de medidas cautelares reales, adicionales o complementarias a las personales; y ello independientemente que las mismas sean o no solicitadas también por el representante del Ministerio Público.

Requerimiento acusatorio por parte del acusador privado, que vendría obligado a ser valorado por el órgano jurisdiccional, con autonomía de la posición que al respecto decidiese asumir el fiscal.

No cabe duda de que una interpretación contraria a la aquí sostenida, por ejemplo pretender una vinculación estricta por parte del juez a la pretensión exclusiva del fiscal sobre las medidas cautelares a imponer; se traduciría en una conculcación evidente al derecho de la tutela judicial efectiva de la víctima.

b) Pretensión acusatoria y calificación jurídica en el momento de la sentencia

El segundo supuesto práctico va referido a la vista exigencia de correlación entre acusación y sentencia.

Como tuvimos oportunidad de analizar en el acápite referido al principio acusatorio, el Código Procesal Penal hondureño otorga un alcance extensivo a la referida exigencia, vinculando al órgano judicial decisor, no solo a los elementos subjetivos y objetivos de la acusación, sino también a la concreta calificación jurídica pretendida por la parte acusadora.

Así, y partiendo de la posibilidad que exista, no una, sino dos o incluso más pretensiones acusatorias, con calificaciones jurídicas dis-

508. El citado artículo 22 del Código Procesal Civil, bajo el título de «Carácter supletorio del Código Procesal Civil», expresamente establece que «el presente Código se aplicará supletoriamente cuando no existan disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales, y de otra índole procesal».

tintas (piénsese en un fiscal y uno o más acusadores privados); la interrogante, no respondida por el Código Procesal Penal, sería: ¿con cuál de estas pretensiones vendría vinculado el Tribunal de Sentencia?

Sobre el tema, ciertamente resulta innegable una tendencia por parte del Código a sobreponer la pretensión acusatoria del fiscal, en menoscabo de la del acusador privado.

Prueba tangible de lo anterior es lo expuesto por el art. 302, numeral 2, que al referirse al auto de apertura a juicio, una vez culminada la audiencia preliminar, establece entre los extremos contentivos del mismo «la descripción de las acciones u omisiones por las cuales se acusa. *Si existe discrepancia entre la acusación presentada por el fiscal y la del acusador privado, el juez tratará de compatibilizarlas y, de no ser posible, se estará al contenido de la primera*» (la cursiva es nuestra).

Pero la normativa vista no da solución al problema práctico planteado, pues queda claro que dicha vinculación expresa con la calificación que realiza el fiscal, resulta cierta con respecto al juez de Letras que dicta el auto de apertura a juicio, en el momento de la audiencia preliminar; pero, como no podía ser de otra manera, no se extiende al Tribunal de Sentencia quien debe dictar el fallo definitivo, después de celebrado el juicio oral y público.

Como ya vimos, en este último supuesto, lo único que el Código Procesal Penal exige en dicha obligación de correlación es que el Tribunal, de oficio, no pueda calificar el hecho en su sentencia de manera más gravosa (en perjuicio del imputado) que lo pretendido por las partes acusadoras, pero no le vincula expresamente con pretensión acusatoria en concreto alguna.

En atención a lo anterior, tan válida y legítima resulta la pretensión del fiscal, como la de cualquiera de los acusadores privados que pudiesen estar personados en la causa.

Así, el Tribunal de Sentencia no viene vinculado a la concreta calificación jurídica pretendida por el fiscal, pudiendo en su caso calificar el hecho en su sentencia de forma más gravosa, siempre que no sea de oficio y exista otra pretensión acusatoria (acusador privado) que la sustente.

c) Pretensión acusatoria y auto de formal procesamiento / auto de apertura a juicio

Veamos ahora el último supuesto práctico que deseamos someter a consideración. Ejercicio intencionalmente dejado para el final por su aparente complejidad, y digo aparente, porque su solución debe responder a la misma simplicidad y lógica aplicada en los dos supuestos anteriores.

Es decir, la conclusión a la que se llegue debe ser producto del mismo ejercicio de análisis que hemos venido realizando, con fundamento tanto en la normativa legal vigente, como a los principios informadores del nuevo sistema de enjuiciamiento penal diseñado y adoptado.

Así, admitido el demostrado monopolio de la acción a favor del Ministerio Público en los delitos de acción penal pública, y por ende aceptando que el único instrumento capaz de iniciar la judicialización de una causa es el requerimiento fiscal; cabe formularnos ahora la siguiente interrogante: ¿puede un proceso penal, iniciado como debe ser mediante el respectivo requerimiento del Ministerio Público, continuar sin la presencia del fiscal que lo puso en marcha?

El ejemplo práctico en concreto sería el siguiente: situados en el momento de la audiencia inicial, el fiscal, quien originalmente formuló requerimiento, por el motivo hipotético que se quiera, solicita al juez de Letras un sobreseimiento provisional o uno definitivo a favor del imputado, en lugar de un auto de formal procesamiento y con ello evitando la consecución de la causa.

Al respecto, está claro que si el fiscal es la única parte acusadora en la causa, es decir, si no hubiese un acusador privado personado; en debido cumplimiento de la máxima del principio acusatorio visto de no poder existir enjuiciamiento sin acusación previa sostenida por persona distinta al juez, dicha solicitud de sobreseimiento vendría de obligada observancia para el juez de Letras, quien no tendría más opción que poner fin a la causa penal, ante la imposibilidad legal de sostener la acusación de oficio.

Evidentemente, igual razonamiento de vinculación del juez a la solicitud de sobreseimiento del fiscal cabría si, a pesar de existir un acusa-

dor privado, este se adhiriera a la solicitud del fiscal de culminar con la causa, ya sea provisional o definitivamente.

La problemática surge en el supuesto donde junto al fiscal se encuentra personado un acusador privado y no existe coincidencia de posturas, es decir, el fiscal solicita el sobreseimiento, pero en contraposición, el acusador privado solicita al juez el auto de formal procesamiento.

Y nótese que el ejemplo expuesto para la audiencia inicial, es perfectamente transferible para un momento procesal posterior: el auto de apertura a juicio durante el desarrollo de la audiencia preliminar.

Así, supongamos que en esta el fiscal solicita el sobreseimiento en los mismos términos vistos, pero el acusador privado solicita el auto de apertura a juicio oral y público.

En ambos supuestos, a pesar de tratarse de momentos procesales distintos, la conclusión tendría que ser necesariamente la misma, pues en definitiva se parte de la misma disyuntiva.

En concreto, dicha disyuntiva se resumiría en lo siguiente: ¿es posible continuar un proceso penal, inicialmente abierto por el Ministerio Público, solo con la presencia del acusador privado?

Al respecto, debemos tener dos aspectos relevantes presentes: uno de carácter doctrinario, y otro, de carácter eminentemente legal.

Así, en primer lugar, y como concluíamos en apartados anteriores, lo que el principio acusatorio, como principio informador del nuevo sistema, exige es que no puede existir proceso penal sin acusación sostenida por persona distinta al juez; pero de ello no se deduce que dicha pretensión acusatoria deba necesariamente ser la del fiscal, pues no se hace depender de dicho extremo la salvaguarda de la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

Bajo esta óptica, tendríamos que concluir que si bien en atención al monopolio de la acción, el fiscal efectivamente es el único actor legitimado para «abrir la puerta» hacia la judicialización de una causa penal; una vez abierta esta, y siempre y cuando exista otra parte acusadora personada (acusador privado), sí es posible su continuidad incluso en su ausencia.

En segundo lugar, complementariamente a favor de la tesis anterior, pero ahora desde una consideración eminentemente de legalidad vigen-

te, cabría hacer notar también que si bien es cierto no existe una norma en el Código Procesal Penal que expresamente reconozca esta posibilidad; lo cierto es que tampoco existe una norma que expresamente lo prohíba.

Es decir, sostener la imposibilidad de la tesis planteada, en perjuicio del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva de la víctima, encontraría la enorme dificultad de no contar con fundamento legal o doctrinario alguno que la sustente y respalde.

Por lo que resulta fácil llegar a sostener que la limitación actualmente existente a la posibilidad expuesta, en realidad es más una de práctica judicial que doctrinaria o legal.

CORRUPCIÓN PÚBLICA: REFORMAS PROCESALES VS. REFORMAS SUSTANTIVAS

*Al César Barrientos que conocí en Nicaragua:
un hombre honesto comprometido
con la defensa de la democracia y la salvaguarda
de los derechos humanos.*

PROF.^a DR.^a MARÍA LUISA CUERDA ARNAU
*Catedrática de Derecho penal
Universitat Jaume I (Castellón)*

SUMARIO: I. REFORMAS PROCESALES, MECANISMOS DE CONTROL Y POLÍTICAS DE TRANSPARENCIA VS. REFORMAS PENALES SUSTANTIVAS.- II. EL CONTEXTO: CORRUPCIÓN Y COLAPSO JUDICIAL EN UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA SAQUEADA. 1. Caso Gürtel: un auto de procesamiento tras cinco años de instrucción. 2. Caso Fabra: una sentencia condenatoria aquejada por las dilaciones indebidas, suspendida por la petición de indulto y ejecutada tras más de una década de proceso. 3. Algunos asuntos pendientes: Emarsa, Brugal, adjudicaciones, contratos y concesiones. 4. Caso Cooperación o la confirmación de que no existen lagunas de Derecho penal sustantivo.- III. CONCLUSIÓN.

I. Reformas procesales, mecanismos de control y políticas de transparencia vs. reformas penales sustantivas

Desafortunadamente, la Comunidad Valenciana, en la que vivo y procuro prestar servicios siguiendo el lema del rey Jaume I «Vergonya, cavallers, vergonya», es un caso singularmente representativo de la corrupción que asola España y que ejemplifica como ningún otro que la lucha jurídica contra la corrupción no está necesitada prioritariamente de reformas penales sustantivas. El problema no es la falta de figuras delictivas en las que subsumir la calificación jurídica de los hechos.⁵⁰⁹ Para afrontar los casos más graves —o más mediáticos— teníamos y seguimos teniendo tipos de sobra. Aun así, hemos asistido a absoluciones y a indulgentes condenas que solo se explican por una discutible atribución competencial, por las consecuencias jurídicas —materiales y procesales— vinculadas a la excesiva duración de los procesos o, en fin, por la existencia de límites a la investigación derivados de la ausencia de la necesaria habilitación legal. Es decir, hay tipos con larga tradición aplicativa que sorprendentemente no dan los frutos que se esperaban (paradigmático el cohecho, tanto propio como impropio) o que, cuando los den —si eso sucede— ya será tarde para recomponer la credibilidad del sistema y apuntalar la función de la norma penal. Cuando los réditos de un largo proceso son tan exiguos, privamos a la pena —abstracta y, en su caso, también a la impuesta— de sus finalidades preventivas y, con ello, se deslegitima la reacción estatal, por su incapacidad para imponer —cuando lo hace— sanciones penales realmente disuasorias. A lo que hay que sumar el menoscabo del derecho fundamental de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable. Y es que parece una obviedad que nuestro actual modelo —que viene dando sus réditos para enjuiciar sencillos homicidios, robos o lesiones—, es incapaz de afrontar con celeridad y eficacia los Gürtel, Malaya, Noos, Palma Arena, ERES, Emarsa, Fabra, Brugal, etc.

509. Conclusión que, como tempranamente señaló ÁLVAREZ GARCÍA, es predicable no solo en relación con la corrupción sino con carácter general; *vid.* ALVAREZ GARCÍA, J. (dir.) / DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 31.

Frente a asuntos de esa envergadura, el sistema sepulta en una indecible maraña de diligencias a jueces de instrucción y fiscales, cuya labor continuada y paciente no surte los resultados deseables. Con todo, la sociedad entera está en deuda con ellos, pues, a la postre, son quienes, como solitarios quijotes, están llevando adelante los procesos contra los corruptos que secuestran la democracia con la aquiescencia —o la indiferencia— de los partidos a los que pertenecen. Pese a ello, los jueces son la profesión peor valorada en la última encuesta del CIS,⁵¹⁰ lo que se explica por el hecho de que a ellos se atribuye lo que a ojos de la mayoría del cuerpo social es una situación de impunidad o de cuasi impunidad frente a un problema que, según esa misma encuesta, es el segundo en preocupación tras el paro.⁵¹¹ Si nos fijamos, acaban siendo los cabezas de turco mientras que el legislador (esto es, el Gobierno de turno) se muestra diligente y nos regala nuevos tipos y nuevos incrementos de pena cuya aptitud para combatir el estado de corrupción que nos rodea será nula o insignificante. No es que el legislador desconozca tal cosa pero la situación es tan alarmante que no se atreve a dejar el Código como está. Al menos, pensará para sí, los ciudadanos verán que este Gobierno no tolera la corrupción. Es, sin más, un golpe de efecto ante un panorama desolador, que, hay que insistir, el sistema de justicia penal no puede abordar con reformas sustantivas, sino con una reforma procesal integral que refuerce la investigación y agilice los procesos. No voy a detenerme aquí en temas que por sí solos merecerían un estudio independiente pero, al menos, mencionaré lo más obvio.

Para empezar, hay que tener bien claro que tales reformas no pueden abordarse, como a menudo sucede, de manera sectorial. La reforma del sistema de justicia penal —y del proceso en particular— no puede desconectarse de las que afectan a los mecanismos de control, prevención y detección de la corrupción. Sin duda la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno es una excelente noticia.⁵¹² Pero quedan muchas cosas

510. A 27 de julio de 2014, puede verse en http://datos.cis.es/pdf/Es2978mar_A.pdf (el estudio completo en http://datos.cis.es/pdf/Es2978mar_A.pdf).

511. A 27 de julio de 2014, en http://datos.cis.es/pdf/Es2978mar_A.pdf.

512. *Vid.* muy recientemente, GUICHOT, E. «La nueva regulación legal de la

por hacer. Entre ellas, muchas de las que señala el reciente informe de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la lucha contra la corrupción en la UE (2014),⁵¹³ que, por cierto, no aprecia ningún déficit de Derecho penal sustantivo, sino otros que afectan a la capacidad de detección y sanción efectiva del fenómeno. Es verdad que España está entre los países miembros que disponen de organismos centrales de control y represión de naturaleza diversa, desde el Tribunal de Cuentas, hasta la Fiscalía especializada en Corrupción y Crimen organizado. Como es sabido, esta Fiscalía especial —creada por Ley 10/1995, de 24 de abril— investiga y conoce de los procesos de especial trascendencia, relativos a los delitos económicos u otros cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos relacionados con el fenómeno de la corrupción. Para ello cuenta con diferentes unidades de apoyo: 1) Unidad de Apoyo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria,⁵¹⁴ 2) Unidad de Apoyo de la Intervención General de la Administración del Estado,⁵¹⁵ 3) Unidad Adscrita de la Policía na-

transparencia, el acceso a la información pública y el buen gobierno como mecanismo de lucha contra la corrupción y regeneración democrática», en, JAREÑO LEAL, A., *Corrupción pública: cuestiones de política criminal* (II), Justel, Madrid, 2014, pp. 215 y ss.

513. A 27 de julio de 2014, en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_es.pdf.

514. Creada por Resolución de la Agencia Tributaria de 8 de enero de 1996, presta, de conformidad con el Convenio de Colaboración en materia de apoyo al Ministerio Fiscal en la lucha contra los delitos económicos, suscrito, el día 27 de diciembre de 1995, por los Ministerios de Justicia e Interior, Economía Hacienda, y la Agencia Tributaria, asesoramiento en los ámbitos financiero, contable y tributario, y en términos generales en el ámbito económico. Está integrada por funcionarios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria —del Cuerpo de Inspectores de Hacienda del Estado y del Cuerpo Técnico de Hacienda—.

515. La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), que está actualmente encuadrada en la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, es el órgano de control interno de la gestión económico-financiera del sector público estatal y el centro directivo y gestor de la contabilidad pública. Por tanto, dada la indiscutible vinculación existente entre corrupción y gasto público, nada más atinado que extender a ella el Convenio de Colaboración citado en la nota precedente (apdo. sexto).

cional⁵¹⁶ y 4) Unidad Adscrita de la Guardia Civil,⁵¹⁷ siendo la labor de todas ellas realmente encomiable.

Sin embargo, como apunta el informe de la Comisión, «la creación de organismos especializados de lucha contra la corrupción, centrados en la prevención o la represión, o en ambas cosas, no es la panacea (...). Entre los factores que afectan a su éxito (temporal o a largo plazo) figuran: las garantías de independencia y la ausencia de interferencias políticas, la selección y promoción del personal basada en el mérito, la colaboración pluridisciplinar entre equipos operativos y con otras instituciones, el rápido acceso a las bases de datos e información y el suministro de los recursos y cualificaciones necesarios». En cuanto a esto, concluye el informe, «estos elementos no aparecen sistemáticamente en todos los Estados miembros».⁵¹⁸ En el informe no se cita cuáles son esos Estados pero no hacen falta grandes indagaciones para intuir que España está entre ellos. Me limitaré a poner dos ejemplos que vienen al caso y conozco de primera mano. El primero tiene que ver con la inabarcable tarea que diariamente tiene que afrontar la Unidad de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria adscrita a la Fiscalía Anticorrupción. Para que nos hagamos una idea, en los dos últimos años de los que existen datos publicados (2011 y 2012) ha tenido que emitir un total de 219 informes (141 correspondientes a 2011 y 78 a 2012), además de los que la citada Unidad ha evacuado en calidad de Peritos Judiciales y sobre los que no se aportan cifras.⁵¹⁹ Si tenemos en cuenta que tal

516. Se integra en la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEP) y su carácter de organismo central le confiere competencia en todo el territorio nacional coincidiendo así con el ámbito de actuación de la Fiscalía Especial. La Unidad dispone del apoyo operativo de las distintas Unidades y Servicios (centrales y territoriales) de la Dirección General de la Policía, fundamentalmente de la Comisaría General de Policía Judicial, Comisaría General de Policía Científica, etc.

517. Se integra en la Unidad Central Operativa (UCO), órgano central de la Policía Judicial, lo que le permite tener competencia sobre todo el territorio nacional. Para llevar a cabo las distintas investigaciones esta Unidad cuenta con el apoyo operativo de todas las Comandancias territoriales de la Guardia Civil y sus Unidades de Policía Judicial, así mismo cuenta con el apoyo de las Unidades Centrales de Criminalística y Policía Judicial.

518. Loc. cit., p. 15

519. *Vid.* Memoria Fiscalía General del Estado años 2012 y 2013, pp. 625 y 243,

organismo está servido por diez funcionarios,⁵²⁰ resulta que, sin contar los informes que elaboran como peritos judiciales y haciendo una estimación global, el promedio de dedicación para elaborarlos ronda los treinta días, tiempo notoriamente insuficiente atendida la complejidad de los casos.⁵²¹ A su vez, esta sobrecarga de trabajo explica —como con contundencia dijo un brillante inspector de Hacienda perito en un caso de renombre tramitado en Castellón— que haya informes que no puedan evacuarse con la diligencia que sería deseable, máxime —como subrayó— cuando versan sobre asuntos en que el afectado ha previsto desde el principio la posibilidad de ser sometido a control y, por añadidura, obstruye en lo posible la labor de la Agencia Tributaria. Ignoro si los mismos problemas son trasladables a las Unidades Adscritas de la Policía Nacional o de la Guardia Civil pero no creo que con sus doce y diez funcionarios respectivos consideren que andan sobradas de efectivos para abordar con solvencia una labor tan compleja y tan carente en aspectos centrales de la investigación de un marco normativo claro que permita a los agentes conocer sí todo lo que técnicamente pueden hacer es jurídicamente admisible.⁵²²

respectivamente. Puede consultarse en la página oficial, <http://www.fiscal.es> en el apartado «Documentos».

520. Correspondiendo cinco de ellas al Cuerpo de Inspectores de Hacienda del Estado y las otras cinco al Cuerpo Técnico de Hacienda.

521. No digamos ahora cuando esta Fiscalía ha tenido que asumir también las numerosas causas referidas al escándalo de las cajas y entidades financieras en crisis (CAM, Bankia, Caixa Galicia, Banco de Valencia, Caixa-Cataluña) lo que, como dice la MFGE 2013 (p. 227) ha alterado profundamente el funcionamiento del órgano.

522. El recurso a las nuevas tecnologías por el aparato estatal es la contrapartida del uso que de las mismas hace el delincuente y resultaría absurdo volverles la espalda en tanto que útiles instrumentos de la prevención del delito y, por ende, de la tutela de bienes jurídicos. El problema es que nuestro ordenamiento no está a la altura de los tiempos en tanto que no fija con claridad los límites infranqueables de la actuación policial. Establecer esos límites resulta necesario, en primer lugar, porque están en juego los derechos fundamentales y los peligros que las nuevas modalidades de interceptación de las comunicaciones y medidas de investigación análogas encierran para ellos son más que evidentes. Por otra parte, es obvio que concurren también razones de eficacia para evitar que una actuación de los órganos encargados de la persecución penal vulneradora de las garantías constitucionales eche por tierra los resultados de la investigación. Pero para ello es requisito previo que sepan a qué deben atenerse (*vid.* sobre el particular, con ulteriores citas, CUERDA ARNAU, M.^a L. «Intervenciones prospectivas y secreto de las comunicaciones», en GONZÁLEZ CUSSAC,

El segundo ejemplo que quería traer a colación tiene que ver con el funcionamiento de las secciones especializadas en anticorrupción a nivel territorial y provincial, pues cualquiera que se acerque a su día a día verá las dificultades ante las que los fiscales se encuentran para poder atender sus asuntos ordinarios —entre ellos 325.000 señalamientos por simples faltas—⁵²³ y, además, colaborar eficazmente desde abajo con la Fiscalía especial. La unidad de actuación especializada y la coordinación quedan reducidos, en buena medida, a loables propósitos. Muy elocuente resulta lo que sobre el particular puede leerse en la última Memoria de la Fiscalía de la Comunidad Valenciana (2013):⁵²⁴

Empezando por esta Fiscalía y su Tribunal Superior diremos que los asuntos de corrupción los despacha la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, con lo que poco podemos decir de su incidencia y alcance. Si entramos en las Fiscalías Provinciales, hallamos también dificultades en las Memorias. Alicante dice que no están computados los asuntos y que un Fiscal en el Partido Judicial de Orihuela entiende que pueden existir 50 causas. Valencia se refiere a asuntos propios del Tribunal Superior y la Fiscalía Especial referida (caso «Gürtel») y cita asuntos propios (sobre 7). Castellón señala 1 asunto.⁵²⁵

Si a todo ello añadimos las quiebras que presenta la actual planta y demarcación judicial o el actual estado en que se encuentra la oficina judicial, hay que convenir con el Fiscal General del Estado, Sr. Torres-Dulce,⁵²⁶ que nuestro modelo no resiste más: ha finalizado el tiempo de las reformas y hay que optar por la ruptura.

J.L/ CUERDA ARNAU, M.^a L. (dir.) / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (coord.), *Nuevas amenazas a la Seguridad Nacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 121 y ss.

523. Cifra que supone el doble de los señalamientos de los juicios por delitos (MFG 2013, p. 578).

524. http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=FT_ComunidadA_FA&cid=1242053658545&language=es&pageid=1242053310265&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_memoriaEstadisticaCCAA&rastrro=MemoriaEstadisticaFTCCAComunitat+Valencia-na&rastrroCA=Comunitat-Valenciana.

525. Loc. cit. p. 131.

526. Conferencia pronunciada en la Universidad de Castellón el día 7 de octubre de 2014 con motivo del acto en homenaje al fiscal Fernando Herrero-Tejedor Algar.

II. El contexto: corrupción y colapso judicial en una comunidad autónoma saqueada

«Tierra de saqueo»⁵²⁷ es algo más que un buen título comercial para describir con exactitud el estado de cosas en el que se encuentra la Comunidad Valenciana, que es el contexto que, por las razones que apunté, tomaré como referencia. En efecto, el número y envergadura de los asuntos no es, pese a lo que en algunos círculos se dice, comparable al del resto del Estado y, en cualquier caso, como con implacable ironía ha dejado expuesto González Cussac en ninguna han sido capaces de hacer de la corrupción un arte: «el arte de regalar, de adivinar al otro para poder persuadirle. Aquí lo hemos elevado a la categoría de la retórica (...) Elegir el regalo apropiado, entregarlo en el momento preciso, aparecen como fruto de un profundo conocimiento del otro, como una sublime superación del egoísmo (...) Esta perspectiva es desde la que nuestras elegantes (*sic*) damas y caballeros valencianos observan la corrupción intramuros de su selecta y secreta sociedad. En sus cónclaves ya han tenido ocasión de exteriorizar sus refinados parámetros para enjuiciar lo que los profanos califican de corrupción».⁵²⁸ A mi modo de ver, cabría decir, incluso, que esa «forma de mirar» es un aire de familia que se aprecia en buena parte de la sociedad valenciana, esa sociedad que parece asistir al espectáculo sin inmutarse, la misma que como miembro de un jurado popular decidió absolver al expresidente Camps por un delito de cohecho impropio.⁵²⁹ El mismo por

527. *Tierra de saqueo. La trama valenciana de Gürtel*, CASTILLO PRATS, S., Lectio Ediciones, 2.^a edición, Barcelona, 2013. El periodista ha realizado un excelente trabajo. Como dice su prologuista José Luis Peñas, el exconcejal de Majadahonda que aportó los primeros indicios de criminalidad del caso a la Fiscalía Anticorrupción, en él aparecen todos los protagonistas de la corrupción en la Comunidad Valenciana y el lector se sorprende de lo que Sergi Castillo ha encontrado buceando en las letrinas del caso.

528. «De la corrupción considerada como una de las bellas artes», en VIVES/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC/ALONSO/ROIG (dir.), *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 395.

529. Sentencia 2/2012, de 30 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal (Documento TOL2.392.324).

el que ya habían sido condenados con sentencias de conformidad el exvicepresidente del Consell, Víctor Campos, y el ex jefe de gabinete de la Conselleria de Turismo y luego jefe de Protocolo de la Diputación de Valencia, Rafael Betoret,⁵³⁰ tras un magistral auto de apertura de juicio oral dictado el día 15 de julio de 2011 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que personalmente me sirve de inmejorable material didáctico para explicar esta figura delictiva.

Tan laxas valoraciones sociales, unidas a la cifra negra⁵³¹ que caracteriza a esta clase de delitos, convierten en arriesgada cualquier estadística. Aun así, nos basta y sobra con algunos de los casos que han aflorado.

1. Caso Gürtel: un auto de procesamiento tras cinco años de instrucción

Entre ellos, la llamada vertiente valenciana de la trama Gürtel merece un lugar de honor. Recordemos que tiene su origen en las Diligencias Informativas 1/08, 13/08 y 14/08 de la Fiscalía Anticorrupción⁵³² y fecha de incoación en el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia

530. Sentencias n.º 10/2011, de 16 de septiembre (TOL2.436.272), y n.º 11/2011, de 16 de septiembre (TOL2.436.743).

531. Entre los últimos estudios *vid.* VILLORIA MENDIETA, M. / JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., «¿Cuánta corrupción hay en España? Los problemas metodológicos de la medición de la corrupción (2004-2011)», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 156, 2012, pp. 13-47. Por otro lado, las cifras que arrojan las Memorias de la Fiscalía General de los tres últimos años parecen exiguas y no coinciden, por ejemplo, con las que Luz M.^a Puente Aba extrae del Instituto Nacional de estadística (*vid.* «Imágenes de corrupción pública y privada: reflexiones a la luz de la pintura flamenca», en VIVES ANTÓN, T. S. *et al.*, *Crímenes y castigos. Miradas al Derecho penal a través del arte y la cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, nota 27, p. 746. Finalmente, la página oficial del Consejo General del Poder Judicial no arroja luz sobre el tema http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Memorias/Memoria_Anuual/Memoria_anual_2013.

532. Que fue a quien un exconcejal del Partido Popular en Majadahonda, que trabajó para Francisco Correa durante un tiempo, entregó las grabaciones de conversaciones mantenidas con el presunto jefe de la trama corrupta.

Nacional de 6 de agosto 2008 (Diligencias Previas n.º 275/08. Asunto: Blanqueo de capitales).⁵³³ El 5 de marzo de 2009, ante la posible participación de aforados en los hechos investigados, las actuaciones se remitieron —en su práctica totalidad— al Tribunal Superior de Justicia de Madrid quien asumió la competencia por Auto de 31 de marzo de 2009, dando lugar a la incoación de las Diligencias Previas núm. 1/09. En la misma fecha de 5 de marzo de 2009 se acordó la inhibición parcial a favor del Tribunal Superior de Justicia de Valencia respecto de concretos hechos que se estimaron escindibles del resto y en los que aparecía la posible participación de aforados de la Comunidad Valenciana. El tribunal valenciano aceptó su competencia por Auto de 21 de abril de 2009 incoándose las Diligencias Previas 2/09. Llegamos así al Auto de 22 de julio de 2014 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana,⁵³⁴ por el que se cierra la instrucción de la pieza 5 de Gürtel dictando auto de procesamiento contra, entre otros altos cargos y funcionarios,⁵³⁵ el diputado popular David Serra y varios exconsejeros de la Generalitat Valenciana: Alicia de Miguel, que fue titular de Bienestar Social; Manuel Cervera, exresponsable de Sanidad y exdiputado en el Congreso por Castellón, y Luis Rosado, que le sucedió al frente de la Consejería de Sanidad. A ellos y al resto de acusados el instructor les atribuye los supuestos delitos de prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos y falsedad documental. El auto de 261 páginas pone de manifiesto con base en detallados informes de la Intervención General de la Administración del Estado, expedientes administrativos, declaraciones y correos electrónicos que causan rubor, que la irregular contratación administrativa era la regla y se extendió por múltiples consejerías, agencias, sociedades públicas y hasta una fundación. En todas ellas se produjeron gran cantidad de contrataciones con

533. N.º registro 422108, juez instructor: Baltasar Garzón Leal.

534. Pte. Ceres Montes.

535. La ex directora general de Promoción Institucional, Dora Ibars, la ex secretaria autonómica de Educación, María Auxiliadora Hernández, la ex directora general de archivos, Silvia Caballer, la exdirectora general de la Luz de las Imágenes, Carmen Díaz, la exdirectora de Sociedad Imagen, Arantxa Vallés, el exdirector de Asistencia Sanitaria, Rafael Peset, el exdirector de Castelló Cultural, Vicente Farnós, entre otros (hasta veintisiete).

vulneración de los principios de publicidad y libre concurrencia, con el objetivo aparente de «beneficiar» al entramado empresarial de Correa. Para eliminar la competencia, el Gobierno valenciano y la red utilizaron presuntamente un amplio repertorio de corruptelas. La primera vía para asegurar el resultado consistió en emplear procedimientos negociados de contratación sin publicidad, en los que bastaba con invitar a tres empresas. Una era siempre Orange Market; y las otras dos, empresas del mismo grupo de Correa, sin que exista explicación razonable para realizar invitaciones a sociedades del grupo radicadas en Madrid, que nunca habían trabajado en el respectivo órgano de contratación y sin que ningún empleado público sepa explicar por qué se seleccionaron para ser invitadas, por no hablar de adjudicaciones que se realizan el mismo día en que se aprueba el gasto y el pliego de condiciones.⁵³⁶ En muchas otras ocasiones, el procedimiento fue incluso menos sofisticado. La Generalitat recurrió a la técnica del fraccionamiento «con objeto de evitar el procedimiento legal de contratación», puesto que si un mismo acto era dividido en adjudicaciones inferiores a los 12.020,24 euros, podía concederse directamente.⁵³⁷

El balance provisional es el siguiente: la instrucción de la pieza separada de la causa que es conocida como la de los contratos «menores» de la Generalitat con la trama Gürtel ha tardado más de cinco años en cerrarse y ahora comienza el rosario de recursos que no es previsible que estén resueltos antes de que termine el año.

2. Caso Fabra: una sentencia condenatoria aquejada por las dilaciones indebidas, suspendida por la petición de indulto y ejecutada tras más de una década de proceso

El conocido como «caso Fabra» es también un magnífico ejemplo de la ineficiente respuesta del sistema de justicia penal ante los casos de corrupción más graves. En este caso, la sección primera de la Audiencia

536. *Vid.* especialmente pp. 94 y ss.

537. *Vid.* pp. 5 y ss.

Provincial condenó al acusado.⁵³⁸ Pero es interesante resaltar tres extremos: 1) la duración del proceso; 2) la diferencia existente entre las pretensiones acusatorias y el título de condena, y 3) la pena finalmente impuesta y las vicisitudes sufridas hasta la ejecución de la misma.

En cuanto a lo primero, recordaremos que, a las iniciales querellas que resultaron archivadas,⁵³⁹ le siguieron las Diligencias Previas n.º 196/2004, iniciadas de oficio en el Juzgado n.º 1 de Nules el 26 de enero de ese año por presuntos delitos de cohecho, tráfico de influencias y negociaciones prohibidas. Posteriormente, por Auto de 9 de junio de 2005 el mismo Juzgado de Instrucción tuvo por admitida la denuncia formulada por la Agencia Tributaria por un presunto delito contra la Hacienda Pública, que se acumuló a dicho procedimiento. Las diligencias desembocaron en el procedimiento abreviado n.º 99/2011⁵⁴⁰ del mismo Juzgado, que por Auto de 22 de marzo de 2013 ordenó la apertura de juicio oral, el cual culminaría con la ya citada sentencia 354/2013, de 25 de noviembre de la Audiencia Provincial de Castellón (sección primera). Hasta llegar a ese momento, han sido muchas las resoluciones intermedias y los recursos interpuestos; entre ellas dos polémicos autos

538. Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (sección 1.ª), n.º 354/2013, de 25 de noviembre (TOL4.013.920), confirmada por STS 586/2014, de 23 de julio (salvo en lo que respecta a una de las recurrentes, para quien se excluye uno de los delitos de fraude fiscal por los que había sido condenada).

539. Las presentó un empresario castellonense y hasta entonces amigo de Carlos Fabra, Vicente Vilar, acusándole de haber recibido cantidades millonarias a cambio de su mediación ante los ministerios para legalizar los fitosanitarios que fabricaba la empresa Naranjax, propiedad de Vilar y su entonces esposa, la también imputada en el caso y luego absuelta, Montserrat Vives. También a raíz de otra querrela presentada por Vilar, el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción 2 de Nules abrió por Auto de fecha 11 de octubre de 2005 otras diligencias de investigación que dieron paso al Procedimiento Abreviado 61/2009, por un presunto delito continuado de falsedad en documento oficial. El proceso que afectaba a Fabra, a su esposa María Amparo Fernández, la exesposa de Vicente Vilar, Montserrat Vives y el ex alto cargo ministerial Domingo Cadahía, entre otros, fue sobreesido por lo que respecta a los dos primeros por Auto n.º 48/2010, de 5 de febrero dictado por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial (TOL 3.614.840). La sentencia n.º 220/2013, de 16 de mayo, dictada por Juzgado de lo Penal n.º 4 de Castellón (TOL3.724.585) condenaba a otros de los imputados.

540. Y no, como se dice por error en la sentencia de la Audiencia de Castellón, 30/2011.

de archivo dictados por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial, el primero declarando sobreseer la causa por cuatro de los cinco delitos fiscales al estimarlos prescritos (Auto n.º 458/10, de 23 de diciembre,⁵⁴¹ luego revocado por el Tribunal Supremo en STS n.º1294/2011, de 21 de noviembre);⁵⁴² el segundo, decretando la nulidad parcial del auto de apertura de juicio oral a fin de que se excluyera del mismo el delito de cohecho (Auto n.º 28/12, de 12 de enero,⁵⁴³ que fue dejado sin efecto por STS núm. 145/2013 de 14 febrero,⁵⁴⁴ en cuyo fallo se acordaba «remitir los autos a dicha Audiencia de procedencia, para que esta lo remita al Sr. Juez de Instrucción n.º 1 de Nules y que este, con absoluta libertad de criterio, dicte nuevo auto de apertura»).

En suma, la sentencia de instancia no recayó hasta casi una década después del inicio de las diligencias, lo que motivó la estimación de la atenuante de dilaciones indebidas, cuestión a la que me referiré más adelante.

Ahora interesa dejar constancia del dato que apuntaba al principio: la diferencia que media entre las pretensiones de la acusación y el título de condena. Por lo que respecta a Fabra, y limitándonos a la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, este en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de tráfico de influencias de los arts. 74 y 428 CP, un delito continuado de cohecho de los arts. 74 y 419 CP y un delito continuado de cohecho de los arts. 74 y 423.1 CP, así como siete delitos contra la hacienda pública previstos y penados en el art. 305 CP, acusando a Carlos Fabra en concepto de autor. En su virtud, solicitó que se impusiera al referido acusado las siguientes penas: un año de prisión por el delito continuado de tráfico de influencias y cinco años de inhabilitación para empleo o cargo público; cuatro años de prisión por el delito continuado de cohecho, multa de 600.000 euros, diez años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y comiso de las cantidades percibidas (art. 431 CP); y por los delitos contra la Hacienda pública: por el correspondiente al año 1999,

541. TOL3.629.732.

542. TOL2.288.447.

543. TOL3.720.967.

544. RA 2013\2704.

dos años de prisión y multa de 460.000 euros; por el correspondiente al año 2000, dos años de prisión y multa de 250.000 euros; por el correspondiente al año 2002, dos años de prisión y multa de 350.000 euros; y por el correspondiente al año 2003, dos años de prisión y multa de 320.000 euros.

Pues bien, la sentencia de la Audiencia analiza minuciosamente cada una de las figuras delictivas y tras un exhaustivo repaso del material probatorio, absuelve al acusado por los delitos de tráfico de influencias y cohecho. El Tribunal señala muy acertadamente que «no se penaliza genéricamente cualquier gestión realizada por quien ostenta una determinada situación jerárquica, sino únicamente aquella en que la posición de superioridad se utilice de modo desviado, ejerciendo una presión impropia del cargo que desvirtua la motivación de la resolución». Y resulta que, dice la Sala, «a la vista de esas testimoniales, no puede el Tribunal sino llegar a la conclusión de que ninguno de ellos fue influenciado, sugerido o forzado en su decisión».⁵⁴⁵ En cuanto al cohecho, la Audiencia entiende que estamos ante la misma «insuficiencia de esos medios probatorios para colmar el vacío incompatible con la presunción de inocencia. En el primer caso, porque los (...) testigos se han basado únicamente en rumores o comentarios (...) pero ninguno de esos testigos ha visto entregas de dinero en efectivo o cheques, ni concreta cantidades o conceptos a que responden) y en el segundo, porque se trata de la declaración de un coimputado que en el plenario se ha retractado de su anterior declaración prestada en fase de instrucción, con los condicionantes que ello comporta».⁵⁴⁶ Aunque, como la Sala reconoce, la explicación que aportó para su retractación no es especialmente convincente, fue suficiente para sembrar una duda razonable. Así las cosas, el acusado fue exclusivamente declarado culpable en concepto de autor por cuatro delitos contra la Hacienda pública del art. 305 del Código Penal, según redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010.

545. Al análisis de la acusación por tráfico de influencias se dedican los fundamentos jurídicos 2.º y 3.º.

546. Al análisis de la acusación por cohecho se dedican los fundamentos jurídicos 6.º y 7.º.

No es momento de entrar en más detalles. Solo diré dos cosas: que el paso del tiempo se dejó sentir en el acervo probatorio con que las acusaciones creían contar y que, curiosamente, para la condena por delito fiscal resultó determinante el informe prestado por dos magníficos peritos judiciales, los mismos a quienes se achaca, no sin razón, haber tardado demasiado tiempo en emitir su informe. ¿No resulta, pues, evidente la necesidad de apuntalar la Unidad de la Agencia Tributaria adscrita a la Fiscalía Anticorrupción?

La tercera cuestión que anuncié al principio se refería a la pena finalmente impuesta⁵⁴⁷ y a su actual estado de ejecución. En cuanto a lo primero, interesa resaltar que la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón apreció la atenuante de dilaciones indebidas con efectos ordinarios.⁵⁴⁸ Y, ciertamente, la duración del proceso parece a todas luces irrazonable, lo que nuevamente obliga a reflexionar sobre la necesidad de abordar reformas estructurales.⁵⁴⁹

Ahora bien, la especial virtualidad que en este y otros casos viene teniendo la referida atenuante también obliga a hacer ciertas consideraciones. En este caso, el asunto fue objeto de un seminario realizado en la Universitat Jaume I entre las actividades propuestas por los estudiantes que asistieron diariamente a las sesiones del juicio. La conclusión del mismo, resumidamente expuesta, es la siguiente: determinadas interpretaciones de la atenuante en cuestión —y de la más moderna atenuante análoga de cuasi-prescripción—⁵⁵⁰ resultan muy discutibles desde la perspectiva del principio de legalidad penal en la medida en

547. Las penas impuestas fueron las siguientes: un año de prisión por cada uno de ellos, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 231.155,52 € (IRPF 1999), 124.078,13 € (IRPF 2000), 174.836,69 € (IRPF 2002) y 163.003,99 € (IRPF 2003).

548. Y no como muy cualificada como pedía la defensa.

549. *Vid.* muy recientemente, BOIX REIG, J. «Sobre los procedimientos penales relativos a delitos contra la Administración pública» y FERRANDIS CIPRIÁN, D. / TERUEL GARCÍA, I., «Corrupción y Administración de justicia: una propuesta de reforma», todos en JAREÑO LEAL, A., *Corrupción pública: cuestiones de política criminal* (II).

550. También alegada por la defensa y objeto de un interesante tratamiento en la sentencia de la Audiencia, que muy atinadamente se negó a apreciarla (FJ. 14, apartado 2).

que estiman indebidas dilaciones que tienen su origen en la actuación procesal del condenado. Ello no solo encierra la tentación de alargar el procedimiento, sino que, a su vez, puede producir efectos colaterales en el derecho a ser juzgado en un plazo razonable que naturalmente también ostentan los acusados que han tenido la desgracia de ser encausados conjuntamente con otro u otros interesados en aquella dilación. Téngase en cuenta que en la sentencia se reconoce en varios pasajes del fundamento jurídico decimocuarto «la gran complejidad del proceso»; el hecho de que, «la causa es muy voluminosa (74 tomos y más de 50 anexos) y fueron notorias las dificultades de investigación al estar implicados inicialmente cinco imputados más y por otros delitos contra la administración pública, con distintas incidencias procesales, como el cambio de tramitación procesal de Tribunal del Jurado a Procedimiento Abreviado, entre otras». Se trata, dice el Tribunal, de una causa «que precisó una investigación minuciosa y ardua, por la naturaleza de los delitos investigados que precisaron de complejas pruebas periciales para clarificar extremos relevantes de la instrucción, además de haber prestado declaración casi cien testigos. Los peritos judiciales tardaron cuatro años en elaborar su primer informe aunque la simple lectura del mismo justifica el retraso, pues llegaron a procesar unas 17.000 operaciones, carecieron de colaboración, tanto de los acusados como de entidades bancarias, por lo que se vieron obligados a personarse en las mismas, previo mandamiento judicial, para recabar la información correspondiente; dificultades, en suma, que alargaron la práctica de la pericia, pero que no pueden considerarse dilaciones extraordinarias». Se puntualiza en la resolución que por la defensa del Sr. Fabra «se interpusieron más de veinte recursos de apelación e incluso uno de casación, el relativo a la prescripción del delito fiscal, además de haberse tramitado y resuelto otro recurso de casación»; y, en fin, se alude a «actuaciones de parte nada favorecedoras de la celeridad y progresión procedimental». Aun así, la Sala opta por apreciarla e impone al acusado el mínimo de la mitad inferior, conclusión esta última que también fue objeto de debate en el citado seminario universitario, ya que la propia sentencia reconoce que la defraudación alcanzaba un monto muy considerable y que su autor era, como subrayó el fiscal anticorrupción, «un Presidente

de Diputación que recaudaba impuestos y luego eludía el pago del IRPF correspondiente», que no había «regulado su situación tributaria durante todo ese tiempo, con la posibilidad en tal caso de verse favorecidos por la rebaja en dos grados de la pena prevista en el nuevo art. 305 CP», y que tampoco ha «colaborado procesalmente ni en orden a la reparación del daño causado».⁵⁵¹

Dictada la sentencia, el día 10 de septiembre de 2014 la Audiencia acordó acceder a la suspensión de la ejecución mientras se tramita el indulto que el condenado siempre afirmó que no pediría.⁵⁵²

La Audiencia fundamenta su decisión en lo dispuesto en los párrafos 1.º y 2.º del art. 4.4 CP. Personalmente, discrepo de la interpretación que de ambas normas hacen los magistrados de quienes, por lo demás, tantas cosas he aprendido. A continuación, explicaré las razones de mi discrepancia.

Comenzaré por lo más sencillo. La base legal del párrafo segundo del art. 4.4 CP ofrece un asidero muy endeble porque lo cierto es que estamos ante una pena de cuatro años de prisión, y por tanto, es difícil sostener que «de ser ejecutada la sentencia la finalidad de este (sc. el indulto) pudiera resultar ilusoria». Dejando incluso a un lado el hecho de que lo verdaderamente ilusorio es que ese indulto se conceda, resulta que las estadísticas demuestran que el indulto — si se diera — no sería total y que el promedio de tiempo en que se resuelven las solicitudes no alcanza el periodo de condena.⁵⁵³ La previsión legislativa cobra sentido,

551. Entre los motivos de los recursos presentados por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, se encontraba tanto la apreciación de la atenuante como el concreto uso que se había hecho de las facultades de individualización de la pena. El TS (FJ 25) rechaza ambos motivos por entender que, pese a todo, «cuatro años son un tiempo excesivo para emitir el informe pericial». En cuanto a la individualización de la pena, la desestimación era de esperar, toda vez que, como dice el TS «a la casación es ajeno el juicio de oportunidad e incluso el de equidad sobre la medida de la pena por la que opta el juzgador de la instancia si expresa las razones de su decisión y la pena impuesta no infringe la norma penal individualizadora por estar dentro de los márgenes conferidos al jugador». En este caso, la razón utilizada por los compañeros de la Audiencia Provincial fue el hecho de carecer condenado de antecedentes penales.

552. <http://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2014/07/31/carlos-fabra-promueve-propio-indulto/1144455.html>

553. *Vid.* DOVAL/BLANCO/FDZ-PACHECO/VIANA/SANDOVAL, «Las con-

como la Audiencia da muestras de conocer (FJ 1.º) para los casos de penas de *corta duración* en las que, ciertamente, de no suspenderse la ejecución, el indulto concedido ya llegaría tarde. Pero obviamente no es el caso, pues solo en la errática hipótesis de que el indulto se concediera y fuera total podríamos afirmar que la entrada del Sr. Fabra en prisión habría hecho ilusoria la finalidad del indulto, que, como es obvio, no es, sin más, eludir la ejecución de una sentencia firme.

El segundo argumento —y principal— utilizado para decretar la suspensión se basa en una singular interpretación de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 4.4, que dice así:

Si mediara petición de indulto, y el juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

Pues bien, la interpretación realizada por la Audiencia conduce a convertir en automática la suspensión en los casos en que se solicita el indulto por un condenado a quien se le hubiera reconocido en la sentencia la existencia de dilaciones indebidas durante la tramitación del procedimiento. Según la Sala, el precepto «vincula al Tribunal a suspenderla si en resolución previa y fundada ha apreciado una posible vulneración del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas durante la tramitación del proceso, lo cual haría decaer los fines de prevención general y especial asignados a la pena y a su cumplimiento, otorgando operabilidad a la concesión del indulto como remedio político de justicia material en la línea del Tribunal Constitucional asentada sobre aquél derecho fundamental» (FJ 1.º, apartado 1.º). Y, añade, «el transcurso del tiempo cobra una extraordinaria relevancia, no solo porque han transcurrido en este concreto supuesto entre quince y once años desde la comisión de los hechos, sino porque tanto

cesiones de indultos en España (2000-2008)» *Revista Española de Investigación Criminológica*, art. 5, n.º 9 (2011). *Vid.* asimismo que la información que suministra la propia página oficial del Ministerio (http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1200666550200/Tramite_C/1215326294291/Detalle.html).

esta Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo en sus respectivas sentencias de 25 de noviembre de 2013 y 23 de julio de 2014 han apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en cuyo caso esta sala, *de modo imperativo*, suspenderá la ejecución hasta que se resuelva la petición de indulto» (FJ 2.º, b).

La referida interpretación no solo no es, como sostiene el auto, la única que se ajusta a la literalidad del precepto, sino que resulta contraria a una interpretación sistemática del ordenamiento penal en su conjunto y se opone a las finalidades legales a que responde la institución de la suspensión. Una interpretación gramatical estricta vincula al cumplimiento de la pena la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas («que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas»). Por tanto, la Audiencia debiera haber explicado por qué se daba ese presupuesto y, por tanto, su efecto: la suspensión. El problema es que estamos ante una norma que como reconoce el propio Tribunal Supremo⁵⁵⁴ «es de difícil interpretación» y requiere algo más que el recurso a una interpretación gramatical, de la que, literalmente hablando, no es posible sacar nada en claro. Así es porque resulta una obviedad que no es la ejecución de la pena lo que puede determinar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La vulneración se habrá producido con anterioridad a su ejecución como consecuencia de la irrazonable duración del proceso. Esa irrazonable duración convierte en muchos casos —pero no en todos— la pena en innecesaria desde la perspectiva de la prevención especial y general. En tal caso, el indulto puede servir de remedio. Por ello, el legislador de 1995 decidió introducir una excepción a la regla general contenida en la vetusta, pero vigente, Ley de Ejercicio de la Gracia de Indulto según la cual la solicitud no suspende el cumplimiento (art. 32). Bien es verdad que el legislador utilizó una fórmula torturada que solo mediante el recurso a criterios sistemáticos y teleológicos cobra sentido. De entre tales criterios, destacan los que apelan a la finalidad última de la suspensión prevista en el precepto: evitar la

554. V. STS 94/2007 de 14 de febrero (RA 1482).

ejecución de una pena que resulta innecesaria, siendo la dilatada duración del proceso un elemento determinante —aunque no único— para estimar que su cumplimiento es inútil desde los fines preventivos de la pena. Nada de esto se da en el «caso Fabra». Desde la perspectiva de la prevención general, estamos ante una pena de duración considerable, impuesta a quien fuera un destacado representante político y por un delito que atenta contra los intereses públicos, de modo de que la suspensión se opone tanto a la eficacia intimidatoria como a los efectos integradores asociados a la prevención general positiva. Desde la perspectiva de la prevención especial, nada hay en el auto que comentamos que explique cuáles son las razones que convierten en innecesario el cumplimiento. Las referencias genéricas a la desocialización que la prisión produce pueden aplicarse a todos los delincuentes y, en cuanto al que nos ocupa, la propia sentencia condenatoria pone de relieve que obstaculizó en todo momento la labor inspectora de la Hacienda pública y su falta de colaboración en orden a la reparación del daño causado, y, cuando esto escribo, no consta que haya satisfecho las responsabilidades civiles. Se trata, por consiguiente, de una suspensión que no pasaría ninguno de los filtros a que, en nuestro ordenamiento —y en los de nuestro entorno—, se condiciona esa decisión. En la ley y en la práctica ordinaria de nuestros tribunales, entre los que, por cierto, se cuenta la propia Audiencia Provincial de Castellón entre cuyos acuerdos no jurisdiccionales está el de «denegar siempre la suspensión por la tramitación de indulto cuando la pena impuesta sea igual o superior a tres años de prisión».⁵⁵⁵

En todo caso, y aún al margen del criterio no vinculante⁵⁵⁶ a que me refería, si uno repasa la jurisprudencia verá que, en lo que se refiere a la suspensión basada en el párrafo segundo del art. 4.4, todas las resoluciones toman en consideración, entre otros, dos extremos que aquí

555. Acuerdo de 23 de mayo de 2013.

556. Como es bien sabido, tales acuerdos dejan a salvo la independencia de las secciones para el enjuiciamiento y resolución de los asuntos de que conocen (art. 264.2 LOPJ). Sin embargo, la «unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales» a que responden redundan en una mayor previsibilidad de las decisiones judiciales y, por ende, refuerza el principio de legalidad, del que, como es obvio, nunca pueden apartarse tales criterios.

se han dejado de lado: la duración de la pena y la posibilidad de que el indulto prospere.⁵⁵⁷

557. V., AP de Madrid (Sección 6.^a) Auto n.º 772/2012 de 29 noviembre. JUR 2013\8679 F. J. 1.º (...) en el citado artículo se establece una facultad del Tribunal sentenciador para la suspensión de la ejecución de la pena en caso de haberse solicitado el indulto; sin que tal suspensión se establezca con carácter automático, ni siquiera en el caso de penas de corta duración; por lo que dicho Tribunal sentenciador debe hacer una aplicación racional de la expresada facultad, valorando las diversas circunstancias concurrentes y los diversos intereses dignos de protección. Este Tribunal considera como inviable, en principio, el indulto, por lo que no que procede la suspensión de la ejecución de la pena por el hecho de que se haya promovido expediente de indulto. AP de Madrid (Sección 30.^a), Auto n.º 772/2012 de 5 noviembre. JUR 2013\1983: FJ 2.º «El Tribunal Constitucional ha establecido el criterio de que procederá en principio acordar la suspensión si las resoluciones judiciales afectan a bienes o derechos del recurrente en amparo de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, como ocurre con las condenas a penas de privación de libertad, si bien este criterio general tampoco es absoluto, ya que en estos supuestos deben también ponderarse otras circunstancias relevantes, significativamente la duración y gravedad de la pena impuesta porque, con ciertos matices que no hacen ahora al caso, en ella se expresa la reprobación que el ordenamiento asigna al hecho delictivo y, por consiguiente, la magnitud del interés general en su ejecución (AATC 136/1999, 116/2000, 230/2001, 273/2002, 322/2003, entre otros muchos). En todo caso, a la hora de valorar la pertinencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramita el indulto, resulta esencial analizar la prosperabilidad de la solicitud de gracia instada». AP de Madrid (Sección 7.^a), Auto n.º 470/2011 de 23 mayo. JUR 2011\280458, FJ 2.º: «En primer lugar, en cuanto al primer argumento esgrimido por el apelante, la posibilidad de que la concesión del indulto devenga ilusoria si no se accede a la suspensión, ello no se estima plausible, tanto por la duración de la pena impuesta, superior al tiempo ordinario de la resolución de los expedientes de indulto». AP Barcelona (sección 2.^a) Auto de 1 septiembre 1999. ARP 1999\3202, FJ 3.º: «La concesión del indulto parcial, no sujeto a condición legal en la Ley, solicitado hasta un límite que hiciera factible legalmente la suspensión prevista en los artículos 80 y ss. del Código Penal, atendido el plazo razonable para la tramitación del mismo, tampoco haría ilusoria su finalidad en cuanto el cumplimiento previsible de la pena privativa de libertad hasta su concesión, en su caso, no excedería objetivamente de un año siendo así que la pena impuesta a Daniel V. P. es de tres años de prisión y que el límite máximo para acogerse legalmente al beneficio previsto en los precitados artículos del Código Penal, en el caso concreto, es de dos años de prisión». AP de Madrid (Sección 27.^a), Auto n.º 813/2008 de 29 diciembre. JUR 2009\114034: FJ 1.º: «debe añadirse el criterio de esta Audiencia Provincial respecto de la necesidad de examinar, siquiera sea someramente, si el indulto aparece con alguna posibilidad de prosperar, el examen de las expectativas o apariencia de buen derecho en la solicitud del indulto» AP de Madrid (Sección 23.^a) Auto n.º 589/2007 de 23 julio. JUR 2007\316435, FJ 1.º «su carácter excepcional, pues el principio general en la materia es el que deriva del interés público

Por su parte, en lo que afecta al párrafo primero del mismo precepto legal, las únicas sentencias del Tribunal Supremo que, hasta donde alcanzo, se han pronunciado sobre el particular afirman taxativamente que lo que la norma contiene es una simple autorización. En la línea de lo acordado en el Pleno de 21 de mayo de 1999,⁵⁵⁸ dice la STS núm. 94/2007 de 14 febrero:⁵⁵⁹

El nuevo Código Penal ha introducido una disposición de difícil interpretación en el art. 4.4 que, en verdad, no se refiere a la reparación de la lesión jurídica, sino que autoriza la suspensión de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia, si el juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y hubiere mediado petición de indulto. Como resulta claro no es la ejecución de la pena lo que puede determinar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones in-

que reclama el que las resoluciones judiciales de carácter firme se cumplan y también, claro es, las condenas penales de tal condición. Lo mismo que ha dicho el Tribunal Constitucional respecto de la suspensión de las ejecuciones como consecuencia de la interposición de las demandas de amparo constitucional (y con más razón aún en este caso en que se pretende la suspensión de la ejecución penal por petición de indulto) «en un Estado de Derecho las sentencias claman por ser cumplidas como exigencia implícita a la eficacia de la tutela judicial» (Autos del Tribunal Constitucional 120/1993 [RTC 1993\120 AUTO], 198/1995 [RTC 1995\198 AUTO] y 199/1995 [RTC 1995\199 AUTO], entre otros). Tal principio general en favor de la ejecución de lo resuelto por los Tribunales con carácter firme y en contra de la suspensión de su ejecución, con referencia a esta cuestión específica de la petición de indulto, se deduce asimismo del apartado 3 del mismo artículo 4 del Código Penal, cuando nos dice «sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia», y del artículo 32 de la Ley de Indulto de 18 junio 1870 (NDL 16414), actualizada por Ley 1/1988, de 14 enero (RCL 1988\70). De todo ello hemos de sacar la conclusión de que esa facultad de suspensión de la ejecución que al juez o Tribunal concede el párrafo último del artículo 4.4 del Código Penal solo podrá ser utilizada en casos muy concretos cuando las especiales circunstancias concurrentes así lo exijan de modo evidente, lo que no ocurre en el supuesto presente con relación a ninguno de los diez condenados cuyas peticiones estamos ahora examinando: sus respectivas penas son lo suficientemente largas como para que hayamos de estimar que, en su caso, la posible concesión de indulto no sea ilusoria, es decir, no se vea frustrada por el inicio de las ejecuciones».

558. *Vid.* el autorizado comentario que hace al mismo GRANADOS PÉREZ, en *Acuerdos del Pleno de la Sala de lo penal del TS para unificación de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 36 y ss.

559. RJ 2007\1482.

debidas, sino la duración irrazonable de la situación procesal del acusado. La ejecución de la sentencia dictada en un proceso de duración irrazonable, en realidad, solo agotaría la lesión jurídica, pero ésta ya tuvo lugar antes de la conclusión del proceso, precisamente cuando se produjo el retardo injustificado.

El art. 4.4 CP, por lo tanto, no contiene una norma que establezca la reparación judicial de la lesión jurídica, sino una simple autorización de suspensión de la ejecución de la sentencia. Ello es así porque ningún acusado tiene un derecho a ser indultado; el indulto no es ejercicio de una potestad jurídica sino del derecho de gracia y como tal discrecional» (FJ 1.º).

En los mismos términos se pronuncia la STS núm. 934/1999 de 8 de junio (FJ 1.º).

Esa es también, a mi juicio, la interpretación más adecuada, pues, a la postre vincula el indulto —y, por ende la suspensión— al hecho de que la medida de gracia sea un medio idóneo para eludir la ejecución de una pena que por el tiempo transcurrido resulta innecesaria tanto desde la perspectiva de la prevención general como especial. Convertir en automática la suspensión cuando se ha apreciado en la sentencia la atenuante de dilaciones indebidas es elevar lo excepcional (la suspensión) a general (la ejecución de las condenas firmes), sin que esa interpretación, como he tratado de demostrar, venga obligada por la literalidad del precepto. No obstante, si la línea jurisprudencial abierta prosperase, la estrategia procesal en previsible condenas de similar factura salta a la vista: utilizar inteligentemente las posibilidades que la ley ofrece para dilatar el procedimiento, echar mano de jurisprudencia proclive a aplicar con benevolencia la atenuante en cuestión y pedir el subsiguiente indulto, aunque este finalmente no resultase concedido.⁵⁶⁰

560. De hecho, cuando se produce la última revisión de este artículo, el condenado ha ingresado en prisión (1 de diciembre de 2014). Ello, así como la desestimación del recurso de súplica interpuesto contra la suspensión, obligaría a ulteriores consideraciones que, sin embargo, por estar fuera de plazo ya no es posible hacer.

3. Algunos asuntos pendientes: Emarsa, Brugal, adjudicaciones, contratos y concesiones

La empresa Emarsa (Entidad Metropolitana de Aguas Residuales Sociedad Anónima) creada por el Ayuntamiento de Valencia y otros municipios vecinos tenía como función gestionar la depuradora de Pinedo y el tratamiento de las aguas residuales del área metropolitana de Valencia. Tras su liquidación en junio de 2010, la entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos (EMSHI) asumió la gestión de la depuradora y presentó en noviembre de 2010 una querrela por un presunto fraude en su gestión. Las investigaciones realizadas hasta la fecha parecen indicar que los gestores de Emarsa pagaron presuntamente cantidades millonarias por servicios y suministros inexistentes a diversas empresas que contrataron el tratamiento y transporte de los lodos con entidades (incluida la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas de la Generalitat) que facturaron a unos precios «muy superiores» a los del sector; asimismo, hay indicios de que ofrecieron todo tipo de regalos a miembros de su Consejo de Administración y a personas no vinculadas laboralmente a la empresa y que, en fin, el volumen total del fraude no baja de los 25 millones de euros. En la trama hay implicadas múltiples empresas, reales y ficticias, radicadas algunas en el extranjero; está en búsqueda y captura uno de los que aparece entre los principales beneficiados —J. Ignacio Roca—, y hay imputadas diversas personas vinculadas con el Partido Popular, destacando, entre ellos, Enrique Crespo, por entonces alcalde de Manises, vicepresidente de la Diputación Provincial de Valencia y presidente de la propia Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos (EMSHI) y, por ende, de Emarsa.

El asunto se tramita ante el Juzgado de Instrucción n.º 15 de Valencia, que incoó las DP 3751/10 —hoy PA 78/2014— el 3 de noviembre de 2010. Desde entonces, su abnegado titular lleva instruyendo el caso junto con otras once piezas separadas y casi el doble de piezas de responsabilidad civil. Alrededor de 20.000 diligencias y 250.000 folios sepultan al juez, a la secretaria judicial y a la gestora.

Y es que las basuras y lodazales dan mucho de sí. Véase si no que el caso Brugal (Basuras Rurales Gestión Alicante) —convergente en

parte con el asunto Gürtel—⁵⁶¹ sale de la irregular adjudicación de contratos públicos para la recogida de los residuos y, a partir de ahí, se han abierto veintiuna piezas separadas. Entre ellas, la conocida como caso Rabassa⁵⁶² —en la que, entre otros cargos públicos, están imputados Díaz Alperi y Castedo, exalcalde y exalcaldesa de Alicante, respectivamente— por presuntas irregularidades en la elaboración del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) a favor del empresario Enrique Ortiz, que es quien supuestamente se habría beneficiado de la trama a cambio de prebendas a los responsables políticos y al propio Partido Popular. De momento, el asunto lleva más de seis años en el Juzgado de Instrucción n.º 6 de Alicante, cuyo titular trabaja sin descanso pero se ve desbordado por la complejidad inherente a un caso donde la corrupción se enreda en expedientes administrativos recurridos ante la jurisdicción contenciosa, mientras sigue a la espera de imprescindibles informes policiales que le ayuden a clarificar el papel de los muchos implicados.

Las ramificaciones, mientras tanto, se extienden. Según la prensa más reciente,⁵⁶³ el grupo parlamentario de Esquerra Unida (EU) presentó una denuncia a raíz de conversaciones grabadas entre Enrique Ortiz y el también empresario Vicente Cotino, que ha motivado que desde el pasado 16 de julio la Fiscalía Anticorrupción de Valencia haya comenzado a investigar unas adjudicaciones por valor de 15 millones de euros concedidas en 2009 por la consejería de Bienestar Social, que entonces presidía Juan Cotino, hasta hace unos días⁵⁶⁴ presidente de las Cortes y tío del citado empresario, a la empresa Centros Residen-

561. De las conversaciones intervenidas parece desprenderse que dirigentes del PP hicieron gestiones para que el empresario Enrique Ortiz pagase a Orange Market, filial valenciana del grupo de Francisco Correa, actos electorales que la empresa había organizado para el partido.

562. Por el barrio alicantino del mismo nombre sobre el que supuestamente se ha diseñado una estrategia urbanística destinada a elevar el valor del suelo en beneficio de Ortiz, cuyo proyecto preveía la construcción de más de 12.100 viviendas y un área comercial con vistas a la instalación de Ikea.

563. V., http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/07/24/valencia/1406194914_744826.html.

564. Según información difundida por la oficina de prensa, la dimisión se presentó el 13 de octubre del año en curso.

ciales Savia. Esta sociedad estaba participada por Sedesa, vinculada a la familia Cotino a través de su sobrino Vicente. Según la denuncia de EU, gracias a las decisiones adoptadas por Juan Cotino, el Grupo Savia multiplicó casi por tres las 716 plazas subvencionadas que tenía en 2006 y pasó de poseer 13 centros a 21 en 2009. Ya veremos lo que el caso da de sí.

4. Caso Cooperación o la confirmación de que no existen lagunas de Derecho penal sustantivo

El conocido como caso Cooperación se diferencia de los ya vistos en el hecho de que la duración de su tramitación judicial esté dentro de los parámetros que podríamos considerar ordinarios. Recordemos que la historia comienza en 2010, cuando el PSPV-PSOE presentó una denuncia ante la Fiscalía Anticorrupción por las adjudicaciones hechas por la Conselleria de Solidaridad y Ciudadanía, encabezada por Rafael Blasco, a la «Fundación Cyes» de 1,66 millones de euros para realizar trabajos de cooperación en Nicaragua que, según los denunciantes, fueron desviados en su mayor parte para la adquisición por dicha Fundación de diversos inmuebles en la ciudad de Valencia. Poco después, la diputada autonómica de Compromís Mireia Mollá presentó una nueva denuncia en la que se acusaba a la Fundación Hemisferio —presidida por Augusto César Tauroni— de apropiarse, a través de una trama de empresas y diversas ONG, de ayudas a la cooperación que concedía la Conselleria de Rafael Blasco. El asunto cayó en manos del Juzgado de Instrucción n.º 21 de Valencia (Diligencias Previa 1743/2011). En aproximadamente dos años fue poniéndose al descubierto toda una trama en la que el número de imputados asciende a 27, entre ellos seis altos cargos de la administración autonómica valenciana y el *exconseller* Blasco, lo que, dada su condición de aforado como diputado de las Cortes Valencianas, motivó que el asunto pasase al Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana, donde la magistrada instructora no tardó en decretar la conclusión de las Diligencias Previa 3/2012 y pase a PA 1/2013 (Auto de 17 de mayo de 2013), acordando por Auto de 2 de septiembre de 2013

la apertura de juicio oral contra el *exconseller* y otros ocho imputados⁵⁶⁵ por presuntos delitos de fraude de subvenciones, prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos y falsedad documental. Llegamos así a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana n.º 4/2014, de 27 de mayo,⁵⁶⁶ condenatoria para todos los acusados. Concretamente, declara a Blasco criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos, en concurso con un delito de tráfico de influencias, un delito de prevaricación administrativa y un delito continuado de falsedad en documento oficial, imponiéndole tras no apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, la pena de ocho años de prisión, así como la pena de 20 años de inhabilitación absoluta. Es verdad que aquí no termina el asunto ya que esta es la primera de las tres piezas existentes,⁵⁶⁷ aun así, el caso interesa como elemento de comparación frente a los inacabables procesos a que nos hemos referido. Y, desde luego, viene a corroborar la hipótesis de partida: la corrupción pública encuentra suficiente acomodo en una multiplicidad de tipos penales sin necesidad de crear otros nuevos.

III. Conclusión

Las razones de la ineficacia del sistema para combatir de manera diligente los grandes escándalos de corrupción no hay que buscarlas

565. El empresario Augusto César Tauroni, altos cargos de la Consejería que dirigía Blasco: el que fuera subsecretario de la consejería, Alexandre Català; el ex director general Josep Maria Felip; el exjefe del Servicio de Cooperación, Marc Llinares; el exjefe de Gabinete de Blasco, Xavier Llopis; la ex secretaria general administrativa de Cooperación, Tina Sanjuán; el presidente de la Fundación Cyes, Marcial López; y la trabajadora de esa fundación Josefa Cervera Tomás.

566. Doc. TOL 4.359.739, ponente: Antonio Ferrer Gutiérrez.

567. La magistrada instructora del TSJ resolvió desgajar la causa por su complejidad para evitar así dilaciones indebidas. La pieza dos se centra en las supuestas subvenciones que la trama obtuvo durante los años 2009, 2010 y 2011. En la tercera pieza, se enjuiciarán actividades presuntamente delictivas relacionadas con el proyecto de construcción de un hospital en Haití tras el terremoto. No obstante, tras la renuncia de Blasco a su acta de diputado, decae el fuero y, por ende, la competencia del TSJ.

en la falta de preceptos penales sustantivos en los que incardinar las conductas. Existen tipos penales más que suficientes para abordar la corrupción. Las insuficiencias se encuentran en la falta de mecanismos administrativos de control verdaderamente eficaces y, cuando ya se han eludido, en un modelo de investigación y enjuiciamiento trasnochado y falto de los necesarios recursos para abordar con diligencia los casos más complejos. Un sistema que permite que siga sin ejecutar una sentencia condenatoria recaída cuando ha transcurrido más de una década desde el acaecimiento de los hechos no es, a todas luces, un instrumento eficiente para luchar contra la corrupción.

**REFLEXIONES SOBRE LA DIRECTIVA 2012/29/UE,
POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS MÍNIMAS
SOBRE LOS DERECHOS, EL APOYO Y LA PROTECCIÓN
DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS, Y SU TRANSPOSICIÓN
AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL⁵⁶⁸**

PROF.^a DR.^a MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO
*Profesora titular de Derecho Procesal
Directora del Instituto de Estudios Europeos
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA VÍCTIMA EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UNIÓN EUROPEA.- II. LA DIRECTIVA 2012/29/UE, COMO NUEVO INSTRUMENTO ARMONIZADOR.- III. VALORACIÓN CRÍTICA DE ALGUNOS EXTREMOS DE SU CONTENIDO Y DE LA PROPUESTA DE TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. 1. Definición de víctima. 2. Víctimas con necesidades especiales de protección. 3. Información y participación de la víctima en el proceso penal. 4. La víctima en la ejecución penal.

568. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad que lleva por título «El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea» - DER2012-31549, del que soy Investigadora Principal. Ha sido publicado también en el n.º 34 (2014) de la *Revista General de Derecho Procesal*.

I. INTRODUCCIÓN: LA VÍCTIMA EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde hace ya algunas décadas nos situamos también en Europa en el contexto de lo que se ha dado en llamar «la tercera ola» o «el tercer modelo» del proceso penal moderno,⁵⁶⁹ o lo que la doctrina germana califica de proceso penal «orientado hacia las víctimas».⁵⁷⁰

Los sistemas anteriores se muestran insuficientes —el de control o represión del crimen y el del *debido proceso*, centrados casi exclusivamente en el sospechoso/acusado— y se evidencia la necesidad de construir un modelo de enjuiciamiento en el que la participación de la víctima cobre todo su sentido como sujeto pasivo de los hechos delictivos, de tal manera que el derecho al debido proceso, a la tutela judicial efectiva y a la dignidad en sentido amplio tuvieran un reconocimiento expreso y efectividad práctica también en relación con la víctima.⁵⁷¹ Estas tendencias han

569. Véase BELOOF, D. E., «The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model», 1999, *UTAH L.Rev.*, 289, o «The Third Wave of Crime Victims' Rights: Standing Remedy and Review», 2005, *B.Y.U.L Rev.* 255. Más recientemente, la obra colectiva de BELOOF, D. E., CASSELL, P. G. y TWIST, S. J. *Victims in Criminal Procedure*, 3.^a ed., Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2010, pp. 32 y ss., y 707 y ss., o el Tratado de TOBOLOWSKY, P. M., GABOURY, M. M., JACKSON, A. L. y BLACKBURN, A. G.: *Crime Victim, Rights and Remedies*, 2.^a ed., Durham, 2010.

570. Como concluye BOCK, la víctima de hechos delictivos se ha convertido en una sólida parte integrante de la política criminal europea; ya no podrá volver a ser un simple instrumento de averiguación de la verdad. *Vid.* más ampliamente «Das europäische Opferrechtspaket: zwischen substantiellen Fortschritt und blinden Aktionismus», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4/2013, pp. 201 y ss., esp. p. 211.

571. O presunta víctima, como prefieren denominarla algunos estudiosos del tema. Véase SILVA SÁNCHEZ, *Vid.* «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor», en *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Ed. A. García-Pablos de Molina, Granada, 2009, pp. 17 y ss., esp. p. 40. También SCHÜNEMANN, pone de relieve que, aunque en el contexto criminológico se empleen los términos «*Verletzter*» o «*Opfer*» —sujeto pasivo o víctima del delito—, no deberían emplearse en el contexto del proceso penal, pues el principio de presunción de inocencia solo permite, antes de la sentencia, hablar de «presuntas víctimas» —*angebliche Verletzte*— o «meros pretendientes de víctimas» —*bloisse Opferprätendenten*—; véanse más ampliamente estos razonamientos en su trabajo «Der Ausbau der Opferstellung im Strafprozess —Flucht oder Segen?», en *Festschrift für Rainer Hamm*, Berlin, 2008, pp. 687 y ss., p. 688, nota n.º 5. O, en este mismo sentido,

tenido repercusión en la propia concepción de las finalidades u objetivos del proceso penal, que no solo se concibe como el cauce necesario para la aplicación del Derecho penal al caso concreto, sino que se entiende que se ha de estructurar como el proceso legalmente establecido para proteger los derechos de los imputados-acusados, y de las víctimas al mismo tiempo, a las que se procurará un apoyo, protección, participación y reparación, también desde el ámbito jurisdiccional.⁵⁷²

Coincido con Tamarit Sumalla⁵⁷³ cuando concluye que la entrada del concepto de víctima en los textos legales, superando o dejando a un lado los clásicos de ofendido, agraviado o perjudicado, fenómeno este que se produce en nuestra legislación y en otras de nuestro entorno, pone de relieve que «la sensibilidad hacia la víctima es un episodio en la historia del progresivo refinamiento de las formas de civilización»; «no es casualidad —prosigue— que esta tendencia se manifieste a la vez que se fortalece y consolida la cultura de los derechos humanos».

Es verdad que la preocupación por la víctima y por lo vulnerable son expresiones de un cierto «retorno a las emociones», pero esta tendencia no debe interpretarse como una involución fruto de la crisis del modelo rehabilitador, o una manifestación de conservadurismo impulsada por las mayorías que tratan de imponer políticas de «ley y orden».

La materia que nos ocupa es extraordinariamente compleja y no admite planteamientos dicotómicos.⁵⁷⁴ Además, la víctima puede ser ins-

la toma de posición que sobre el tema resultó de la reunión de las asociaciones alemanas de defensores en causas penales celebrada el 8.1.2012. http://www.strafverteidigertag.de/Material/Europa/StellungenOpferrichtlinien_EU.pdf. Entre la doctrina italiana, víd. LU-PÁRIA, quien asocia el concepto de «presunta víctima» al de «presunto inocente», de tal manera que la víctima ha de considerarse «hipotética» hasta que el acusado no sea condenado; «Reflexiones sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal italiano», *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 8, 2012, pp. 99 y ss., esp. p. 112.

572. En nuestro país, *vid.* entre otros el trabajo de GASCÓN INCHAUSTI, F.: «Los procesos penales en Europa: líneas de evolución y tendencias de reforma», *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 469 y ss., esp. pp. 480 y ss.

573. Así se expresa TAMARIT SUMALLA, entre sus trabajos más recientes, en «Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad», en *InDret*, enero 2013, pp. 1 y ss., esp. p. 5.

574. Como afirma el mismo autor *supra* citado, «la idea de víctima es un poderoso artefacto conceptual, cuyas ambivalencias deben ser conocidas», *op. cit.*, p. 26.

trumentalizada desde polos opuestos: para reforzar la acusación y el posible castigo al delincuente, pero también a favor de este —piénsese en las respuestas no punitivas que conforman los programas de la llamada justicia restaurativa, y que cuentan con la colaboración activa de la víctima—. ⁵⁷⁵

No obstante, no faltan voces de otros cualificados expertos —como Schünemann— ⁵⁷⁶ quienes concluyen que la ampliación y consolidación de la posición jurídica de la víctima como sujeto procesal ha conducido a arruinar su función de testigo en la causa, ⁵⁷⁷ y con ello se ha provocado la destrucción de su papel fundamental en la averiguación de la verdad material a lo largo del proceso, lo que —a juicio del citado autor— conlleva una lesión del imperativo «balance» o equilibrio de posiciones que debe informar el proceso penal en su conjunto, pues este reforzamiento de la posición de la víctima conlleva una carga adicional para el imputado o acusado —concluye Schünemann—.

Otros estudiosos del tema, e incluso la propia Comisión Europea, se han fijado también en algunos otros aspectos positivos o beneficios prácticos que puede conllevar la participación activa de la víctima en el proceso, como puede ser el hecho de que se recuperen mucho antes anímica y corporalmente de los efectos del delito, habiéndose constatado que pueden retornar antes a su vida ordinaria cuando se le reconocen amplios derechos en el marco del proceso penal, lo que aminora los costes de tratamiento y de pérdida de días de trabajo por los daños sufridos. En definitiva, el proceso que se orienta a la participación y reparación de la víctima en general, reduce los costes globales y daños colaterales consecuencia de la comisión del hecho delictivo. ⁵⁷⁸

575. *Op. et loc.* citados en la nota anterior, pp. 3-4 y 11.

576. «Der Ausbau der Opferstellung im Strafprozess...», *op. cit.*, pp. 687 y ss., esp. pp. 690 y ss.

577. Concretamente, por la posibilidad que se le confiere en la StPO de examinar los autos antes de prestar declaración en el juicio oral —*Akteneinsichtsrecht*, párrafo 406 e) StPO—.

578. BOCK, S., «Das europäische Opferrechtspaket...», *op. cit.*, esp. p. 202, con cita del documento de la Comisión Europea acerca del reforzamiento de los derechos de las víctimas en la UE, 18.05.2011, COM (2011), 274 final, pp. 4-5, nota al pie 8. *Vid.* también en relación con la recuperación de la víctima las reflexiones contenidas en el ya

En cualquier caso, el retorno de la víctima al proceso penal, más allá de su papel de testigo en la causa, es hoy un hecho incuestionable en el ámbito de la Unión Europea, y forma ya parte de su política criminal,⁵⁷⁹ al menos de la última década; además, todo parece indicar que ha vuelto para quedarse.

Esta conclusión se alcanza, no solo por la evolución histórica que ha tenido la posición de la víctima en el contexto de los planes de acción, programas de trabajo⁵⁸⁰ y normativa aprobada en las diversas instituciones europeas competentes,⁵⁸¹ o a la vista de la jurisprudencia dictada en este ámbito geográfico,⁵⁸² sino desde luego, por el hecho notable y tras-

clásico trabajo de HASSEMER, W. con REEMTSMA, J. Ph., *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*, Múnich, 2002, esp. pp. 130 y ss.

579. Vid. más ampliamente TAMARIT SUMALLA, J., «La política europea sobre las víctimas del delito», en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Dir. DE HOYOS SANCHO, M., Valencia, 2013, pp. 31 y ss., esp. p. 32: el reconocimiento y garantía de los derechos de las víctimas es un fin de la acción de las instituciones europeas que tiene sentido por sí mismo y que no puede entenderse vinculado necesariamente a la persecución y castigo del delincuente.

580. Destacadamente, en el «Programa de Estocolmo», que contiene las prioridades en materia de libertad, seguridad y justicia hasta 2014, publicado en el Diario Oficial C 115/1, de 4.05.2010, o su «Plan de Acción», COM (2010), 171 final, o la Resolución del Consejo de 10.06.2011, en el llamado «Plan de trabajo de Budapest» para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales —Diario Oficial C 187/1, 28.06.2011-. En este último documento puede leerse que, si bien la cuestión del papel de las víctimas en los procedimientos penales ya fue abordada a escala de la Unión mediante la Decisión marco de 2001, los avances que se han producido en estos años y las cuestiones aún pendientes de aplicación, requieren que la Unión refuerce y revise en contenido de dicha DM. Además, se deberán tener en cuenta las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre asistencia a las víctimas de delitos, o el Convenio de 2011 para prevenir y combatir la violencia doméstica y contra la mujer. Finalmente se insiste —apdo. 1 de la resolución— en que ha de llevarse a cabo una actuación a escala de la Unión Europea para reforzar los derechos y la protección de las víctimas de los delitos, en particular en el curso de los procesos penales, actuaciones que pueden incluir medidas legislativas y de otra índole.

581. A la que luego nos referiremos con detenimiento.

582. Esta cuestión excede del objetivo del presente trabajo, pero puede encontrarse un resumen e interesantes valoraciones, además de en el capítulo citado en la nota anterior, en el que firma VERVAELE en la misma obra colectiva, titulado «El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿hacia una protección equivalente de las partes/partici-

cedente de que a la víctimas se refiere expresamente el art. 82 TFUE, relativo a la cooperación judicial en materia penal, en cuyo apartado primero puede leerse que tal materia «se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales», lo que incluirá «la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» en esos ámbitos; además, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, que tendrán la forma de Directiva, y que precisamente se referirán, entre otros aspectos —art. 82.2.c) TFUE— a los «derechos de las víctimas de los delitos».

Finaliza este apartado 2.º del art. 82 con una cuestión igualmente relevante, sobre la que volveremos *infra*: «La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas».

II. LA DIRECTIVA 2012/29/UE, COMO NUEVO INSTRUMENTO ARMONIZADOR

Según destaca la doctrina que recientemente se ha ocupado del análisis de este nuevo instrumento normativo en nuestro país, la Directiva 2012/29/UE se aprueba en un contexto mucho más decidido y entusiasta que su predecesora, la Decisión marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal —DM 2001, en lo sucesivo—, y se plasma en un acto jurídico más comprometido y garantista.⁵⁸³

pantes en el proceso penal?», *op. supra cit.*, esp. pp. 17 y ss. *Vid.* también, previo en el tiempo, VIDAL FERNÁNDEZ, B.: «El estatuto de la víctima en el proceso penal de la Unión Europea», en *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, dir. DE HOYOS SANCHO, M., Valladolid, 2008, pp. 208 y ss., o en una comparativa entre diversos ordenamientos nacionales europeos, la obra colectiva dirigida por GUIDICELLI-DELAGÉ, G. y LAZERGÉS, Ch., *La victime sur la scène pénale en Europe*, París, 2008, en particular sobre esta cuestión, pp. 145 y ss.

583. Así se manifiesta BLÁZQUEZ PEINADO, M. D., en «La Directiva 2012/29/UE ¿un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?»,

Ya se ha indicado anteriormente que esta Directiva tiene como base normativa el art. 82.2 TFUE, lo que conlleva dos novedades relevantes: se pasa desde la esfera intergubernamental de la anterior cooperación judicial en materia penal, a una política de integración de las que conforman la Unión, y además se contiene una alusión expresa y meridianamente clara a la necesidad de adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a los derechos de las víctimas.

El instrumento normativo adecuado pasa a ser la Directiva, dotada de mayor efectividad que la antigua Decisión marco,⁵⁸⁴ con efecto directo vinculante para los Estados, y que además podrá ser invocada como criterio interpretativo de las normas nacionales.⁵⁸⁵

Por otro lado, el hecho de que los artífices de su aprobación hayan sido el Parlamento europeo y el Consejo, de manera conjunta, supone que han participado las dos instituciones con poder legislativo y en plano de igualdad, a través del llamado «procedimiento legislativo ordinario», que garantiza además una plena participación de la Comisión en la adopción de esta norma, quien por cierto la impulsó. Tales aspectos han sido considerados como un avance más en comparación con la DM 2001, que fue adoptada a iniciativa de un Estado miembro; se considera que se trata de mejoras que dotan a la Directiva que nos ocupa de un mayor grado de legitimidad.⁵⁸⁶

Se valora igualmente de forma positiva el hecho de que el contenido de la Directiva sea más preciso, más desarrollado y formulado en un lenguaje «más rotundo y valiente»,⁵⁸⁷ imponiendo obligaciones a los

Revista de Derecho Comunitario Europeo, n.º 46, sept./dic. 2013, pp. 897 y ss., esp. pp. 913 y ss.

584. Sobre la evolución normativa en este ámbito y sus consecuencias, *vid.* el capítulo que firman ARANGÜENA FANEGO y FONSECA MORILLO: «El espacio de libertad, seguridad y justicia», en la obra colectiva *Políticas Comunitarias. Bases Jurídicas*. Coords.: A. Calonge y R. Martín de la Guardia, Valencia, 2013, pp. 143 y ss., esp. pp. 185 y ss.

585. Lo que por cierto también se alcanzó con las Decisiones marco a raíz del celeberrimo «Caso Pupino», STJUE C-105/03, de 16 de junio de 2005.

586. En este sentido BLÁZQUEZ PEINADO, *op. supra cit.*, pp. 917-918 y 928.

587. Así lo considera la autora de citada en la nota anterior, *vid.* p. 928.

Estados de manera más clara y potencialmente más eficaz, pues su aplicación podrá ser controlada por el Tribunal de Justicia, e incluso por la Comisión en vía administrativa; tengamos presente que esta va a poder hacer uso también del llamado «recurso por incumplimiento»⁵⁸⁸ —art. 258 TFUE—,⁵⁸⁹ con las consecuencias que de él pueden derivarse para los Estados miembros que no hagan frente a sus obligaciones de transposición —*vid.* art. 260.3 TFUE—.⁵⁹⁰

Todos estos aspectos pueden sin duda redundar en una mayor efectividad de la Directiva en los Estados que conforman el «espacio de libertad, seguridad y justicia».⁵⁹¹ Como es sabido, uno de los déficits de la implementación y vigencia de la anterior DM 2001 fue, precisamente, que las legislaciones nacionales adolecían de numerosas omisiones, siendo además muy dispares entre sí los resultados alcanzados; muchas disposiciones se entendieron aplicadas por los Estados mediante meras directrices no vinculantes, cartas y reco-

588. Acerca de este recurso, véase el reciente trabajo de PARDO IRANZO, V., precisamente titulado «El recurso de incumplimiento», en la obra colectiva dirigida por la misma autora: *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, Cizur Menor, 2013, pp.135 y ss.

589. «Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, esta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

590. «Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del artículo 258 por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias. Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia».

591. En los Considerandos 70 y 71 se aclara que, de conformidad con los respectivos Protocolos 21 y 22 anejos al TUE y al TFUE, Reino Unido e Irlanda han notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación de la presente Directiva, mientras que Dinamarca no participa, y no queda por tanto vinculada por la misma.

mendaciones, de tal manera que la Comisión no pudo comprobar si se cumplían en la práctica, a pesar de que se trataba de una «norma de mínimos».⁵⁹²

No obstante lo antedicho, conviene no perder de vista los avances que se produjeron en la materia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en aplicación de esta DM 2001,⁵⁹³ la cual entendemos podrá seguir siendo invocada, *mutatis mutandis*, en la interpretación de la actual Directiva 2012/29/UE.

Continuando con el análisis general del instrumento que nos ocupa en este trabajo, debe llamarse la atención sobre el hecho de que nos encontramos ante una norma que pretende establecer el marco *horizontal* que englobaría las necesidades de todas las víctimas de delitos, independientemente del tipo de delito o de las circunstancias o lugar en que se haya cometido. Ahora bien, como es notorio, las víctimas no constituyen, ni mucho menos, un grupo homogéneo; más bien tienen intereses y necesidades diferentes, y no solo en función del tipo de delito que han padecido, sino también por su propia situación y actitud personal ante el mismo. Por todo ello, las manifestaciones normativas «globalizadoras» o generalistas deben interpretarse con precaución. Como destaca Bock, es difícil que las soluciones del tipo *One fits all*

592. *Vid.* el Informe de la Comisión, de 20.04.2009, COM (2009), 166 final, así como la Resolución del Consejo de 10.06.2011, sobre un «Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales»; en este último instrumento se destacó que, a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la DM 2001, las cuestiones pendientes de aplicación en el ámbito de los derechos de las víctimas, requerían de la Unión una revisión y reforzamiento del contenido de la citada DM 2001.

593. Seguramente los que asuntos que han tenido mayor repercusión son los siguientes: caso Pupino, STJUE C-105/03, de 16 de junio de 2005, en materia de declaración de menores víctimas, y elaboración del llamado «principio de interpretación conforme»; caso Dell’Orto, STJUE C-467/07, de 28 de junio de 2007, el concepto de víctima de la DM no incluye a las personas jurídicas, solo las físicas; caso Katz, STJUE C-404/07, de 9 de octubre de 2008, el acusador particular puede comparecer también como testigo en el juicio; casos Gueye — Salmerón Sánchez, STJUE, C-484/09 y C-1/10, de 15 de septiembre de 2011, es posible imponer una medida de alejamiento como pena accesoria en el ámbito de la violencia familiar, incluso en el supuesto de que las víctimas se opongan a tal medida, y los Estados pueden excluir la mediación en este tipo de procesos penales.

conduzcan a buenos resultados en materia de derechos y protección de víctimas.⁵⁹⁴

Muy consciente el legislador de la Unión Europea — y desde luego el nacional — de que lo antedicho es un hecho constatable, se ha procurado dentro de la propia norma horizontal tratar de manera diferenciada aquello que requiere una mención y regulación específica — *v. gr.*: los aspectos que afectan a los menores,⁵⁹⁵ o a las llamadas víctimas necesitadas de especial protección —,⁵⁹⁶ pero además, se ha ido aprobando en el ámbito del «espacio de libertad, seguridad y justicia» una regulación que podemos calificar de específica o sectorial, pues se ocupa de cuestiones que afectan a determinados tipos de víctimas — trata de seres humanos,⁵⁹⁷ abuso sexual de menores y pornografía

594. «Das europäische Opferrechtspaket...», *op. cit.*, p. 202.

595. Destaca el *Considerando 14* que las víctimas menores de edad deben ser tratadas como titulares plenos de los derechos que se contienen en la Directiva, y que deben disponer de la facultad de ejercitarlos «de una forma que tenga en cuenta su capacidad de juicio propio». Por su parte, en el *Considerando 42* se pone de relieve que el derecho de las víctimas menores de edad a ser oídas en procesos penales no debe excluirse *únicamente* basándose en la edad de la víctima. Véase también lo dispuesto en el art. 10.1, *in fine*: «Cuando una víctima menor haya de ser oída, se tendrán debidamente en cuenta la edad y la madurez del menor». Sobre el concepto jurídico indeterminado, *vid.* el trabajo de J. GARCÍA MEDINA: «El interés superior del menor. Contenido e interpretación», en *Garantías y derechos de las víctimas...*, *op. cit.*, pp. 421 y ss. Acerca del menor como víctima, y algunos de los específicos problemas que plantea, *vid.* MIRANDA ESTRAMPES, «Los menores como víctimas de hechos delictivos. Tratamiento procesal», también en *Garantías y derechos de las víctimas...*, *op. cit.*, pp. 131 y ss., o SERRANO MASIP, M. «Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal», en *InDret*, n.º 2, 2013. Anterior en el tiempo, sigue resultando valioso el completo análisis contenido en la obra colectiva *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Madrid, 2010, coords.: T. ARMENTA DEU y S. OROMÍ VALL-LLOVERA, *passim*.

596. En este punto me remito *in extenso* a mi trabajo «El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la UE», así como a los demás capítulos que sobre este tipo de víctimas — ahora llamadas «necesitadas de especial protección» — se contienen en la obra colectiva por mí dirigida: *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*. Valencia, 2013, esp. pp. 49 y ss.

597. Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que vino a sustituir la DM de 2002 sobre la materia.

infantil—,⁵⁹⁸ o incluso normas que armonizan aspectos concretos de la protección y derechos de las víctimas en el proceso penal, como son las que regulan las órdenes europeas de protección,⁵⁹⁹ aspectos concretos de los delitos de terrorismo,⁶⁰⁰ o algunas cuestiones indemnizatorias;⁶⁰¹ por cierto, estas últimas muy necesitadas de actualización, según han manifestado también las propias instituciones europeas. Todo este conjunto de normas pretende armonizar o aproximar⁶⁰²

598. Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, que sustituyó la norma de 2004.

599. Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección en procesos penales, junto con el Reglamento (UE) n.º 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Se realiza esta distinción —medidas de protección en procesos penales o civiles— porque en ordenamientos como el alemán o el austriaco ciertas medidas de protección de las víctimas de la violencia doméstica o familiar se adoptan por órganos jurisdiccionales civiles y tienen igualmente tal naturaleza. *Vid.* con más detalle estos aspectos en los capítulos por mí firmados «Aspectos esenciales de la protección jurisdiccional civil de las víctimas de violencia doméstica en Alemania», y «Principales elementos de la tutela jurisdiccional civil de las víctimas de la violencia doméstica en Austria», dentro de la obra colectiva *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de la violencia de género*, CABRERA MERCADO, R. (coord.) ARANGÜENA FANEGO, C. y DE HOYOS SANCHO, M., Madrid, 2011, pp. 93 y ss.

600. DM 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo, ulteriormente modificada por la DM 2008/919/JAI.

601. Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos dolosos en supuestos transfronterizos.

602. Desde el Tratado de Lisboa —diciembre 2007—, el término «armonización» es sustituido por el de «aproximación» de legislaciones. Un análisis de las diferencias en el empleo de los dos términos y de las posibles opciones para el legislador en el objetivo de la armonización, puede encontrarse en CALDERÓN CUADRADO, M.ª P.: «Contra la armonización positiva —y procesal— en la Unión Europea», en la obra colectiva *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Cizur Menor, 2012, pp. 69 y ss., esp. 126 y ss. Véase también sobre este particular ARMENTA DEU, T.: «Aproximación del proceso penal en Europa: proceso penal europeo o europeización del proceso penal», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 22, 2010, pp. 1 y ss.; JIMENO BULNES, M.: «Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal», en la obra colectiva *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Dir. C. ARANGÜENA FANEGO, Valladolid, 2010, pp. 30 y ss., de la misma autora, JIMENO, su monografía *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Cizur Menor, 2011, esp. pp. 35 y

el estatuto de la víctima en el proceso penal de los distintos Estados miembros, aunque como expondremos a lo largo de este trabajo, aún quedan aspectos pendientes de una regulación que aproxime de forma algo más intensa las legislaciones nacionales, y que mejore algunas cuestiones relevantes que no se abordan en la legislación UE aprobada hasta la fecha.

Como se ha destacado reiteradamente por los analistas, y puede leerse en los propios *Considerandos*⁶⁰³ de la Directiva 2012/29/UE, estamos en presencia de una *norma de mínimos*, de tal manera que los Estados miembros pueden ampliar en sus respectivos ordenamientos nacionales los derechos establecidos en esta Directiva, con el fin de proporcionar a las víctimas un nivel más elevado de protección y garantías en aquellos procesos penales que se sustancien en sus respectivos territorios. Según dispone el art. 27 de la citada Directiva, los Estados miembros deberán «poner en vigor» las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma «a más tardar el 16 de noviembre de 2015». Es decir, en ese tiempo tendrán que aprobarse las normas nacionales de transposición de la Directiva, haciendo referencia a que precisamente son disposiciones que traen su origen en la citada norma de armonización UE. Se establece igualmente un sistema de seguimiento, por parte de la Comisión, de los datos acerca del modo en que las víctimas han accedido en cada uno de los Estados miembros, al ejercicio de los derechos que se recogen en la Directiva.⁶⁰⁴

No obstante, estimo hubiera sido deseable una aproximación más intensa y «al alza», que conllevara una notable mejora efectiva de los

ss., o más específicos mis trabajos «La armonización del estatuto de las víctimas en la Unión Europea», *op. cit.*, pp. 409 y ss., y «Aproximación de los procesos penales en la Unión Europea y reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales tras el Tratado de Lisboa», *Instrucción penal en Derecho comparado*, Consejo General del Poder Judicial, n.º 4, 2011, pp. 1 y ss.

603. *Vid.* en particular los Considerandos 2 y 11.

604. *Vid.* arts. 28 y 29 de la Directiva. Además, antes del 16 de noviembre de 2017, la Comisión presentará al Parlamento europeo y al Consejo un informe de evaluación de la medida en que los Estados han adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a la Directiva, incluyendo descripción de las medidas adoptadas en virtud de los arts. 8, 9 y 23, acompañado, si es necesario, de propuestas legislativas.

derechos, apoyo y protección a las víctimas respecto de la situación anterior, cuando estaba vigente la DM 2001; y no solo por las razones ya apuntadas —necesidad de concienciar sobre la importancia de la víctima en el proceso penal, de mejorar su posición en los procesos penales del ámbito UE, de facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, etc.— sino porque, tengámoslo muy en cuenta, desde la ya famosa sentencia dictada por el TJUE en el llamado caso Melloni,⁶⁰⁵ cuando una materia se encuentra armonizada en el ámbito UE,⁶⁰⁶ y en virtud del llamado «principio de primacía del Derecho de la Unión»,⁶⁰⁷ un Estado miembro no puede invocar, en sus relaciones con los demás Estados, las disposiciones de su propio Derecho nacional, aunque fueren de rango constitucional y otorgaran un mayor grado de protección y derechos, pues si sobre ese sector del ordenamiento existe normativa UE, se entiende que esa norma de armonización-aproximación «refleja el consenso alcanzado por los Estados miembros en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión», en esos supuestos a una serie de derechos procesales,⁶⁰⁸ no siendo posible invocar el art. 53 CDFUE⁶⁰⁹ con el fin de que un Estado imponga a los demás Estados miembros condiciones para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, o para la cooperación judicial y policial en general, que no estén previstas en la norma UE de armonización.

605. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional español mediante resolución de 9 de junio 2011, sobre la ejecución de una orden europea de detención y entrega en supuestos de enjuiciamiento en ausencia.

606. En esa STJUE se refería a la en su día vigente DM 2001.

607. De primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión se habla ahora en la Sentencia Melloni.

608. Concretamente en ese caso, a los derechos procesales que disfrutaban las personas condenadas en rebeldía contra las que se emite una orden de detención europea.

609. Artículo 53, Nivel de protección: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros».

Por tanto, como recogiera el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia de amparo correlativa a «Melloni» —la STC 26/2014, de 13 de febrero—,⁶¹⁰ el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, el que puede exigirse por nuestros tribunales y autoridades españolas *ad extra*, en el supuesto de que exista norma de armonización en el ámbito UE, es precisamente el contenido de esa regulación, y no otro; en este caso que nos ocupa, serían las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE y demás normas complementarias UE ya citadas anteriormente.

Evidentemente, el análisis de las consecuencias actuales y potenciales de esta STJUE en el caso Melloni excede con creces el objeto de este trabajo; baste al menos apuntar que dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha estado exenta de polémica doctrinal en nuestro país y fuera de él.⁶¹¹

610. Especialmente, véase el FJ 4.º.

611. Pueden verse, entre otros, los trabajos de DUBOUT, E.: «Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel», *Cahiers de droit européenne*, n.º 1, 2013, pp. 293 y ss., por cierto, valora positivamente el autor que el TC español se atreviera a «romper el hielo» y decidiera establecer un diálogo directo con el TJUE sobre la materia —pp. 293 y 294—, a la vez que critica la «acrobacia jurídica» de la Corte europea, la lectura «neutralizante» que hace del art. 53 CDFUE y el menoscabo que implica esta Sentencia para el pluralismo constitucional en la Unión Europea —pp. 308 y ss.—. *Vid.* también GARCÍA SÁNCHEZ, B.: «¿Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 46, sept.-dic. 2013, pp. 1137 y ss., quien entre otras cosas concluye que los resultados alcanzados en «Melloni» podrían suponer la vulneración por parte de los países miembros de otros derechos fundamentales, como es el de igualdad de trato de ciudadanos en un mismo territorio. También crítico con dicha STJUE se muestra MARTÍN RODRÍGUEZ, P.: «Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero 2013, Stefano Melloni, C-399/11», en *Revista General de Derecho Europeo* 30 (2013), pp. 1 y ss.

III. VALORACIÓN CRÍTICA DE ALGUNOS EXTREMOS DE SU CONTENIDO Y DE LA PROPUESTA DE TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El contenido de la Directiva que nos ocupa se estructura de la siguiente manera:

Después de numerosos Considerandos ⁶¹² —una suerte de «Exposición de Motivos» de la norma, que además aporta criterios interpretativos importantes— ⁶¹³ se expresan en el art. 1 los «Objetivos» del legislador UE en esta materia, que no son otros que los que se resumen en el título de la propia norma: garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados, y que puedan participar en los procesos penales. Además, se destaca la importancia del tratamiento individualizado, profesional y no discriminatorio de las víctimas, en cualquier contacto con las autoridades competentes, independientemente de su estatuto de residencia en el Estado en que se esté sustanciando el proceso penal.

Se llama la atención, ya en el art. 1, apdo. 2 de la Directiva, sobre la importancia de velar y tutelar de manera individualizada el llamado «interés superior del menor» cuando estos —de edad inferior a los 18 años— son víctimas de hechos delictivos.

A la vista de los numerosos aspectos que se regulan en la Directiva 2012/29/UE, y de la necesariamente limitada extensión de este trabajo, hemos optado por seleccionar un conjunto de cuestiones que nos parecen de gran trascendencia teórica y práctica, y que además están interrelacionadas entre sí; serán estas las que se analizarán a continuación, así como la correlativa propuesta de transposición a nuestro ordenamiento nacional elaborada por el Ministerio de Justicia: el Anteproyecto de Ley

612. Setenta y dos Considerandos, más del doble de artículos que tiene la propia Directiva. Algunos de ellos especifican más que el correlativo artículo de la norma, por lo que nos planteamos cuál es su fuerza interpretativa, o incluso vinculante para las autoridades de los Estados miembros, tanto en la trasposición a los ordenamientos nacionales como en su posible invocación ante supuestos concretos.

613. En los que además se comunica que el Reino Unido e Irlanda se suman a su adopción y aplicación de la Directiva, no así Dinamarca, que no queda vinculada por la misma, *vid.* Considerandos 70 y 71.

Orgánica del Estatuto de la víctima del delito⁶¹⁴ —APLO víctima, en lo sucesivo—.

1. Definición de víctima

Resulta determinante, también para concretar el ámbito de aplicación de esta norma armonizadora de las legislaciones UE sobre la materia, la definición de víctima que se ofrece el art. 2:

1. «la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal», y
2. «los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona». Por familiares se entiende⁶¹⁵ «el cónyuge, la persona que convive con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua, los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas, y las personas a cargo de la víctima».

La definición de víctima que se presenta en esta Directiva es más amplia que aquella que se contenía en la DM 2001, pues ahora se in-

614. Aprobado en el Consejo de Ministros, con fecha 25 de octubre de 2013, ya informado por el Consejo General del Poder Judicial en enero de 2014 y, en este momento, pendiente de conocerse el informe del Consejo de Estado. Utilizaremos aquí precisamente la versión del APLO víctima remitida en su día al Consejo de Estado, la última que tenemos disponible en el momento en que se redacta este trabajo.

615. En el art. 2. apdo. 2 puede leerse que los Estados miembros podrán limitar el número de familiares que puedan acogerse a los derechos que se establecen en la Directiva, a la vista de las circunstancias específicas de cada caso, y podrán también establecer los procedimientos que estimen adecuados para determinar quiénes serán los familiares que tengan prioridad para ejercitar los derechos de que disponen según esta Directiva.

cluye a las víctimas directas, con un tenor casi idéntico, y se le añaden también algunas indirectas, a las que apenas se hacía mención en la citada DM.

No obstante, los familiares son incluidos en el concepto de víctima solo cuando se ha producido la muerte de esta como consecuencia directa del delito, y siempre y cuando tal fallecimiento provoque un daño o perjuicio al pariente o asimilado. No se incluirían por tanto los supuestos en que solamente se hayan causado lesiones, aunque fueran graves. Parece que en este punto la definición de víctima puede resultar escasa;⁶¹⁶ sería deseable que los Estados ampliasen esta definición en sus leyes de transposición, otorgando mayor grado de protección y derechos a las llamadas «víctimas indirectas», al menos en los supuestos de familiares o asimilados.

En relación con el concepto o definición de víctima que ofrece la Directiva, debemos remarcar también el hecho de que el legislador UE se refiera con claridad a las personas «físicas», excluyendo del ámbito de protección y derechos de esta norma a las personas «jurídicas», que evidentemente pueden ser también sujetos pasivos de hechos delictivos, pero que no se ven amparadas por esta norma de armonización, lo cual no ha estado exento de críticas.⁶¹⁷

Por cierto, ya el TJUE en el *supra* citado caso Dell'Orto,⁶¹⁸ o después en Eredics,⁶¹⁹ sentenció que el concepto de víctima de la DM no incluye a las personas jurídicas, sino solo a las físicas. A la vista del tenor de la actual Directiva, debemos entender que esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia sigue siendo de aplicación.

616. En este sentido también, PEREIRA PUIGVERT, «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 30, 2013, pp.1 y ss., esp. p. 8., y BLÁZQUEZ PEINADO, «La Directiva 2012/29/UE...», *op. cit.*, p. 921.

617. Entre otros, por BOCK «Das europäische Opferrechtspaket...», *op. cit.*, p. 205; la autora destaca la amplitud de personas y parientes a los que se les ofrece el abanico de apoyo, protección y derechos que especifica la norma, excluyéndose totalmente a las personas jurídicas víctimas.

618. STJUE C-467/07, de 28 de junio de 2007.

619. STJUE C-205/09, de 21 de octubre de 2010, en relación con la mediación y las personas jurídicas.

Tal limitación podría explicarse porque la Directiva tiene como *leitmotiv* evitar la victimización secundaria consecuencia de los hechos presuntamente delictivos, problema que no se ha considerado tan acuciante en los supuestos en que los sujetos pasivos son personas jurídicas. Véase en este sentido el *Considerando* 9, en el que se llama la atención sobre los derechos individuales de las víctimas y sus necesidades más inmediatas para superar el trauma y lograr una pronta recuperación, aspectos estos ligados por lo general a la persona física, y no tanto a la jurídica.

Sin embargo, en todo lo relativo al derecho a la información, a la participación en el proceso, o a la compensación o reparación de las consecuencias económicas derivadas del hecho delictivo, sí pueden considerarse muy similares los derechos e intereses de las personas físicas y jurídicas. Como muestra, la aplicación a estas últimas de los derechos a la rápida devolución de bienes, art. 15 de la Directiva, o a las decisiones indemnizatorias, art. 16 de la Directiva; sin duda estas son cuestiones que interesan también a la persona jurídica víctima.⁶²⁰

En cualquier caso, como bien aclara Fichera,⁶²¹ la normativa UE no pretende promover una armonización plena o completa en la materia —*full harmonisation*—, por lo que los Estados miembros en sus respectivas legislaciones de transposición, dentro de esa proclamada «unidad en la diversidad», son libres de decidir si las personas jurídicas están incluidas o no en tales derechos y garantías, y con qué amplitud y requisitos.

Destaca también la propia Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, en el «Documento Guía relativo a la trasposición e

620. Visto desde la perspectiva del imputado-acusado, se llega a la conclusión de que la persona jurídica puede ser titular de algunos derechos y garantías procesales, mientras que no puede serlo de otros, por sus propias características. Véase más ampliamente la diferenciación, así como los aspectos más controvertidos, en GOMEZ COLOMER, J. L.: «El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 22, 2012, pp. 199 y ss.

621. En relación con la entonces vigente DM 2001, pero igualmente extrapolable a la Directiva actual; *vid.* «The Status of the Victim in European Union Criminal Law», *Eu crim, The European Criminal Law Associations' Forum*, 2011, 2, pp. 79 y ss., esp. p. 80.

implementación de la Directiva 2012/29/UE»,⁶²² que si bien el concepto de víctima no incluye personas jurídicas —*legal persons*— que hayan sufrido directamente hechos delictivos en un Estado miembro, los legisladores nacionales pueden optar por aplicarles también a estas los *standards* que se recogen en la Directiva.

Sirva como ejemplo de tal posibilidad el hecho de que el prelegislador español de 2011, en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal,⁶²³ que contaba entre su articulado con un «Estatuto de la víctima en el proceso penal», al ofrecer un concepto de víctima a los efectos de dicha norma, comenzaba afirmando: «la persona física *o jurídica* ofendida por la infracción».

Sin embargo, más recientemente, en el APLO víctima, en su art. 2 relativo al «Concepto general de víctima»,⁶²⁴ que reproduce en gran medida el tenor de la definición de víctima del art. 2 de la Directiva, no se incluye expresamente —ni tampoco se excluye— a las personas jurídicas, pues en el apdo. a) de ese art. 2 del APLO se puede leer: «Como víctima directa, *a todos aquellos que hayan sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o un perjuicio económico directamente causados por la comisión de un delito*» —la cursiva es añadido nuestro—, y como

622. *DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/UE*, Ref. Ares (2013)3763804-19/12/2013, *vid.* p. 9 del citado documento.

623. Publicado en la propia web del Ministerio de Justicia, en julio de 2011.

624. «Artículo 2.- *Concepto general de víctima*. Las disposiciones de esta Ley serán aplicables: a) Como víctima directa, a todos aquéllos que hayan sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o un perjuicio económico directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: a su cónyuge o persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una relación análoga de afectividad, sus hijos, parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. En defecto de los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima. Las disposiciones de esta ley no serán aplicables a otros terceros diferentes de la persona directamente agraviada por el delito que hubieran sufrido perjuicios derivados del mismo».

víctima indirecta —apdo. b)— al cónyuge, relación asimilada, o parientes.

No obstante, el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe al APLO víctimas fechado el 31 de enero de 2014⁶²⁵ manifestó que debería limitarse el concepto de víctima exclusivamente a las personas físicas, «tal y como se contempla en la Directiva objeto de transposición», con cita de la jurisprudencia del TJUE en la que interpreta la DM 2001 con referencia exclusiva a las personas físicas y, además, porque entiende que muchos de los derechos de las víctimas que ahora se regulan en el APLO víctimas solo pueden tener como destinatarios, precisamente a las personas físicas.

Otro de los aspectos sobre los que llamó la atención el CGPJ en relación con la definición de víctima contenida en el art. 2 del APLO víctimas fue el hecho de que este no mencionara, de modo expreso, como víctima directa, a los hijos menores de edad en los supuestos de violencia doméstica, cuando es claro que en tales supuestos de violencia sobre las mujeres en el ámbito doméstico o familiar, también se ven afectados, y de forma severa, los menores que integran el núcleo familiar. Por esta razón, se propone incluir a los menores como víctimas directas en casos de violencia doméstica ejercida sobre las madres, y que no sean tratados como simples testigos —*vid.* p. 22 del Informe—. Sobre este punto parece que existe unanimidad entre los expertos, y nos sumamos aquí a la propuesta que realiza el Consejo.

En cuanto a las víctimas indirectas, el CGPJ propone la exclusión del cónyuge separado, ya de hecho, o de derecho, para equiparar su tratamiento al que se dispensa a las personas unidas por relación análoga de afectividad, a las que se exige que hayan estado unidas a la víctima hasta el momento de su muerte —p. 23 del Informe—. Compartimos igualmente esta observación que realiza el Consejo.

Además, se propone incluir como víctima indirecta a los hijos que, no siendo de la víctima, lo fueran de su cónyuge o persona con la que conviva en análoga relación, si en efecto viven con la víctima y depen-

625. Análisis del texto del articulado, pp. 19-20. Accesible en www.cgpj.es, apdo. «Informes».

den de ella; esta situación se contempla en las Leyes 35/95 y 29/2011, y deberían recogerse también en el concepto de víctima indirecta —concluye el CGPJ en su informe, p. 24—. Nos sumamos igualmente a la propuesta de inclusión en el apartado de víctimas indirectas.

En otro orden de cosas, y según se aclara en los Considerandos 13 y 20, si bien es a estos efectos indiferente la nacionalidad de la víctima o su estatus legal de residente en un Estado miembro, esta Directiva 2012/29/UE está pensada para su aplicación en relación con los procesos penales que se sustancian en la Unión, de tal manera que a las víctimas de infracciones «extraterritoriales» solamente les serán conferidos derechos en virtud de esta norma cuando los correlativos procesos penales por tales ilícitos se vayan a celebrar ante órganos jurisdiccionales enmarcados en el «espacio de libertad, seguridad y justicia», concretamente, en los Estados miembros vinculados por la Directiva.

El CGPJ en su Informe al APLO víctimas ha puesto de relieve la ampliación del elenco de víctimas que implica la Directiva en relación con nuestra legislación actualmente vigente, pues esta última se restringe a los casos de hechos *cometidos* en territorio español.⁶²⁶ Consideramos que es razonable tal extensión del concepto de víctima que delimita el ámbito de aplicación de la norma UE, pues, en efecto, se pretende la aproximación de las legislaciones en esta materia, y que todas las víctimas tengan unos mínimos derechos, al margen del país concreto en que se cometieron los hechos delictivos; como se ha expuesto, lo determinante es que la causa penal se vaya a sustanciar en uno de los Estados miembros vinculados por esta norma armonizadora.

Resulta igualmente interesante destacar que el concepto «víctima» en la Directiva que nos ocupa es independiente del hecho de que se haya identificado, detenido, acusado o condenado al infrac-

626. *Vid.* pp. 18-19 de Informe del CGPJ, con cita del art. 1 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y del art. 6.1 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo. La Ley 35/1995 se limita a las víctimas españolas o nacionales de algún otro Estado miembro de la UE, o quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España o sean nacionales de Estados que reconozca ayudas a los españoles en su territorio.

tor y, por supuesto, de la posible relación familiar existente entre ellos.⁶²⁷

Al hilo de dicha cuestión, como se apuntó en el epígrafe inicial, algunos autores sostienen que no debería hablarse de «víctimas» en estos contextos de procesos penales en tramitación, sino de «presuntas víctimas»,⁶²⁸ ya que no existe aún condena firme por los hechos delictivos que han padecido estas. No obstante, teniendo presente esta objeción, utilizamos por ser de uso habitual en todos los ordenamientos el concepto de «víctima», asumiendo que podría llegarse a dictar una sentencia absolutoria, lo que no obsta para que al sujeto pasivo de los hechos presuntamente delictivos se le reconozcan una serie de derechos y garantías a lo largo de la tramitación de la causa, que es en definitiva el objetivo de la norma que analizamos.

Se aclara además en el Considerando 22 que, a los efectos de esta Directiva, el momento en que se presenta una denuncia ha de estimarse «el inicio del ámbito procesal penal», lo que incluiría también las situaciones en que las autoridades inician de oficio procesos penales a resultas de unos hechos delictivos sufridos por una persona. Por su parte, la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, en el referido «Documento guía» relativo a la trasposición e implementación de esta Directiva en los ordenamientos nacionales,⁶²⁹ destaca la importancia de que quede claro y preciso el momento en el que se consideran iniciados los procesos penales a los efectos de la Directiva, en orden a permitir a las víctimas el disfrute de los derechos que se contienen en ella, desde el primer momento en que fuere posible dentro del contexto de su propio sistema normativo nacional.

2. Víctimas con necesidades especiales de protección

Otra de las cuestiones que estimamos requiere ser particularmente comentada dentro de las muchas que se abordan en la Directiva

627. Véase en este sentido el Considerando 19.

628. Así se han manifestado, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, SCHÜNEMANN o LUPÁRIA. *Vid.* citas de la nota n.º 4.

629. Documento *supra cit.*, p. 11.

2012/29/UE es la relativa a las «víctimas con necesidades especiales de protección»⁶³⁰ —capítulo 4, arts. 18 a 24—, por su novedad y repercusión práctica.⁶³¹

A este tipo de víctimas apenas se hacía referencia en la anterior DM 2001, con lo que ya el hecho de que se le dedique un capítulo entero en la Directiva actual es un hecho reseñable, muestra de la importancia que el legislador UE ha querido dar a estas víctimas especialmente vulnerables o necesitadas de especial protección en el marco del proceso penal.

En este punto se ha producido una notable diferencia entre el texto que sobre la materia se contenía en la Propuesta de Directiva que se dio a conocer en 2011⁶³² y el texto de la Directiva finalmente aprobado y publicado en el DOUE el 14.11.2012, pues en el primero —en la Propuesta— el capítulo 4⁶³³ contenía un artículo, el 18, en el que se identificaban expresamente las que se consideraban «víctimas vulnerables»: por sus características personales, los menores y las personas con discapacidad, y por la naturaleza o tipo de delito de que han sido objeto, las víctimas de violencia sexual y las de trata de seres humanos; en todo caso —proseguía este art. 18—, los Estados miembros garantizarán que todas las demás víctimas recibirán una evaluación puntual e individual, con arreglo a los procedimientos nacionales, para determinar «si son vulnerables a victimización secundaria o repetida o a intimidación como consecuen-

630. De esta cuestión me he ocupado con anterioridad; véase *in extenso*, incluyendo un estudio de Derecho comparado, la obra colectiva por mí dirigida, bajo el título *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, *op. cit.*, *passim*, y en concreto el capítulo «El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea», pp. 49 y ss.

631. Aunque elaborado siguiendo el orden correlativo de la DM 2001, siguen manteniendo su interés en este punto las líneas de actuación y recomendaciones prácticas que se contienen en el trabajo de ARMENTA DEU, T., «Código de buenas prácticas para la protección de las víctimas vulnerables en Europa», en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables...*, *op. cit.*, pp. 308 y ss.

632. COM (2011) 275 final, 2011/0129 (COD), publicada en Bruselas con fecha 18.05.2011.

633. Titulado «Reconocimiento de vulnerabilidad y protección de las víctimas», arts. 17 y ss.

cia de sus características personales o de las circunstancias, el tipo o naturaleza del delito».

En el actualmente vigente capítulo 4.º de la Directiva no aparece ninguna definición de víctima necesitada de especial protección o de víctima especialmente vulnerable, si bien en el Considerando 38 puede leerse lo siguiente: «Las personas más vulnerables o que se encuentran expuestas a un riesgo de lesión particularmente elevado, como las sometidas a una violencia reiterada en las relaciones personales, las víctimas de violencia de género o las que son víctimas de otro tipo de delitos en un Estado miembro del cual no son nacionales o residentes, deben recibir apoyo especializado y protección jurídica» (...) teniendo en cuenta en particular «las necesidades específicas de cada víctima, la gravedad del daño sufrido como consecuencia de un delito, así como la relación entre las víctimas, los infractores, sus hijos y su entorno social más amplio».

Por lo tanto, entendemos que, en principio, cualquier persona puede ser una víctima particularmente vulnerable o especialmente necesitada de protección, dependiendo del tipo de persona o de su situación particular y de las concretas consecuencias que el hecho delictivo tiene sobre ella y su entorno. El riesgo de que se produzca una victimización secundaria y/o reiterada, intimidación o represalias⁶³⁴ es sin duda un factor a considerar a la hora de entender aplicables las disposiciones contenidas en este capítulo 4.º de la Directiva, lo que se deberá determinar por medio de evaluaciones individuales y actualizadas —art. 22—,⁶³⁵ que tendrán en cuenta especialmente las características perso-

634. Como bien aclara el citado «Documento guía» relativo a la transposición de esta Directiva, aunque la norma no abarca de forma específica la protección de testigos *per se*, cuando las víctimas participan en el proceso penal también en calidad de testigos pueden necesitar una protección especial o reforzada, pues el riesgo de que padezcan intimidación o venganza del presunto agresor y/o de su entorno es muy elevada. *Vid.* el documento citado, p. 40.

635. A fin de concretar sus necesidades especiales de protección y las medidas más adecuadas en su caso. Se tendrán en cuenta las características personales de la víctima, el tipo y naturaleza del delito, la relación entre el agresor y la víctima y las circunstancias del crimen. *Vid.* con más amplitud el «Documento guía» para la trasposición de la Directiva, p. 44, que se refiere a un *two-step process*, en el que se combina la determi-

nales de la víctima, el tipo o la naturaleza del delito, las concretas circunstancias de comisión de los hechos, y sus particulares efectos sobre ella.⁶³⁶ Desde luego, los factores de edad,⁶³⁷ madurez, sexo, identidad o expresión de género, etnia, raza, religión, estado de salud, discapacidad, dificultades de comunicación, estatuto de residente, relación o dependencia afectiva o económica del sospechoso o imputado, victimización reiterada a manos de grupos de criminalidad organizada, haber sufrido atentados terroristas, o el factor de extranjería en los sujetos pasivos del delito, son todas ellas circunstancias que pueden conducir a la conclusión de que esa concreta víctima requiere una atención y protección por encima del estándar.

A la vista de esta catalogación o descripción general de la que debe ser considerada víctima necesitada de protección y atención reforzada, hemos de plantearnos otro supuesto al que no se hace alusión expresa en la norma que analizamos, pero que estimamos tendrá que ser también considerado por las legislaciones nacionales y por los poderes públicos cuando aborden esta materia.

Estamos pensando en aquellos casos en que la especial vulnerabilidad de la víctima radica, entre otras cosas, en que ni siquiera es capaz de denunciar los hechos que padece; es decir, los supuestos en que esta no se encuentra en condiciones, por sus características y circunstancias personales o por los efectos del delito, de acceder al propio «aparato» de la Policía o de la Administración de Justicia para denunciar los hechos, pedir tutela judicial efectiva y medidas de protección o asistencia.

nación de si una víctima está necesitada de especial protección y, en caso afirmativo, qué tipo de medidas deben acordarse en el supuesto concreto.

636. Véase la relación de circunstancias y factores que destaca el legislador UE en el propio Considerando 55 de la Directiva 2012/29/UE.

637. No solo por minoría de edad se es víctima especialmente vulnerable —arts. 22, apdo. 4 y 24 Directiva—; actualmente, es creciente la importancia que adquiere la victimización de ancianos, que estimamos no deben considerarse vulnerables *per se*, pero que desde luego pueden serlo en supuestos concretos, que será preciso esforzarse en identificar, pues no son tan obvios como los supuestos de menores de edad. Sobre este particular me remito *in extenso* a nuestra obra colectiva JAVATO MARTÍN, M. y DE HOYOS SANCHO, M., *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Valencia, 2010.

Probablemente en estos casos que tenemos en mente tampoco su entorno familiar o afectivo está en condiciones de poder hacerlo en nombre de la víctima, eso cuando no son estos los propios agresores o forman parte del grupo en que se vienen cometiendo los hechos delictivos, generalmente graves —v. gr.: víctimas de trata de seres humanos, de grupos de criminalidad organizada, redes de inmigración clandestina, tráfico de estupefacientes, extorsión, etc.—.

Esta circunstancia que, insistimos, no se menciona como causa o motivo de especial vulnerabilidad en la Directiva que ahora analizamos, ni tampoco en la DM de 2001,⁶³⁸ sí aparece destacada como tal en las «Reglas de Brasilia»⁶³⁹ o en las «Guías de Santiago»,⁶⁴⁰ instrumentos internacionales, si se quiere de *soft law*, pero que pueden servir de referente también en esta materia.

Concretamente en las llamadas «Guías de Santiago» se destaca la importancia de que el sujeto pasivo de un hecho delictivo pueda comprender la propia situación de víctima —lo que no es tan sencillo como puede parecer a simple vista—, así como los derechos procesales y asistenciales que como tal le corresponden. En este punto, los distintos servicios sociales —públicos, las ONG, o del tipo que sean— que pueden intervenir tanto de forma previa como complementaria a la actuación policial y jurisdiccional propiamente dicha, están llamados a desempeñar un papel crucial, destacadamente los que trabajan de forma estrecha con las víctimas actuales o potenciales, «a pie de calle», podemos decir.

638. En la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos, sí se menciona la importancia de la asistencia y apoyo a la víctima, incluso *antes de denunciar los hechos*, pero no se contempla expresamente esa dificultad de denuncia o acceso a la justicia como causa de especial vulnerabilidad, aunque generalmente este tipo de víctimas lo serán por la gravedad y el tipo de hecho delictivo padecido. Véase el art. 11 de esta Directiva.

639. *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia en marzo de 2008.

640. *Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos*. Documento aprobado en la XVI Asamblea General ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, República Dominicana, 9 y 10 de julio de 2008.

Una vez identificada la que puede considerarse una víctima especialmente vulnerable, se enuncian en la Directiva las particulares medidas de protección que se adoptarán en orden a minimizar o evitar en todo lo posible el riesgo de victimización reiterada y/o secundaria, en ella y en su entorno familiar o afectivo, para preservarla física y emocionalmente, así como para proteger su dignidad en las declaraciones y pruebas testificales, siempre «sin perjuicio de los derechos de la defensa», destaca el art. 18.⁶⁴¹

Se articulan en la Directiva de armonización que nos ocupa un conjunto de medidas o acciones que resumiremos a continuación.⁶⁴²

Habrán de establecerse las condiciones necesarias para evitar el contacto entre las víctimas, sus familiares y el infractor, en las dependencias donde se desarrolla el proceso penal, salvo que este lo requiera; se garantizará que «toda nueva dependencia de los tribunales»⁶⁴³ cuente con salas de espera separadas para las víctimas —art. 19—.

641. En este punto no podemos dejar de incluir una siquiera sucinta referencia a una Sentencia del TEDH —Asunto Gani contra España, de 19 de febrero de 2013—, un asunto complejo y controvertido —cuyo análisis detallado excede con creces el objetivo de este trabajo— en la que se aborda un interesante supuesto de ponderación de intereses de la víctima / derechos de la defensa, en un caso en que se condenó al imputado del secuestro y violación de la Sra. N, sin que se hubiera podido realizar el interrogatorio contradictorio de N. por parte del demandante o de su abogado —que por cierto dejó de comparecer, sin alegar causa, a uno de los interrogatorios—, debido al estrés postraumático de la víctima, que le impidió, en varias ocasiones, prestar declaración en el juicio oral a preguntas del fiscal, de la acusación particular y del abogado del demandante. La AP de Barcelona optó por la lectura de las declaraciones tomadas en fase de diligencias —realizadas sin la asistencia del letrado del sospechoso por inasistencia de este—, y por someter estas a contradicción en el juicio oral; el resultado de la valoración conjunta de la prueba fue la condena del Sr. Gani. Por su parte, el TEDH, a la vista de todas las pruebas que concurrían en el caso, y en una valoración conjunta de la equidad del procedimiento, consideró que debían admitirse como pruebas las declaraciones de N. —prestadas en la Instrucción, y sin asistencia del abogado del imputado—, considerando que habían existido «suficientes factores de contrapeso», y concluyendo que la AP de Barcelona no había vulnerado el art. 6.1 en combinación con el art. 6.3 (d) del CEDH.

642. Y que deben completarse con lo dispuesto en las ya citadas Directiva 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección, en materia penal, y el Reglamento 606/2013/UE, sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección en el orden civil.

643. De donde se deduce que los Estados miembros no están obligados a remodelar sus actuales edificios a tal fin, pero sí deberán crearse esas salas en las nuevas construcciones o reformas de edificios policiales y judiciales.

Por lo que respecta a las medidas de protección durante las investigaciones penales, se recogen en el art. 20 un conjunto de ellas, en estos términos —aunque no siempre son medidas de protección en sentido estricto, tal y como las conocemos nosotros—: toma de declaración de las víctimas sin dilaciones injustificadas, una vez que hayan presentado la denuncia de una infracción penal,⁶⁴⁴ en un número que sea el menor posible y solo si es estrictamente necesario a los fines de la investigación; se permitirá que vayan acompañadas de su representante legal y de persona de su elección, a menos que se resuelva motivadamente en contrario; además, cualquier reconocimiento médico se debe reducir al mínimo y solo si es necesario a los fines del proceso penal.⁶⁴⁵

En el siguiente artículo —21— se destaca la importancia proteger la intimidad de este tipo de víctimas,⁶⁴⁶ incluidas las características personales que precisamente les califican como necesitadas de protección especial, o las imágenes de estas y sus familiares. En particular en relación con los menores, las autoridades deberán impedir que se difundan informaciones que puedan conducir a su identificación.⁶⁴⁷

Se recogen también en la Directiva una serie de «medidas especiales de protección»⁶⁴⁸ —arts. 23 y 24— «*que podrán no ofrecerse si se dan limitaciones operativas o prácticas que lo hagan imposible*, o si existe una necesidad urgente de tomar declaración a la víctima y si,

644. Lo cual estimamos debería ser una regla general para todas las víctimas, y no solo para las necesitadas de protección especial.

645. Lo mismo decimos en relación con esta medida, que debería hacerse extensiva a todas las víctimas.

646. Sobre el particular, *vid.* el capítulo firmado por TORIBIOS FUENTES en *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables...*, *op. cit.* titulado precisamente «Protección de datos personales y proceso penal», pp. 273 y ss.

647. Se solicita a los Estados miembros que insten a los medios de comunicación a aplicar medidas de autorregulación en este sentido, con el fin de proteger la intimidad, la integridad personal y los datos personales de las víctimas.

648. El rigor de la literalidad de la norma no alcanza un grado muy elevado, pues se repite una y otra vez el calificativo de medidas «de protección», en diversos preceptos, «especiales» o no, incluso dentro del capítulo de víctimas con «necesidades de protección especial»; algunas lo son, y otras no en sentido estricto, son más bien medidas de tratamiento procesal especial a cierto tipo de víctimas. La sistemática también es mejorable; *v. gr.*, confróntese el contenido de los arts. 20 y 23 apdo. 2.º —«medidas especiales de protección durante la toma de declaración de las víctimas»—.

de no procederse a esta declaración, la víctima u otra persona podría resultar lesionada o el curso del proceso verse perjudicado». Esta frase destacada por nosotros en cursiva podría vaciar *de facto* el contenido de los derechos de protección especial de este tipo víctimas que se recogen en el propio art. 24 de la Directiva. Más acorde con la lógica de esta regulación sería haber entendido que los Estados han de poner los medios materiales y personales necesarios para que tales limitaciones operativas y/o prácticas no se produzcan, y se puedan acordar y adoptar a la mayor brevedad las medidas de protección especial.

Tales medidas podrán consistir, durante las investigaciones penales, en usar dependencias adecuadas para tomar declaración a las víctimas,⁶⁴⁹ por parte de profesionales con formación específica, o con la ayuda de estos, en principio siempre por las mismas personas, preferiblemente⁶⁵⁰ del mismo sexo que las víctimas en aquellos supuestos que se haya padecido violencia sexual, de género o se hayan sufrido delitos en el marco de relaciones personales, dispone el art. 23, apdo. 2.º.

Ya en el marco del proceso penal propiamente dicho, las medidas que podrán tener a su disposición este tipo de víctimas serán las tendientes a evitar el contacto visual entre víctima e infractor,⁶⁵¹ las que garanticen que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de audiencia,⁶⁵² las que eviten la formulación de preguntas innecesarias en relación con la vida privada de la víctima que no sean estrictamente necesarias por su vinculación con la infracción penal cometida,⁶⁵³ y aquellas que permitan la celebración de una audiencia sin la presencia de público. Aunque nada se dice en el precepto que analizamos, entendemos que será necesario que el órgano jurisdiccional competente para acordar este tipo de medidas motive suficientemente

649. Lo cual sería igualmente deseable para los supuestos de víctimas no necesitadas de especial protección.

650. Salvo en los supuestos en que interroge un juez o un fiscal, que lógicamente será el que corresponda por reparto de asuntos y carga de trabajo.

651. A través de los medios adecuados, incluidas las tecnologías de la comunicación.

652. Haciendo igualmente uso de las nuevas tecnologías de la comunicación.

653. Esta medida debería aplicarse en relación con todo tipo de víctimas, y no solo en estos casos de víctimas que requieren una protección o tratamiento especial.

su adopción, vigencia y amplitud, pues no deja de ser una limitación al principio de publicidad general que informa la fase de juicio oral del proceso penal.

Concretamente en relación con el tratamiento diferenciado de aquellas víctimas menores de 18 años⁶⁵⁴ —que, recordemos, siempre serán consideradas víctimas necesitadas de especial protección—, en el ámbito de las investigaciones y del proceso penal propiamente dicho, además de las medidas ya mencionadas anteriormente —las del art. 23—, se disponen en el artículo siguiente una serie de actuaciones por parte de las autoridades nacionales cuya finalidad es garantizar la máxima libertad en las declaraciones del menor y, en general, una protección reforzada.

Las medidas que se contienen en la norma a este respecto, son las siguientes: grabación por medios audiovisuales de todas las tomas de declaración de las víctimas durante las investigaciones, que luego podrán ser utilizadas como elementos de prueba en los correspondientes procesos penales; designación de un representante de la víctima menor de edad si este tiene algún conflicto con los que serían sus representantes /titulares de la responsabilidad parental, o bien simplemente cuando se trate de una víctima menor de edad no acompañada o separada de la familia; derecho a la asistencia letrada y representación procesal, en su propio nombre, en los procesos en que pueda existir un conflicto de intereses entre la víctima menor y los que ostentan la responsabilidad parental.

También en relación con estas medidas especiales de protección y tutela de las víctimas, conviene llamar la atención sobre un extremo que estimamos particularmente relevante, y es el supuesto en que la víctima pueda llegar a considerar que no desea hacer uso de una de estas, u otras medidas de protección similares.

Dispone la Directiva 2012/29/UE en el art. 22, en su apdo. 6.º, que «las evaluaciones individuales se efectuarán con la estrecha participación de las víctimas y *deberán tener en cuenta sus deseos, incluso*

654. Dispone el art. 24 en su apdo. 2.º que en aquellos supuestos en que no se conozca con certeza la edad de una víctima y haya motivos para pensar que es menor de 18 años, se presumirá, a efectos de la presente Directiva, que dicha víctima es menor de edad.

cuando este sea el de no beneficiarse de las medidas especiales que establecen los artículos 23 y 24».⁶⁵⁵ En esta misma línea se dirige el tenor de otros artículos de este capítulo 4.º, cuando se dispone que las víctimas «tendrán a su disposición las siguientes medidas» —v. gr.: art. 23, apdos. 2 y 3, las cursivas son añadidos nuestros—.

Como venimos sosteniendo de forma reiterada,⁶⁵⁶ la víctima en general, y la vulnerable o necesitada de protección también, no puede ser tratada por el legislador o por las autoridades públicas como si careciera absolutamente de criterio para decidir sobre las cuestiones que, en el marco de la investigación o del proceso penal, le van a afectar de modo directo y severo, en forma de medidas de protección o apoyo, o de tutela jurisdiccional, o por parte de la Administración Pública en general.

La cuestión que debemos plantearnos entonces es, cómo conjugar este apdo. 6.º del art. 22 con lo que su día resolviera el Tribunal de Luxemburgo en su Sentencia de 15 de septiembre de 2011,⁶⁵⁷ en la que decidió que los arts. 2, 8 y 10 de la entonces vigente DM 2001 no eran contrarios a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro para los autores de un delito de violencia en el ámbito familiar, «aún en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida».

655. En el «Documento guía» sobre trasposición de la Directiva, pp. 44-45, se destaca que en los casos en que la víctima manifiesta su deseo de no beneficiarse de ninguna de las medidas de protección que ofrecen los arts. 23 y 24, sus deseos han de ser tenidos en cuenta, «lo que no resulta estrictamente vinculante para las autoridades, v. gr. si los deseos de las víctimas fueran contrarios a la *buena administración de justicia*».

656. Me remito en este punto a alguno de mis anteriores trabajos sobre el tema: «El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables...», *op. cit.*, esp. pp. 56-57 y 61-62, «La orden de protección de las víctimas de la violencia de género», en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, 2009, pp. 521 y ss., «La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar», *Actualidad Penal*, n.º 32, 2002, pp. 803 y ss., o los dos capítulos que firmo en la obra colectiva *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de la violencia de género*, *op. supra cit.* Más recientemente, «Las medidas de protección de las víctimas de violencia de género desde el ámbito jurisdiccional civil en los ordenamientos alemán y austríaco», *Violencia de género y justicia*, dir.: R. Castillejo Manzanares, Santiago de Compostela, 2013, pp. 229 y ss.

657. Publicada en el DOUE de 29.10.2011.

Manifestó el Tribunal que en materia de violencia doméstica, no solo se protegen los intereses de la víctima «tal como esta los percibe», sino que se tutelan también otros intereses más generales de la sociedad, por lo que el TJUE concluyó que no se contradice la entonces vigente DM 2001 —extrapolable a la Directiva actual— porque los Estados acuerden la imposición de medidas de alejamiento de la víctima obligatorias, incluso cuando las personas que sufren ese tipo de violencia se oponen a la aplicación de tales medidas.

A la vista de ese pronunciamiento jurisprudencial, ¿qué supondrá entonces «tener en cuenta los deseos de las víctimas, incluso cuando este sea el de no beneficiarse de las medidas especiales de protección»? ¿Significa que será oída, pero que se atenderá o no su criterio dependiendo del caso concreto? Parece evidente que en este punto se puede generar un notable grado de incertidumbre y disparidad entre las regulaciones nacionales.

En cualquier caso, entendemos que el hecho de que las normas de la Unión Europea no se opongan a esas opciones legislativas nacionales no debe confundirse con un argumento generalizable a favor de acordar medidas de protección, o de asistencia en general, en contra de la voluntad de la víctima que se encuentra en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

A continuación nos referiremos a dos grupos de víctimas especialmente necesitadas de protección y apoyo, cuya regulación se encuentra en sendas directivas específicas, al margen por tanto de la Directiva 2012/29/UE, y que fueron aprobadas antes de esta. Entendemos necesario hacer una alusión a las mismas en este punto, por dos razones: en primer lugar, porque regulan aspectos procesales importantes en relación con víctimas delitos particularmente graves cuya cifra crece exponencialmente y, además, porque como tendremos ocasión de comprobar al analizar su contenido, diversos extremos del capítulo 4.º de la Directiva 2012/29/UE ya se recogían en estas dos directivas de 2011 que abordaremos a continuación.

Particularidades en los supuestos de víctimas de trata de seres humanos

Las víctimas de lo que en general se conoce como «trata de seres humanos» —*Trafficking in Human Beings*— resultan ser especialmente vulnerables, tanto por la gravedad de los delitos que han padecido, como por las circunstancias personales que habitualmente les acompañan, incluso una vez denunciados los mismos, por lo que el riesgo de victimización secundaria y reiterada es muy alto.

A la protección específica de este tipo de víctimas se dedica la ya mencionada Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, precisamente relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos.

Esta norma viene a sustituir a la DM 2002/629/JAI, del Consejo, de 19 de julio de 2002, si bien adopta un concepto de trata de seres humanos más amplio del que se elaboró para la norma de 2002, incluyendo otras formas de explotación que se presentan en la actualidad:⁶⁵⁸ la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos —*vid.* art. 2—. Además, se reconoce expresamente una situación de especial vulnerabilidad a aquellas víctimas que «no tienen otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso» —art. 2.2—.

658. Un análisis de esta Directiva desde la perspectiva penal material y criminológica puede encontrarse en VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La nueva Directiva europea relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», RECPC 13-14 (2011), pp. 1 y ss., fecha de publicación: 18-12-2011, y anteriormente, más en general sobre el delito de trata de seres humanos, de la misma autora, véase su monografía *El delito de trata de seres humanos: una incriminación dictada desde el derecho internacional*, Cizur Menor, 2011. En su más reciente trabajo sobre el tema analiza el nivel de cumplimiento en nuestro país de las disposiciones contenidas en la Directiva 2011/36/UE; *vid.*: «Víctimas de la trata de seres humanos: su tutela a la luz de las últimas reformas penales, sustantivas y procesales», *InDret*, 26/4/2014.

Una vez definido el objeto de regulación, las infracciones y conductas delictivas relacionadas con la trata, así como los respectivos límites punitivos, la citada Directiva de 2011 establece de manera expresa la obligación de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para que también las personas jurídicas puedan ser responsables por este tipo de delitos —en línea con la política criminal de la Unión en este sentido— y las sanciones que pueden imponerse a estas —arts. 5 y 6—.

Mención específica merece la obligación que se traslada a los Estados de adoptar las medidas necesarias para que sus autoridades competentes puedan embargar y decomisar los instrumentos y productos de este tipo de infracciones —art. 7—. Esta materia ha sido recientemente objeto de actualización en el ámbito UE, a través de la aprobación de la Directiva 2014/42/UE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea,⁶⁵⁹ con la que se pretende dotar a las autoridades competentes de los medios para localizar, embargar, administrar y decomisar el producto del delito, procurando así frenar la motivación principal de la delincuencia organizada transfronteriza, incluida la de carácter mafioso, que es la obtención de beneficios financieros.

Se estima que la prevención y la lucha eficaz contra la delincuencia organizada —también en materia de trata de seres humanos— debe alcanzarse neutralizando el producto del delito, o incluso, ampliándose en ciertos casos a cualquier bien que proceda de actividades de carácter delictivo, ya que se establece una definición extensiva de bienes que pueden ser objeto de embargo y decomiso.⁶⁶⁰

En otro orden de cosas, los Estados deberán disponer también las medidas necesarias para que las autoridades nacionales puedan optar

659. Que ha venido a modificar y ampliar las disposiciones contenidas en la DM 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, y la DM 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

660. En estos términos se pronuncia el legislador UE en los *Considerando 1 y 12* de la Directiva 2014/42/UE. *Vid.* con más detalle los arts. 4 y ss., relativos a los bienes que pueden ser objeto de *Decomiso*, *Decomiso ampliado*, *Decomiso de bienes de terceros* y *Embargo*.

por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de trata de seres humanos cuando se hayan visto obligadas a intervenir en acciones ilícitas precisamente por ser víctimas de trata —art. 8—, o para que se puedan enjuiciar las infracciones después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad —art. 9—.

Ya más concretamente en relación con la asistencia, apoyo y protección a este tipo de víctimas, los arts. 11 y siguientes de la Directiva de 2011 disponen lo siguiente:

Se establece expresamente que tales medidas no se podrán supeditar a la voluntad de estas de cooperar en la investigación o en el juicio, y deberán incluir al menos un alojamiento apropiado y seguro, asistencia material, tratamiento médico y servicios de asesoramiento y traducción; se atenderán necesidades especiales por trastorno, violencia grave, etc.

El art. 12 se dedica a la importante cuestión de la protección de las víctimas de la trata de seres humanos en las investigaciones y en los procesos penales. Se especifican: el acceso inmediato a asesoramiento jurídico y a la representación legal, incluso a efectos de reclamar indemnizaciones, servicios que serán gratuitos si la víctima no tiene suficientes recursos. Se reconoce también el derecho a la protección apropiada «sobre la base de una evaluación individual del riesgo» y a la aplicación de los programas de protección de testigos.

Concretamente en relación con la necesidad de minimizar la victimización secundaria, se procurará no repetir innecesariamente los interrogatorios durante toda la investigación y en el juicio, se evitará el contacto visual directo entre víctima y sospechoso/acusado, esta no testificará en audiencia pública y no se le preguntará sobre su vida privada si no resultare ser estrictamente necesario.

Los arts. 13 y siguientes se dedican a la asistencia, apoyo y protección de los menores que son víctimas de trata de seres humanos. A ninguno se nos escapa la especial necesidad de protección de estas víctimas particularmente vulnerables en supuestos de tipos delictivos tan graves como los que se engloban en la trata de seres humanos.⁶⁶¹

661. ALLEGREZZA utiliza el calificativo de «supervíctimas» cuando se refiere a

En este ámbito específico, el interés superior del menor será de nuevo una consideración primordial en la interpretación y aplicación de la Directiva 2011/36/UE. Al igual que dispone la Directiva 2012/29/UE, también en esta de 2011 se prevé que si la edad de la víctima fuere incierta, pero hubiere razones para creer que es un menor, se le considerará como tal a fin de que pueda recibir inmediatamente asistencia y apoyo.

Se les facilitará el acceso a la educación y se le designará un tutor o representante legal; en la medida de lo posible, se asistirá también a la familia del menor.

Sin perjuicio de los derechos de defensa, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que en las investigaciones y procesos penales se adopten las siguientes medidas: los interrogatorios del menor se realizarán sin demora tras la comunicación de los hechos; tendrán lugar en locales adaptados al efecto y por profesionales con formación adecuada, si es posible, uno solo y una vez, estando el menor acompañado por el adulto que elija, salvo que no proceda; los interrogatorios se grabarán en vídeo y podrán tener valor probatorio según establezca el derecho interno; pueden ordenarse audiencias a puerta cerrada y se podrán utilizar videoconferencias.

Finalmente, se dispone que los Estados deberán garantizar que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso a los regímenes de indemnización existentes en los diversos ordenamientos nacionales —art. 17—.

Como conclusión de todo lo expuesto en relación con esta Directiva específica sobre trata de seres humanos, coincidimos con Villacampa en la valoración positiva que nos merece el nuevo planteamiento de la Unión Europea en esta materia, al abogar por un tratamiento «victimocéntrico» de la cuestión que sitúa en el epicentro del problema a los derechos humanos de las víctimas de todo el proceso de trata, frente a

este tipo de sujetos especialmente débiles que padecen hechos delictivos particularmente atentatorios contra la dignidad humana, *vid.* «Víctima y supervivencia en la Justicia penal europea», en *La víctima menor de edad...*, *op. cit.*, pp. 495 y ss., esp. pp. 502 y ss.

la tradicional política «crimnocéntrica», que parece superada en este punto.⁶⁶² Por lo demás, se toma como directriz en la materia una «política 3P» —persecución, prevención y protección de víctimas— a la que se añade expresamente la cooperación interestatal en la materia, la colaboración de los Estados con las diversas organizaciones de la sociedad civil y la coordinación entre las organizaciones internacionales con competencias en la materia, lo que pasa a denominarse «política 4P». No obstante, parece que todavía queda bastante trabajo por hacer en relación con las condiciones de permanencia o residencia de las víctimas de la trata en el territorio de la Unión, materia en la que resulta de aplicación lo dispuesto en la Directiva 2004/81/CE, y que no cumple con los estándares de protección de las víctimas de la trata que se derivarían de la referida visión «victimocéntrica» en el enjuiciamiento de este tipo de hechos delictivos.⁶⁶³

Por lo demás, podemos también suscribir lo que concluye Díaz Barrado⁶⁶⁴ sobre este particular: más allá de la lucha contra la criminalidad organizada⁶⁶⁵ y la inmigración irregular, evitar la trata de seres humanos, asistir y proteger a sus víctimas, es una cuestión específica de derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea.

Regulación específica en materia de víctimas de abusos sexuales y explotación sexual infantil

Otra norma que tiene por finalidad la protección de un tipo de víctimas especialmente vulnerables es la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores

662. *Vid.* más ampliamente «La nueva Directiva europea...», *op. cit.*, pp. 2 y ss.

663. VILLACAMPA ESTIARTE, C., *op. cit.* en la nota anterior, pp. 33 y ss. y 48 y ss.

664. Con abundantes referencias bibliográficas al respecto, «La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 45, mayo/agosto 2013, pp. 461 y ss.

665. En esta cuestión se fija también VILLACAMPA en su trabajo «Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal», *InDret*, n.º 1, 2012, pp. 35 y ss.

y la pornografía infantil, y que ha venido a sustituir a la anterior DM 2004/68/JAI del Consejo.

Para evitar reiteraciones en relación con lo expuesto anteriormente, haremos referencia únicamente aquí a las principales particularidades que se contienen en esta norma tendente a armonizar la protección de las víctimas de este tipo de hechos delictivos, pues muchas de las medidas previstas en ella —*vid.* arts. 18 y ss.: asistencia, apoyo y protección a menores víctimas— se contienen también en la anteriormente aludida Directiva de 2011 contra la trata de seres humanos.

Así, después de enunciarse las conductas dolosas que deben ser castigadas por los Estados miembros en relación con los abusos y la explotación sexual, la pornografía infantil y el embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos —arts. 3 y siguientes— se contiene en el art. 10 un extremo que estimamos debe ser destacado por su trascendencia práctica en relación con la «inhabilitación derivada de sentencias condenatorias».

Dispone este último precepto que, con el fin de evitar el riesgo de reincidencia en los delitos, los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que una persona física condenada por una infracción de este tipo pueda ser inhabilitada, con carácter temporal o permanente, para el ejercicio de actividades, al menos profesionales, que impliquen contactos directos y regulares con menores. Además, deberá garantizarse que los empresarios, cuando contraten una persona que va a trabajar o a realizar actividades de voluntariado con menores, puedan solicitar información, del modo que se disponga en el Derecho nacional, de la posible existencia de condenas previas en relación con los tipos delictivos que aquí nos ocupan y que consten en «registros de antecedentes». A tal fin, los Estados deberán garantizar que se cumplen las disposiciones de la DM 2009/315/JAI del Consejo, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.⁶⁶⁶

666. En gran medida el origen de este tipo de actuaciones para el intercambio de información de sentencias previas se encuentra en el tristemente famoso caso Fourinet, en el que un ciudadano francés, condenado en Francia por la muerte de siete jóvenes con agresión sexual, fue posteriormente contratado en Bélgica para trabajar en un co-

Se establece también en esta Directiva la obligación de que los Estados regulen el embargo y decomiso de los instrumentos y efectos de las infracciones, así como la responsabilidad y sanciones a las personas jurídicas que pudieren ser condenadas por este tipo de hechos delictivos —arts. 11 y ss.—. Considérese también en este punto lo anteriormente expuesto en relación con la nueva Directiva 2014/42/UE, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea

Por otro lado, con el fin de salvar los obstáculos a la denuncia de hechos delictivos sobre menores del tipo que aquí tratamos, se regularán excepciones a la obligación de confidencialidad que tienen los profesionales que trabajan con estos menores de edad —art. 16—.

Se contienen además normas sobre competencia y coordinación de las actuaciones judiciales cuando las infracciones se cometen por ciudadanos de otro Estado o fuera de su territorio —art. 17—, lo que no es infrecuente en estas modalidades delictivas, en lo que se conoce como «turismo sexual infantil».

Finalmente, estimamos también relevante que los Estados adopten medidas en contra de la publicidad relativa a las oportunidades para cometer abusos y turismo sexual infantil y, en general, medidas que puedan prevenir la comisión de este tipo de hechos delictivos: información, concienciación, formación de especialistas, rápida retirada de webs que contengan o difundan pornografía infantil o bloqueo del acceso, entre otras.

Por lo que respecta a la transposición de esta parte de la Directiva 2012/29/UE sobre víctimas necesitadas de especial protección al orde-

medor escolar, previa expedición de un certificado de «buena conducta» porque no constaban en este Estado ningún antecedente penal del Sr. Fourinet, ni en ese momento era posible hacer una consulta de los mismos en otros Estados de la Unión. Hoy en día esto sí es posible gracias al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), cuyo examen excede del objeto de este trabajo, si bien nos remitimos al interesante estudio que sobre el particular publicó A. PALOMO DEL ARCO: «Intercambio de información sobre condenas penales en el espacio judicial europeo. Descripción y apuntes críticos», en ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.): *Cooperación judicial civil y penal*, op. cit., pp. 225 y ss.

namiento español, debe destacarse que el APLO víctimas —título III, arts. 19 a 26— adopta y hace suya en gran medida la regulación que al respecto se contiene en la Directiva de referencia —capítulo 4.º, arts. 18 a 24—; que por otra parte, ya se contiene también en la normativa procesal penal vigente hasta la fecha, en el conjunto de medidas que se aplican en la actualidad para proteger a este tipo de víctimas y a sus familiares de la victimización secundaria y reiterada. El CGPJ, en el aludido Informe al APLO víctimas, ha estimado que estamos en presencia de medidas adecuadas para la protección de estas y su entorno, «que no afectan ni suponen merma de los derechos y garantías del imputado o acusado, razón por la cual merecen una valoración positiva».⁶⁶⁷

Debemos añadir en este punto que, en cuanto estas medidas de protección o de evitación de la victimización secundaria sí pueden implicar en ciertos casos la restricción de derechos del imputado, o en general la limitación, aunque sea puntual, de principios generales rectores del proceso —*v. gr.*, publicidad del juicio oral, confrontación directa acusados/testigos— víctimas, reservas de identidad, etc.—, tales medidas y decisiones deberán ser adoptadas en cada momento por las autoridades competentes a tal fin, de forma motivada y con pleno respeto del principio de proporcionalidad. En este punto el APLO víctimas se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece quién y cómo deben adoptarse este tipo de resoluciones en nuestro ordenamiento.

Por lo que respecta a la valoración de las circunstancias personales, se indica en el art. 23.2 APLO víctimas una serie de delitos en los que se deberán evaluar de manera especial, y siempre individualmente, las circunstancias particulares de las víctimas: delitos de terrorismo, organización criminal, violencia doméstica, sexual, trata de seres humanos, desaparición forzada y motivos de discriminación.⁶⁶⁸ Además, se añade que en los casos de menores víctimas de delitos contra la indemnidad

667. *Vid.* expresamente, p. 42 del Informe.

668. En el citado Informe al APLO víctimas, pp. 42-43, el CGPJ se «sorprende» por la falta de inclusión en este listado de los delitos de homicidio y lesiones graves, detenciones y secuestros; estima el Consejo que «su entidad y gravedad, aconsejan su expresa inclusión».

sexual, se deben adoptar necesariamente las medidas de protección que allí se indican.

Mostramos también nuestra conformidad con lo dispuesto en el apdo. 2.º del art. 24 del citado APLO, en el que se establece —en consonancia con el art. 22.6 de la Directiva— que, al valorar las necesidades de protección de este tipo de víctimas, se incluirá siempre la de aquellas que hayan sido manifestadas por la propia víctima con tal finalidad, «así como la voluntad que hubiera expresado». Además, se prevé expresamente que la víctima pueda «renunciar a las medidas de protección que hubieren sido acordadas de conformidad con los arts. 20 a 22». También en el apdo. 3.º del propio art. 24 se indica que, incluso en el caso de víctimas menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección «su evaluación tomará en consideración sus opiniones e intereses».

En resumen, el legislador español acoge la idea de respetar en todo lo posible la voluntad y parecer de la víctima que va a ser destinataria de las medidas especiales de protección; como se expuso *supra*, coincidimos con este planteamiento protector de la víctima, a la vez que se le escucha y se respeta en todo lo posible su parecer sobre las medidas protectoras.

Finalmente, debe llamarse la atención sobre la manifestación que realiza el CGPJ en el aludido informe —pp. 44-45—, en relación con el art. 26.1.a) del APLO.

El Consejo se muestra a favor de que las declaraciones prestadas en fase de investigación judicial por las víctimas menores de edad «en un contexto de preconstitución probatoria» —dice el Consejo—, «con intervención de expertos» y «bajo la directa dirección y supervisión judicial, con la presencia de todas las partes, aunque sin confrontación visual con el menor, puedan utilizarse para evitar una nueva declaración del menor en el acto del juicio oral». Es decir, se podría sustituir la declaración del menor en el juicio oral por el visionado de la grabación de la entrevista realizada en fase de investigación,⁶⁶⁹ complementada con

669. Posibilidad ya prevista en el actualmente vigente art. 433 LECRIM: «El juez podrá acordar la grabación de la declaración».

otras pruebas. Concluye el CGPJ que de esta manera se daría «respuesta adecuada al problema, sin merma de los derechos de defensa y contradicción y con arreglo a las exigencias de instrumentos internacionales y de la doctrina del TEDH y del Tribunal de Luxemburgo», que avalarían esta postura.

A nuestro juicio, también sobre este particular, se debería huir de soluciones generalizadoras. Estimamos que, caso por caso, según las circunstancias concretas y edad de la víctima menor o con discapacidad, tipo de delito, efectos del mismo, etc., se tendría que valorar y ponderar la pertinencia de reproducir en el juicio oral la grabación previa en vez de interrogar directamente a la víctima; es decir, no optar por establecer una regla general en el sentido que parece interpretar el Consejo.⁶⁷⁰ Tengamos en cuenta que también la jurisprudencia que se menciona en el Informe —TEDH, TJUE, e incluso TS— se elabora para supuestos, casos y circunstancias concretas, que pensamos no deben extrapolarse y conformar directrices generalizadoras, pues no todos los supuestos delictivos ni todos los menores o víctimas con discapacidad son iguales. No perdamos tampoco de vista que con estas acciones protectoras del menor o persona con discapacidad—que implican no realizar el interrogatorio en el juicio oral, ante el órgano jurisdiccional decisor— se limita un principio fundamental del proceso penal: las pruebas se practicarán con contradicción, intermediación y publicidad, como regla general en las sesiones del juicio oral.

670. El art. 26 del APLO víctimas dispone lo siguiente: «1. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se adoptarán además, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular serán aplicadas las siguientes: a) Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y *podrán* ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. b) La declaración *podrá* recibirse por medio de expertos». —Las cursivas son añadidas—.

3. Información y participación de la víctima en el proceso penal

Otro de los aspectos que deseamos destacar de la regulación contenida en la Directiva 2012/29/UE es el relativo a la participación de la víctima en el proceso penal y, en particular, la cuestión del posible ejercicio de la acción penal por esta.

Antes de comenzar con el análisis de los artículos que la Directiva 2012/29/UE dedica a esta cuestión, es conveniente fijarse de nuevo en dos aspectos que han de servir como criterio interpretativo de los mismos y, por consiguiente, también como pauta rectora de las legislaciones nacionales; son los siguientes: el primero, que uno de los objetivos expresos de la Directiva es que las víctimas puedan participar en los procesos penales —art. 1.1— y, el segundo, que se trata de normas de mínimos —Considerando 11—, de tal manera que los Estados miembros pueden ampliar los derechos en ella contenido con el fin de proporcionar un nivel más elevado de protección en sus respectivos ámbitos.

Como cuestión previa, debemos tener también en cuenta todo lo relativo al derecho a la información, que se le reconoce a la víctima en los artículos anteriores al capítulo 3.º, que es el específicamente dedicado a la participación en el proceso penal. Será casi imposible ejercitar ese derecho a participar en el enjuiciamiento sin las medidas adecuadas para entender y ser entendido, desde el primer momento y durante todas las actuaciones necesarias frente a cualquier autoridad competente —art. 3—, sin el derecho a recibir información desde el primer contacto con las autoridades encargadas de la persecución del delito, y sin retrasos innecesarios —art. 4—, sin la posibilidad de exigir que efectivamente conste la interposición de la denuncia —art. 5—, sin información puntual sobre el curso del proceso iniciado con la denuncia —art. 6—, todo ello con la debida traducción e interpretación en caso necesario —art. 7— y con el apoyo de servicios especializados a tal fin, si fuere menester —arts. 8 y 9—.

En la regulación contenida en el APLO víctima, se presta igualmente especial atención al derecho a la información, desde el primer contacto con las autoridades, incluyendo el momento previo a la presentación de la denuncia —art. 5 APLO— que estimamos tiene gran trascendencia,

también a los efectos de evitar generar en la víctima expectativas que no se corresponden con la realidad procesal. Se exige también en la norma de transposición que esa información se reciba por la víctima «adaptada a sus circunstancias y condiciones personales» teniendo en cuenta el delito padecido y los perjuicios sufridos. Se enuncian hasta trece extremos sobre los que la víctima deberá recibir información, ya desde ese primer contacto con las autoridades, y que deberá ser debidamente actualizada en cada fase del procedimiento —art. 5.2 APLO—.

Además, en el art. 7 del mismo Anteproyecto se indica que, si la víctima solicitó mantener actualizada la información sobre la tramitación de la causa, se le deberá informar de la celebración del juicio, del contenido de la acusación, y también de otra serie de resoluciones de gran trascendencia para la víctima: resolución de no iniciar el procedimiento, autos de archivo y sobreseimiento, sentencia final, resoluciones sobre prisión, puesta en libertad o fuga del infractor, medidas cautelares que afecte a la víctima y sus respectivas modificaciones, así como las resoluciones que se dicten en fase de ejecución y en las que pueda intervenir la víctima.⁶⁷¹

Debe destacarse en este punto también la importante función que el APLO adjudica a las Oficinas de Atención a las Víctimas —arts. 27 a 29—, en línea con las funciones que ya vienen desempeñando: información, asesoramiento, apoyo, coordinación de servicios, etc.

Entrando ya con los específicos derechos o garantías de participación en el proceso penal, que se recogen en el referido capítulo 3.º de la Directiva que nos ocupa, se reconoce en el art. 10 el «derecho a ser oído»⁶⁷² durante las actuaciones y «a facilitar elementos de prueba»,

671. El APLO víctimas apuesta en este sentido por la utilización del correo electrónico, siempre que sea posible. El CGPJ ya ha puesto de manifiesto en su informe —pp. 26-27— que se aplicarán en este punto las disposiciones que se contienen en la LEC acerca de los requisitos de las comunicaciones por medios telemáticos. Por lo demás, en caso de que la víctima esté personada, las notificaciones, también por correo electrónico, deberían entenderse con el procurador de la víctima, y no con su abogado, como indica el texto del APLO —*vid.* art. 7.1 *in fine*—, sin perjuicio de las posibles notificaciones directas a la propia víctima.

672. En caso de víctimas menores, se tendrá debidamente en cuenta su edad y su madurez, lo que implica un análisis personalizado, según se expuso en relación con lo establecido en el art. 22.

aunque serán las normas de procedimiento del Derecho nacional las que determinen cómo ejercerán las víctimas estos derechos.

Estamos en presencia de una disposición a todas luces extraordinariamente escueta. A pesar de la gran importancia que estos dos aspectos pueden tener para las víctimas, nada se armoniza acerca de cuándo o cómo debe ser oído; ni siquiera una mínima precisión o concreción al respecto encontramos. En el citado «Documento guía» tampoco nada se especifica —«how and when victims may be heard is left to national law...»—.⁶⁷³

Es más, en el Considerando 41 se aclara que se debe considerar concedido a las víctimas el derecho a ser oídas cuando puedan declarar o manifestarse por escrito; y la pregunta subsiguiente surge sola: ¿por qué no se contiene al menos tal aclaración en el propio articulado de la Directiva?⁶⁷⁴

Por su parte, en el ya citado «Documento guía» relativo a la trasposición e implementación de esta Directiva —según dice expresamente, documento sin fuerza vinculante— se destaca la importancia de permitir que las víctimas se expliquen ante el tribunal acerca del impacto que el delito ha tenido sobre ella —emocional, psíquico, daños personales o económicos, o de cualquier otro tipo—, y se pide de los jueces nacionales que tengan en cuenta esta declaración⁶⁷⁵ en el momento de elaborar su sentencia. Habría sido bueno incorporar también esta importante recomendación al propio articulado de la Directiva.

Lo mismo puede decirse en relación con el derecho a la prueba, que no se reconoce como tal en la Directiva, sino tan solo la posibilidad de «facilitar elementos de prueba», que no sabemos exactamente qué significa —¿se refiere a fuentes o también a medios de prueba?, ¿a ayudar a su localización?, ¿a colaborar en su obtención y práctica?, ¿o también a proponer pruebas en sentido estricto, con derecho a una resolu-

673. *Vid.* p. 29.

674. Esto nos lleva a plantear de nuevo la cuestión de la fuerza vinculante de los cada vez más numerosos Considerandos que preceden a la normativa UE, cuestión que excede al objeto de este trabajo.

675. *Vid.* esp. pp. 29-30, en relación con el llamado *Victim Personal/Impact Statement* (VPS) y su importancia en la causa penal.

ción fundada en caso de denegación?... —.⁶⁷⁶ En el «Documento guía» se explica que este derecho puede oscilar entre el más básico derecho a comunicarse y a suministrar pruebas a una autoridad competente, y los más amplios derechos a que se tengan en cuenta pruebas propuestas, a asegurar que se graban ciertas pruebas, o a proponer pruebas durante el juicio oral. En todo caso —prosigue el «Documento guía»— deberán preservarse los principios de discrecionalidad judicial y libre apreciación de la prueba.⁶⁷⁷

Además, como bien aclara Oromí,⁶⁷⁸ lo deseable sería que se le reconociera a la víctima este derecho o posibilidad, tanto en la fase de investigación o instrucción del proceso penal como en la fase del juicio oral; nada dice la Directiva sobre esta cuestión. Por tanto, con el simple establecimiento de alguna oportunidad probatoria para las víctimas, ya sea en la fase de investigación o ya sea en el juicio, se entendería que un Estado ha cumplido con las garantías mínimas que exige la Directiva. Por lo general, en los ordenamientos nacionales la facultad de proponer medios de prueba está ligada a la posibilidad de ser parte en el correspondiente proceso penal, que no siempre existe en las legislaciones de los Estados miembros.

Sin duda, otro de los aspectos más relevantes para las víctimas, para todas ellas, será que se les pueda ver reconocido un derecho a la asistencia jurídica gratuita. El art. 13 lo garantiza solo en los supuestos en

676. Según pone de relieve VERVAELE, a la vista de esta disposición de la Directiva, es preciso redefinir el triángulo entre fiscal, acusado y víctima, y tanto el TEDH como el TJUE tienen una importante tarea por delante a la hora de concretar su contenido. Además, debe evitarse el riesgo de que todas estas reformas en relación con los derechos de las víctimas se conviertan en una suerte de «caballo de Troya», para el proceso penal y para las propias víctimas, pues pueden correr peligro la presunción de inocencia y la igualdad de armas, e incluso, de que la víctima utilice el proceso, ya desde la fase de la investigación judicial, como una simple manera de llegar a la verdad —tal vez, su verdad— y al mismo tiempo como cauce para compensar o reducir su propio trauma. Además, existe el riesgo de que el proceso se instrumentalice como foro mediático, una suerte de juicio anticipado, ya desde los primeros momentos de la investigación. *Vid.* estos argumentos desarrollados con más amplitud en «El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal?», *Garantías y derechos de las víctimas ...*, *op. cit.*, esp. 27 y 29-30.

677. En estos términos, *vid.* p. 29.

678. «Víctimas de delitos en la Unión Europea...», *op. cit.*, p. 12.

que «tengan el estatuto de *parte* en el proceso penal»;⁶⁷⁹ cumplida esta condición, serán de nuevo los ordenamientos nacionales los que determinen sus requisitos, condiciones y amplitud.⁶⁸⁰

Si tenemos en cuenta que, como expondremos *infra* con más detalle, no en todos los Estados que conforman el «espacio de libertad, seguridad y justicia» puede la víctima constituirse como parte en el proceso penal, que en muchas ocasiones queda relegada a la condición de parte en el correlativo y eventual proceso civil de indemnización de los daños y perjuicios causados, y que en tales casos la Directiva no garantiza ese derecho a la asistencia jurídica gratuita, el resultado práctico es el establecimiento de un derecho que no se podrá invocar en muchos supuestos —solo cuando el ordenamiento nacional la admita como parte en sentido formal y en el proceso penal—.

De nuevo estamos ante una medida de armonización muy poco ambiciosa, y seguramente poco operativa desde el punto de vista de la aproximación de legislaciones, pues los Estados que, como el español, reconocen a la víctima la potencial condición de parte también en el proceso penal —acusación particular—, ya le han otorgado en sus normas nacionales el derecho a la asistencia jurídica gratuita, si se dan los presupuestos que esta última exige;⁶⁸¹ por su parte, a los Estados en que

679. Es interesante la diferencia que se incluye en el «Documento guía» de transposición, p. 34: «The Directive imposes a concrete obligation, by stating that victims have access to legal aid *where they have the status of parties in the criminal proceedings and not when it is possible for them to have the status of parties*» —cursiva añadida—.

680. En el referido «Documento guía» de trasposición de la Directiva, p. 34, se destaca que, si bien los Estados miembros pueden definir las condiciones y procedimientos para asegurar a las víctimas el acceso a la asistencia jurídica, esta debe cubrir al menos el asesoramiento y la representación legal, sin coste —*legal advice and legal representation, free of charge*—.

681. Apréciase la amplitud del art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Concretamente en el apartado *a)* se reconoce este derecho a «Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Y en el nuevo apartado *g)* se amplía más aún este derecho, en los siguientes términos: «Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de vícti-

no se le reconoce tal condición de parte en el proceso penal, sigue sin vincularles esta obligación de reconocer a las víctimas el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Nos fijaremos a continuación en otra cuestión concreta, también relacionada con la participación de las víctimas en el proceso penal, y sin duda de gran trascendencia práctica para estas y para el funcionamiento del sistema en general: el derecho a ejercitar la acción penal, que no se reconoce como tal en el texto de la Directiva que analizamos, pues solo se contiene en relación con este particular una disposición —art. 11— en la que puede leerse, resumidamente, lo siguiente: En caso de que se adopte una decisión de no continuar el procesamiento, de no formular acusación, se les reconoce a las víctimas el derecho a que se revise dicha decisión, por persona o autoridad distinta de la que hubiere adoptado la decisión inicial, conforme a las normas procesales que determine el Derecho nacional.

Como es lógico, los Estados miembros deberán garantizar que se notifique sin retrasos innecesarios a las víctimas su derecho a recibir información suficiente para decidir si solicitan la revisión de cualquier decisión de no continuar con el procesamiento.

El Considerando 43 nos aclara que este derecho recogido en el art. 11 se ha de entender referido a decisiones adoptadas por los fiscales y

mas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor. A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere este apartado, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá en caso de sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento». También es fruto de la reforma de febrero de 2013 —Ley de Tasas—, el apartado *h*): «Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos».

jueces de instrucción o autoridades policiales, pero no a las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales.⁶⁸² De nuevo estimamos que estas cuestiones tan relevantes, y que realmente acotan el sentido de la norma, deberían haberse integrado en el texto de la Directiva, y no solo en los Considerandos, cuya fuerza interpretativa-normativa no puede ser la misma que la que debe tener lo dispuesto en el articulado de la norma.

Los comentaristas vienen entendiendo que este art. 11 abarca, no solo decisiones de no continuar el procesamiento por falta de sospechas suficientes de la comisión del hecho delictivo —archivo policial o sobreseimiento de la causa—, sino también por razones de oportunidad⁶⁸³ —conformidades, delitos de bagatela—.

Por su parte, el aludido «Documento guía» de trasposición de la Directiva⁶⁸⁴ destaca que los Estados miembros deberían asegurarse de que al menos las víctimas de delitos graves —*serious crime*— disponen de ese derecho a que se revise la decisión de no procesar —*decision not to prosecute*—, según dispongan las propias reglas de su derecho nacional.

También aclara que dicha revisión debe llevarse a cabo por persona o autoridad distinta a aquella que adoptó la decisión inicial; si fue la más alta autoridad de acusación, la revisión podrá ser llevada a cabo por la misma autoridad, pero no por la misma persona; en este punto —prosigue el «Documento guía»— la Directiva respeta la autonomía procesal de cada Estado, y no pretende armonizar las relaciones de subordinación entre autoridades. Lo realmente importante es que la decisión se adopte de manera imparcial. Concluye poniendo de relieve que el proceso de revisión ha de ser «claro y transparente», y no excesivamente burocrático, de tal manera que se asegure que las víctimas

682. Y se entiende además que este derecho a que se revise una decisión de no formular acusación no afecta a procedimientos especiales, como aquellos contra miembros del parlamento o del gobierno en relación con el ejercicio de sus cargos oficiales, concluye este Considerando 43.

683. Así expresamente, BOCK, S.: «Das europäische Opferrechtspaket...», *op. cit.*, p. 206, con cita de SCHÜNEMANN, *Era fórum*, 2011, pp. 445 y ss., esp. p. 460. En el mismo sentido, el «Documento guía» para la trasposición, p. 30.

684. Véase la p. 30.

pueden solicitar la revisión sin representación legal; en caso de que se adopte un proceso de revisión más formal, la posibilidad de solicitarla no puede verse impedida por la limitación de recursos económicos de la víctima.⁶⁸⁵

Recordemos que todas estas prescripciones contenidas en el «Documento guía» no son más que recomendaciones a los Estados, y que no resulta normativa vinculante como lo es la Directiva. Por lo demás, la norma de armonización en materia de asistencia jurídica gratuita a las víctimas —art. 13— no reconoce este derecho para tales supuestos si esta no es parte formal en el proceso penal, como ya se expuso *supra*.

En cualquier caso, incluso considerando las anteriores recomendaciones a los Estados, hemos de concluir que el legislador UE ha sido de nuevo extraordinariamente parco en esta cuestión, de gran trascendencia para la aproximación de los sistemas procesales penales nacionales y, desde luego, para el conjunto de las víctimas en la Unión.

Cierto es que este precepto es una novedad de la Directiva 2012/29/UE, pues no se contenía una disposición semejante o equivalente en la DM 2001, lo que ya en sí mismo es un paso adelante, y que debe tenerse muy en cuenta a la hora de legislar normas de armonización que los modelos procesales son muy dispares en este punto, también en el marco del «espacio de libertad, seguridad y justicia», pero se podría haber avanzado algo más. Desde luego, al sistema procesal penal actual español —e incluso al proyectado—⁶⁸⁶ le aporta muy poco; y a los de los demás Estados, les propone un parámetro de armonización que resulta muy escaso e indeterminado en algunos aspectos relevantes.

Es notorio que la Directiva 2012/29/UE no le reconoce a las víctimas de hechos delictivos el derecho a ejercitar la acción penal —*ius persequendi*—, ni siquiera «al lado» o condicionado a la previa acusa-

685. En este sentido, las recomendaciones a los Estados miembros, p. 31.

686. En los Anteproyectos para la reforma de la LECRIM que se han elaborado en los últimos años —julio 2011 y diciembre 2012— se sigue manteniendo una amplia posibilidad de que la víctima ejercite la acusación particular, con plena autonomía de otras partes acusadoras, e incluso la ciudadanía en general en los llamados delitos públicos, a través de nuestra característica acción popular.

ción por parte del Ministerio Fiscal.⁶⁸⁷ Seguramente ha primado en este punto la cautela, o directamente el temor del legislador UE a otorgar más derechos a las víctimas forzando una aproximación en una materia para la que no existe el grado de madurez suficiente, ya que esta cuestión del ejercicio —o no— de la acción penal por la víctima sigue considerándose parte del «núcleo duro» de las legislaciones procesales estatales, por el momento muy dispares entre sí, motivo que ha llevado a que no se contenga al respecto más referencia en la Directiva que la escueta posibilidad de recurrir la decisión de no procesar o de no seguir adelante con la acusación.

Como muestra de la diversidad, describiremos de modo sucinto cómo funcionan en este punto tres sistemas de nuestro entorno jurídico-cultural. Seguramente el polo opuesto a nuestro modelo en estos aspectos sea el sistema italiano —y el norteamericano-anglosajón, a los que siguió en este punto—, pues prácticamente logró neutralizar a la víctima a raíz de la instauración del CPP vigente de 1988. En Italia, la persona *offesa* por el delito, la víctima, no puede ejercitar la acción penal. El art. 90 CPP se limita a decir que el ofendido puede presentar *memoria*, esto es, exponer su punto de vista sobre los hechos de la causa e indicar elementos de prueba —que es distinto de un derecho explícito a proponer medios de prueba—. El ofendido por el delito tiene derecho a recibir determinadas informaciones del curso del proceso, incluyendo la de eventual petición de archivo a instancia del Ministerio Público, puede oponerse a esa petición de archivo y solicitar que prosigan las *indagini preliminari*, indicando cuáles. El juez puede acordar de plano el archivo, o bien acordar un contradictorio entre Ministerio Público, sospechoso y ofendido. El sistema italiano es el más parecido a un modelo adversarial que transcurre entre dos partes: el Ministerio Público y el acusado.

687. Tampoco lo ha hecho el TEDH en su interpretación del art. 6 CEDH, que en este punto se ha remitido a las condiciones de ejercicio de la acción penal en cada ordenamiento nacional. Interesante en este punto la STEDH Pérez vs. Francia, de 12 de febrero de 2004, así como el análisis jurisprudencial que se contiene en el trabajo de ARANGÜENA FANEGO, C.: «Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el art. 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal», *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, coords.: García Roca /Santolaya, 2.^a ed., Madrid, 2009, pp. 259 y ss.

El ejercicio de la acción penal por la víctima en Alemania es igualmente dependiente de la acusación por la fiscalía; solo si este interpone *Anklage* —acusación—, puede la víctima —*Verletzte*— actuar como *Nebenkläger* —acusador accesorio—, en ciertos casos de delitos graves. Dispone el parágrafo 395 stPO que la víctima se puede adherir de forma accesoria a la acción que ejercita la fiscalía; una vez personado el *Nebenkläger* puede pedir sus propias pruebas y estar presente en las actuaciones.

Es característico del sistema de enjuiciamiento alemán el llamado *Klageerzwingungsverfahren*, es decir, el procedimiento previsto para «forzar» el ejercicio de la acción penal: en caso de que la Fiscalía decidiera no acusar —no ve indicios delictivos—, la víctima puede acudir al tribunal superior pidiendo que obligue al fiscal a ejercitar la acción penal, la acusación. En la práctica, esto es algo muy extraordinario, tanto que se plantee, como que en efecto se obligue al fiscal a acusar cuando no ha apreciado anteriormente indicios de delito.

La regla general es que la acción penal se ejercita casi siempre por la Fiscalía en solitario, y la acción civil derivada del delito se ejercita en un proceso civil diferenciado, no junto con la acción penal.

El ejercicio de la acción penal en Francia está en manos del Ministerio Público. La víctima puede constituirse en «parte civil» que permite poner en movimiento la acción pública del Ministerio Público. Véanse los arts. 1 y 31 CPP: «la acción pública *puede* ser puesta en movimiento por la parte ofendida».

No obstante, la llamada acción civil, según el art. 2 CPP, es ante todo una acción de reparación, si bien en ocasiones se utiliza por la víctima simplemente para forzar al Ministerio Público a ejercitar la acción pública.

Si el Ministerio Público acordara el *classement sans suite* —el archivo, no proseguir con las actuaciones, porque los hechos no constitutivos de delitos, o han prescrito, etc., o por razones de oportunidad—, está previsto —art. 40 CPP— que la víctima pueda interponer un «recurso jerárquico» contra esa decisión ante el procurador general. Con ciertas condiciones, el procurador general podrá en ese caso ordenar al Ministerio Público que inicie las *poursuites*, o bien ratificar el archivo.

En fin, como se puede deducir de lo anteriormente expuesto, estos sistemas anteriormente expuestos, muy representativos de nuestro entorno, son bien distintos al español en su regulación del ejercicio de la acción penal por parte de la víctima.

Otra de las cuestiones sobre las que guarda casi total silencio la Directiva 2012/29/UE, a pesar de que también resulta de gran importancia práctica para la víctima, ya participe o no activamente en la causa penal por los hechos delictivos padecidos, es la relativa a su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o en un plazo razonable.

Solo hemos encontrado en la Directiva una referencia a esta cuestión, en el art. 16, referido al derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, ya sea en el curso del proceso penal o en otro procedimiento judicial si así lo estipula el Derecho nacional. En el apartado 1.º de dicho precepto puede leerse que la víctima tiene derecho a obtener tal decisión «en un plazo razonable».

Si bien por lo general este derecho fundamental se reconoce y analiza desde la perspectiva del imputado/acusado/condenado —de hecho, en la mayoría los textos internacionales y constitucionales aparece enmarcado en el conjunto de derechos y garantías del acusado—,⁶⁸⁸ no es menos cierto que, tanto el tenor del Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH— y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —CDFUE—, como de nuestro propio texto constitucional, no excluyen que le sea reconocido a las dos «partes» procesales, a la víctima también.

Meridianamente claro a este respecto resulta el art. 47 CDFUE que bajo el epígrafe «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», dispone:

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

688. El art. 14.3 c) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se refiere exclusivamente al acusado: «(...) toda persona acusada de un delito tendrá derecho: (...) c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas».

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y *dentro de un plazo razonable* por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Por su parte, en el art. 6.1 CEDH puede leerse que «*Toda persona* tiene derecho a que su causa sea oída (...) dentro de un plazo razonable».⁶⁸⁹

Nuestro art. 24 CE establece que «1. *Todas las personas tienen derecho* a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, *todos tienen derecho* al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, *a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías*, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Sin embargo, son escasos los trabajos que contienen una mención expresa a las consecuencias de atribuir la titularidad de este derecho fundamental también a las víctimas,⁶⁹⁰ o que vayan más allá de reconocerles su derecho al «tortuoso procedimiento» para el resarcimiento o

689. *Vid.* el contenido que se atribuye a este derecho por parte de la jurisprudencia del TEDH, y el concepto de «víctima de la vulneración», en SALADO OSUNA, A.: «El plazo razonable en la Administración de Justicia: una exigencia del CEDH», en *La Europa de los Derechos*, *op. cit.*, pp. 299 y ss., esp. pp. 301 y ss.

690. En nuestro país, todo lo más encontramos referencias de este tipo: «(...) el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas *interesa* tanto al acusado como a la víctima» — cursiva añadida —. *Vid.* CORDOBA RODA, J.: «Las dilaciones indebidas», *Diario La Ley*, 23-12-2010, p.1. Entre la doctrina italiana, TRANCHINA sí ha destacado este aspecto, y reclama expresamente un reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, también para las víctimas. *Vid.* «La víctima del reato nel proceso penale», en *Cassazione penale*, n.º 11, 2010, pp. 4051 y ss., esp. pp. 4057-4058.

indemnización estatal por los perjuicios causados por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, previsto en los arts. 292 y ss. LOPJ.⁶⁹¹

Debemos insistir aquí de nuevo⁶⁹² en que, si se pretendía armonizar un catálogo de derechos y garantías de las víctimas en los procesos penales, esta cuestión del derecho a un proceso en un plazo razonable debería haber tenido un reflejo expreso en la Directiva 2012/29/UE, así como en nuestro APLO víctimas.⁶⁹³ El hecho de que ya se mencione ese derecho «de todos» en el art. 47 CDFUE, en el art. 6 CEDH, o en su caso en las respectivas constituciones nacionales, no obsta para que se plasme, también en este instrumento armonizador en el ámbito UE, o en el que

691. Véase por ejemplo el artículo de ASÚA BATARRITA, A.: «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 87-88, 2010, pp. 157 y ss, esp. pp. 163 y 192.

692. Ya denuncié esta carencia, tanto de la DM 2001, como ahora en la Directiva 2012/29/UE, en mis anteriores trabajos sobre el tema: «El tratamiento procesal de las víctimas...», *op. cit.*, p. 71, y «La armonización del estatuto de las víctimas...», *op. cit.*, p. 423.

693. Curiosamente en un sistema como el norteamericano, un ordenamiento que no se caracteriza por otorgar un papel predominante a las víctimas de los delitos, y en el que además impera el sistema del precedente judicial, encontramos esta disposición normativa relativamente reciente: la *Crime Victims' Act* norteamericana, reformada el 7 de mayo de 2009, introdujo el capítulo 238 en la *Criminal Procedure* (18 U.S.C), referido a los derechos de las víctimas del crimen en el ámbito federal, y concretamente en su parágrafo 3771, apdo. 7.º, se les reconoce a estas de forma expresa y meridianamente clara «*The right to proceedings free from unreasonable delays*». También en relación con el derecho a un *Speedy Trial*, y más en general sobre la idea de *fairness* como derecho específico de la víctima, véase el ya clásico trabajo de FLETCHER, G.P., *With Justice for Some. Victims' Rights in Criminal Trials*, Massachusetts, 1995, esp. cap. 5, pp. 149 y ss., o la edición más reciente de la obra ya citada de BELOOF, D. E. / CASSELL, P. G. / TWIST, S. J.: *Victims in Criminal Procedure*, pp. 18 y 34, entre otras, o la obra colectiva de TOBOLOWSKY, P. M. / GABOURY, M. M. / JACKSON, A. L. / BLACKBURN, A. G.: *Crime Victim, Rights and Remedies*, 2.ª ed., Durham, 2010, esp. p. 234. Como conclusión: el proceso penal ha de ser «*fair*» para todos aquellos que tienen un interés en el mismo, incluyendo además del imputado, a su defensa, a la víctima y al Ministerio Fiscal. Véase también el tratado más general de ALLEN, R. J. / HOFFMANN, J. L. / LIVINGSTON, D. A. / STUNTZ, W. J., *Comprehensive Criminal Procedure*, 2.ª ed., Nueva York, 2005, esp. pp. 1158-1159, en las que se contienen propuestas de enmienda de la propia *U. S. Constitution* para la inclusión del derecho al *Speedy Trial*, concretamente también para las víctimas.

pretende ser el estatuto integral de la víctima del ámbito nacional, el derecho de las víctimas a un proceso sin dilaciones indebidas o en un plazo razonable.

Al margen de esa cuestión que nos ocupa ahora, queda el hecho de que en los ordenamientos nacionales se siga conteniendo, o no, una atenuante de «retraso indebido del procedimiento judicial sin responsabilidad directa del inculpado»; en nuestro caso, en el Código Penal.⁶⁹⁴

4. La víctima en la ejecución penal

Continuando con el análisis del capítulo 3.º de la Directiva —recordemos, titulado: «Participación en el proceso penal»—, debemos llamar la atención de nuevo sobre lo que consideramos que es también una importante carencia de la normativa de armonización: apenas se hace mención a todo lo relativo a la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la sentencia condenatoria.⁶⁹⁵

Únicamente encontramos una referencia en el art. 6, dentro del derecho a recibir información sobre la causa, en sus apartados 5.º y 6.º: los Estados miembros deberán garantizar que se brinde a las víctimas la oportunidad de que se les notifique, sin retrasos innecesarios, el he-

694. Actualmente, en el art. 21.6.º CP: «Son circunstancias atenuantes: (...) La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa». Solución esta —que opere como atenuante de la responsabilidad criminal-, por cierto, no exenta de crítica, por los problemas dogmáticos, y también de concreción práctica y posible abuso que plantea. Hay quien sugiere —v. gr. ASÚA BATARRITA, con cita de Daniel PASTOR, *op. supra cit.*, pp. 162, 175 y ss, 188 y ss.- que se debería establecer un plazo máximo «irrebasable» para el proceso, que al menos fijara un límite absoluto de duración del proceso penal. El propio PASTOR critica la jurisprudencia del TEDH avalando esta fórmula de la atenuación de la pena en caso de dilaciones indebidas, tachándola de «falacia compensatoria», que permite a los Estados eludir la obligación de afrontar el problema fijando plazos máximos no superables. *Vid.* el trabajo de A. ASÚA anteriormente citado, p. 175, nota 42.

695. También puse de relieve esta carencia importante en la normativa armonizadora de la UE en mis anteriores trabajos sobre esta materia: «El tratamiento procesal de las víctimas...», *op. cit.*, p. 71, y «La armonización del estatuto de las víctimas...», *op. cit.*, p. 423.

cho de que la persona privada de libertad, inculpada o condenada por las infracciones penales que les afecten haya sido puesta en libertad o se haya fugado; se deberá velar también porque las víctimas reciban información de cualquier medida pertinente tomada para su protección en tales supuestos de puesta en libertad o fuga, al menos en los casos en que haya un peligro o riesgo concreto de daño para las víctimas, y a no ser que exista un riesgo concreto de daño para el infractor que pudiera resultar de la notificación.⁶⁹⁶

Al margen de estas garantías de información y medidas de protección en caso de puesta en libertad o fuga, nada más se dice en la Directiva 2012/29/UE sobre la posible participación activa de la víctima en la fase de ejecución de la pena, lo que no obsta —entendemos— para que los Estados puedan conferir más derechos de participación a estas en sus propios ordenamientos nacionales. Recordemos que una de las finalidades u objetivos expresos de la Directiva es precisamente garantizar la participación de las víctimas en el proceso penal —y la fase de ejecución de la sentencia es proceso jurisdiccional también, al menos en España—; además, estamos en presencia de una norma «de mínimos», que puede ser mejorada al alza por las legislaciones nacionales, siguiendo precisamente esas finalidades u objetivos de la Directiva.

En este punto debemos mencionar una de las principales novedades contenidas en el APLO víctima, en el art. 13, que se titula precisamente «Participación de la víctima en la ejecución», y que la Secretaría de Estado de Justicia, que suscribe el documento, justifica de la siguiente manera en la «Exposición de Motivos» que precede al texto articulado —pp. 9-10—:

El Estado, como es propio de cualquier modelo liberal, conserva el monopolio absoluto sobre la ejecución de las penas, lo que no es incompatible con que se faciliten a la víctima ciertos cauces de participación que les permitan impugnar ante los Tribunales determinadas resoluciones que afecten al régimen de cumplimiento de condena de delitos de carácter especialmente grave, facilitar información que pueda ser relevante para que los Jueces

696. Suponemos que se refiere a un peligro cierto e inminente de venganza por parte de la víctima.

y Tribunales resuelvan sobre la ejecución de la pena, responsabilidades civiles o comiso ya acordados, y solicitar la adopción de medidas de control con relación a liberados condicionales que hubieran sido condenados por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima.

La regulación de la intervención de la víctima en la fase de ejecución de la pena, cuando se trata del cumplimiento de condenas por delitos especialmente graves, garantiza la confianza y la colaboración de las víctimas con la justicia penal, así como la observancia del principio de legalidad, dado que la decisión corresponde siempre a la autoridad judicial, por lo que no se ve afectada la reinserción del penado». ⁶⁹⁷

El artículo 13 del APLO víctima se ha redactado con el siguiente tenor:

«1. Las víctimas que hubieran solicitado, conforme a la letra m) del artículo 5.1, que les sean notificadas las resoluciones siguientes, podrán recurrirlas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque no se hubieran mostrado parte en la causa:

a) El auto por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza, conforme a lo previsto en el párrafo III del art. 36.2 del Código Penal, ⁶⁹⁸ la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, cuando la víctima lo fuera de alguno de los siguientes delitos:

- 1.º Delitos de homicidio.
- 2.º Delitos de aborto del artículo 144.
- 3.º Delitos de lesiones.
- 4.º Delitos contra la libertad.
- 5.º Delitos de tortura y contra la integridad moral.
- 6.º Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.
- 7.º Delitos de robo cometidos con violencia o intimidación.

697. Este último párrafo transcrito no aparecía en la versión del APLO víctima remitido al CGPJ; se añadió a la versión enviada para ser informada por el Consejo de Estado, fechada el 26-3-2014.

698. Que ya establece actualmente que deberán ser «oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y *las demás partes*» —cursiva añadida—.

8.º Delitos de terrorismo.

9.º Delitos de trata de seres humanos.⁶⁹⁹

b) El auto por el que el Juez de Vigilancia acuerde, conforme a lo previsto en el artículo 78.3 del Código Penal,⁷⁰⁰ que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera de alguno de los delitos a que se refiere el apartado anterior, de un delito de terrorismo, o de un delito cometido en el seno de un grupo u organización criminal.

c) El auto por el que se conceda al penado la libertad condicional, cuando:

1.º Se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo II del artículo 36.2 del Código Penal; o

2.º alguno de los delitos a que se refiere la letra a), siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

La víctima deberá anunciar al Secretario Judicial del Juzgado o Tribunal competente su voluntad de recurrir dentro del plazo máximo de cinco días a partir del momento en que se hubiera notificado conforme a lo dispuesto en los párrafos II y III del artículo 7.1; e interponerlo dentro del plazo de quince días desde dicha notificación.

Para la presentación del recurso no será necesaria la asistencia de Abogado.

2. Las víctimas estarán también legitimadas para:

a) Interesar que se impongan al liberado condicional las medidas o reglas de conductas previstas por la Ley que consideren necesarias para

699. Los delitos contenidos en los ordinales 8.º y 9.º se añadieron en la versión del APLO víctima remitida al Consejo de Estado, después de que fuera informada por el CGPJ, quien por cierto en el referido Informe de 31 de enero de 2014, p. 37, afirmó expresamente que «se considera que el ámbito de aplicación de la participación de la víctima en la ejecución penal debe reservarse a los delitos más graves».

700. Que igualmente ya dispone que deberán ser «oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las *demás partes*» — cursiva añadida —.

garantizar su seguridad, cuando aquél hubiera sido condenado por hechos de los que pueda derivarse razonablemente una situación de peligro para la víctima;

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

Este precepto ha sido uno de los más controvertidos de los contenidos en el APLO víctimas, que incluso provocó un voto particular al Informe elaborado por el CGPJ, y que fue suscrito por siete vocales del propio Consejo, al que nos referiremos *infra*.

Concretamente en el Informe del CGPJ,⁷⁰¹ el órgano de autogobierno de jueces y magistrados afirma que no resulta cuestionable hoy en día que, aunque la ejecución de la pena corresponde al juez o tribunal que dictó sentencia, sin perjuicio de la competencia del juez de Vigilancia Penitenciaria, y siendo partes necesarias el condenado y el Ministerio Fiscal, «ha de permitirse también la participación en él de la víctima —si bien solo respecto de los pronunciamientos de la sentencia que les afecten—, pero su actuación debe encauzarse a través de su personación como parte, con abogado y procurador que le asistan, a fin de lograr una adecuada ordenación del procedimiento y facilitar la articulación, en derecho, de sus peticiones e impugnaciones».

Concluye el CGPJ en el referido Informe que la regulación del APLO víctima en este punto «no parece afortunada, pues permite el recurso de ciertas resoluciones directamente por la víctima no personada, sin necesidad de abogado, así como la petición de medidas o reglas de conductas de la libertad condicional y la posibilidad de aportar información relevante para la ejecución de la pena, de la responsabilidad civil o del comiso». Estima el Consejo que solo con la asistencia técnica de la víctima a la hora de exponer sus peticiones adecuadamente y en derecho se garantiza eficazmente el derecho de defensa del condenado, la tutela judicial efectiva de la víctima y se evitará una victimización secundaria, que se podría producir a la vista de las expectativas que

701. *Vid.* pp. 35 y ss.

surgen por la posibilidad de recurso y de alegaciones, en relación con la desestimación de sus pretensiones por no estar bien articuladas. Se concluye sobre este particular que las víctimas que deseen intervenir en la ejecución deberían constituirse como parte, asistidas de letrado y representadas por procurador, lo que además les permitirá estar informadas de las actuaciones que afecten al condenado y que se adopten las decisiones que le afecten previa audiencia de la víctima.

El Consejo también advierte de los problemas prácticos que pueden plantear las notificaciones a las víctimas en fase de ejecución por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria —JVP—, en el que no se dispone de copia de las actuaciones. En la mayoría de los casos no se conoce a la víctima, y menos aún su domicilio en el momento de la ejecución en que se pueda plantear su participación, que podría ser muchos años después de la comisión de los hechos delictivos, por lo que las notificaciones a las víctimas ocasionarían dilaciones en el procedimiento ante el JVP, incluso aunque se reservara la participación de las víctimas en la ejecución penal a los delitos más graves, como propone el CGPJ.⁷⁰²

Finalmente, el Consejo llama la atención críticamente sobre el hecho de que no se le dé intervención a la víctima en relación con la suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad, pese a que la audiencia de la víctima en estos casos puede tener una especial trascendencia, también a la hora de establecer deberes u obligaciones al condenado. Los arts. 80 y 88 CP ya disponen que la suspensión o sustitución serán acordadas por el órgano jurisdiccional competente «previa audiencia de las partes», y tengamos en cuenta que la sustitución puede acordarse una vez iniciada la ejecución o cumplimiento de la pena. Estimamos que el legislador debería haber completado este estatuto de la víctima, en lo relativo a su participación en fase de ejecución, con sendas referencias también a estos supuestos mencionados.

Propone en definitiva el CGPJ que se regule con más detalle la intervención, participación y audiencia de la víctima en la fase de ejecución de las penas y de los pronunciamientos indemnizatorios que les afecten;

702. Así se pronuncia el Consejo en la p. 37 del citado informe de enero de 2014.

compartimos esta conclusión, por las mismas razones anteriormente expuestas.

No obstante, el parecer mayoritario del Consejo anteriormente expuesto, se formuló a tal Informe un «voto particular», suscrito por siete vocales, concretamente en relación con la cuestión de la participación de la víctima en fase de ejecución de la pena de prisión en el ámbito penitenciario. Por su interés, resumiremos a continuación los argumentos allí esgrimidos, contrarios al parecer de la mayoría del CGPJ, y opuestos a la regulación contenida en la versión del art. 13 del APLO víctima objeto del Informe.

En primer lugar destacan que, para transponer la Directiva 2012/29/UE, no es necesario regular derechos de participación de la víctima en fase de ejecución de la pena, más allá de los derechos de información; es decir, que no es necesario darles a las víctimas «la posibilidad de interferir mediante los recursos en las decisiones judiciales y/o administrativas que afectan al modo de cumplimiento de aquellas penas». Además —a juicio de estos vocales— no existen regulaciones similares en el Derecho comparado europeo; incluso «ni siquiera se reconoce a las víctimas el derecho a ejercitar la acción penal».

Por otro lado —añaden— la intervención de las víctimas en fase de ejecución tampoco encuentra su apoyo en las líneas jurisprudenciales de los Tribunales europeos, con cita de la STEDH Pérez vs. Francia, de 12.2.2004,⁷⁰³ y la STJUE Gueye y Salmerón, de 15.9.2011.⁷⁰⁴

Incluso, la reforma que se propone «carece de justificación idónea» en la Exposición de Motivos —a juicio de estos siete vocales—, y con-

703. Que resumen así: «la constitución de la víctima como (únicamente) parte civil entra en el ámbito protegido por el art. 6 CEDH, sin que reconozca otros tipos de intervención».

704. Interpretando la DM 2001, y de la que se destaca que «el derecho procesal de la víctima a ser oída, en el sentido del art. 3, párrafo 1.º, de la DM, no confiere a la víctima ningún derecho en cuanto a la determinación de las clases ni la graduación de las penas aplicables a los autores de los hechos en virtud de las normas del Derecho penal nacional», señalando también que «los arts. 2 y 3 de la DM, el art. 8 de esta, no implica ninguna obligación para los Estados miembros de incluir en su Derecho nacional penal disposiciones que permitan a la víctima influir sobre las penas que el juez nacional puede imponer al autor de la infracción».

cluyen este «voto particular» afirmando que «el derecho a participar en el proceso no debe alcanzar a la fase de ejecución, y más especialmente al cumplimiento de las penas privativas de libertad (...) que por imperativo del art. 25.2 CE deben estar orientadas en su ejecución a la reeducación y la reinserción social», con cita de diversas SSTC en este sentido. En definitiva, estiman los vocales disidentes que «la presencia activa de las víctimas en este delicado proceso nada añade a su estatus y puede comprometer seriamente el cumplimiento de los finales constitucionales de la pena que está cumpliendo el reo, en su perjuicio y del resto de la sociedad», siendo esta una idea —concluyen— «que el legislador ha mantenido de forma constante y coherente».

Además, estiman los que suscriben este «voto particular» que la exclusión de la intervención activa de las víctimas en la fase de ejecución de las penas de prisión «no implica en absoluto una situación de indefensión o desprotección para estas, por cuanto la intervención del Ministerio Fiscal garantiza la salvaguarda de sus intereses legítimos (art. 3 EOMF)». Se destaca al mismo tiempo que «no debe confundirse la dignificación de las víctimas mediante medidas de apoyo y acceso a la información con una absoluta e ilimitada potenciación de su intervención en el proceso penal que, particularmente en la fase de ejecución penitenciaria, puede complicar el cumplimiento de los fines de la pena en su compleja y delicada interrelación con el respeto debido a los principios de rango constitucional que deben orientar su cumplimiento».

Sugieren estos vocales que discrepan del parecer de la mayoría que, para «dignificar a la víctima del delito», es preciso «atenderla, escucharla, informarla y protegerla, no generarle cargas innecesarias o inmoderadas expectativas»; el fin ha de ser —concluyen— «acompañarla y apoyarla en el camino de la recuperación del equilibrio perdido a consecuencia del delito sufrido».⁷⁰⁵

705. Como muestra de otras muchas opiniones doctrinales en este mismo sentido, *vid.* P. FARALDO CABANA, P. con cita a su vez de PÉREZ CEPEDA y GARCÍA ARÁN, en «El papel de la víctima durante la ejecución de condenas por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y de terrorismo», *Hacia un sistema penal orientado a las víctimas*, dirs.: Vázquez-Portomeñe y Guinarte Cabada, Valencia, 2013, pp. 47 y ss., esp. pp. 75-76. Sostiene la autora, en relación con las víctimas de terroris-

En conclusión, entienden los que suscriben este «voto particular» que sería más conforme con el espíritu y propósito de la Directiva «ajustar los niveles de intervención de la víctima del delito en la fase de ejecución penitenciaria a la debida información de los avatares del régimen impuesto al penado, combinada con su eventual participación en aquél con fines reparadores, mediando la asistencia de los servicios de justicia restaurativa previstos legalmente y que deberán ser implementados al efecto». A esto habría que añadirle —sugieren estos vocales— la posibilidad de que las víctimas se dirigieran al Ministerio Fiscal para instar las medidas previstas en el apdo. 2.º del art. 13, o para facilitar la información a que se refiere dicho precepto.

Una vez expuestos el parecer del Ministerio de Justicia —plasmado en el citado art. 13 del APLO víctima—,⁷⁰⁶ el contenido del Informe aprobado por el Pleno del CGPJ, así como los principales aspectos del «voto particular» formulado al mismo, expondremos nuestro punto de vista sobre lo que estimamos han de ser las líneas generales de la participación de la víctima en la fase de ejecución de la pena.

En primer lugar, el hecho de que hoy la Directiva 2012/29/UE —y en su día la DM— guarde silencio sobre este extremo, no obsta para que los Estados regulen los derechos de las víctimas en esta fase del proceso jurisdiccional, que además, estimo debe hacerse.⁷⁰⁷ Recordemos que estamos ante normas de mínimos, y que las legislaciones nacionales pueden perfectamente incrementar el grado de protección, garantías, derechos y apoyos a las víctimas en sus propias regula-

mo y delincuencia organizada, que «a partir de la sentencia, prevalece el interés público social de la reinserción, y ése es un ámbito en el que la víctima no puede ejercer interés alguno». [...] «ni el Derecho penal ni el Derecho penitenciario pueden convertirse en la *Carta Magna* de las víctimas. Lo que ha de hacer el Estado es ofrecer un programa integral de cobertura asistencia a las víctimas reafirmando así la solidaridad de toda la sociedad con ellas».

706. Que como hemos apuntado, no se ha modificado sustancialmente en este art. 13 de la versión inicial enviada al CGPJ a la versión enviada al Consejo de Estado; solo se han añadido los delitos graves al catálogo del apdo. 1 a).

707. Hace tiempo que vengo destacando que es una carencia en la normativa UE que no se haya dictado una normativa de armonización, aunque sea mínima, en esta cuestión: «El tratamiento procesal de las víctimas...», *op. cit.*, p. 71, y «La armonización del estatuto de las víctimas...», *op. cit.*, p. 423.

ciones internas, según sus propios modelos y sistemas procesales y penales.

En la misma línea argumental, el hecho de que hasta hoy la jurisprudencia de los tribunales europeos no haya reconocido expresamente estos derechos de las víctimas en fase de ejecución no significa más que dichos tribunales no pueden estimar pretensiones con base en normas que no contienen tales derechos. Esto no supone necesariamente que la «jurisdicción» del ámbito europeo sea contraria, por principio, a que la víctima participe activamente en la fase de aplicación de las penas.

Al hilo de lo antedicho, tengamos presente que la función jurisdiccional, al menos en España, consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y que la tutela judicial efectiva es el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una resolución motivada a las pretensiones ejercitadas, y a que se cumpla lo decidido por los tribunales. Si la víctima en España tiene derecho a la tutela judicial efectiva y puede tener acceso directo a solicitarla, incluso al margen del Ministerio Fiscal —acusación particular—, no debe excluirse de partida la posibilidad de que intervenga también en esta otra parte o fase de la «tutela judicial» que es la ejecución de lo juzgado.

Por otro lado, no debemos confundir el derecho a recurrir, a aportar información o a realizar alegaciones en fase de ejecución sobre los extremos que afecten a la víctima, con el hecho de que esta vaya a poder tomar decisiones en materia de cumplimiento de las penas impuestas. La víctima ha de ser oída si lo desea, ha de poder utilizar los medios de impugnación que se pongan a su disposición en la medida en que se estime oportuno por el legislador, pero eso no conlleva de ninguna manera que se traslade a esta la toma de decisiones en fase ejecutiva —ni siquiera en «codecisión»—, pues desde luego, tal función le sigue y le deberá seguir correspondiendo, al menos en nuestro país, a los órganos jurisdiccionales competentes.

Además, el hecho de que el Ministerio Fiscal ya esté personado en la fase de ejecución, y que a este se le atribuyan normativamente funciones de defensa y tutela de los derechos de las víctimas y del interés general, no obsta para incluir a las víctimas que quieran participar

en esta fase y en lo que les afecte, pues, como es sabido, también le corresponde al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal, de la acusación, y esto no es óbice —en nuestro ordenamiento— para que puedan ejercitar la acusación también las víctimas, e incluso la ciudadanía en general.

El argumento de que en otros ordenamientos de nuestro entorno no se le da a la víctima la posibilidad de intervenir en fase de ejecución tampoco es concluyente, pues tal exclusión es coherente con el hecho de que precisamente en esos ordenamientos foráneos no se le deja tampoco participar en el proceso declarativo previo⁷⁰⁸ —que no es nuestro caso—, por lo que estimamos no ha de deducirse de esa circunstancia que en nuestro país deba excluirse a la víctima de la fase de ejecución de la pena en lo que a ella le afecte de modo directo.

No perdamos de vista que el Ministerio Fiscal, garante de la legalidad y del interés común, puede tener criterios diferentes de los de la víctima acerca de cómo ha de discurrir la ejecución de la pena impuesta, también en relación con esta, y eso no significa que a la víctima le vaya a mover un afán vindicativo, igual que se entiende que no le mueve tal afán de venganza cuando se le permite ejercitar la acusación particular y sostiene su pretensión punitiva en los términos que considera adecuados. Simplemente, puede la víctima estimar oportuno realizar una interpretación de la norma aplicable que le afecta, o de las circunstancias concurrentes, diferente a la que está manifestando el Ministerio Público, y quiere exponerla y hacerla valer de forma directa, sin intermediarios; no le basta con simplemente dar traslado de su parecer al fiscal.

Por cierto, a tal fin, sí coincido en este punto con una de las opiniones contenidas en el voto discrepante antes aludido: considero que si la víctima quiere personarse en la fase de ejecución, debe hacerlo asistida de letrado y representada por procurador, por las razones ya expuestas; esto es, para que se facilite y no se entorpezca la tramitación, para que debidamente asesorada la víctima no se le generen expectativas erró-

708. Nos remitimos en este punto a la exposición comparada del ejercicio de la acción penal en los ordenamientos de nuestro entorno, realizada en el epígrafe precedente.

neas y, desde un punto de vista práctico, para que se le puedan realizar las notificaciones con seguridad jurídica y puntualmente, evitando así dilaciones innecesarias en la fase de ejecución.⁷⁰⁹

En cuanto a las dificultades que surgirán para poder notificar a la víctima todas las circunstancias que le pueden afectar en fase de ejecución y el derecho a ejercitar los posibles recursos, notificaciones que pueden tener que practicarse muchos años después de sucedidos y juzgados los hechos delictivos, cierto es que podrá no ser tarea fácil —el que en su día fue el procurador de la víctima, ya no conoce su paradero, o no estuvo personada en el proceso y ha cambiado de domicilio, no se encuentra el nuevo, vive fuera del país, etc.—, pero la dificultad práctica de localización no la excluye de antemano, ni elimina el argumento a favor de intentar su localización para que pueda ejercitar, si lo estima oportuno, los derechos que la ley procesal y penal le pueda conferir.

709. No obstante, entendemos también las razones que creemos han llevado al legislador del APLO víctimas —art. 13— a no exigir asistencia letrada para la presentación de recursos por las víctimas en fase de ejecución. Seguramente se ha aplicado la misma regla que rige para los condenados en esta fase, contenida en el art. 76.2 g) LOGP: los internos pueden formular quejas o peticiones en relación con el régimen y tratamiento penitenciario directamente al JVP, con completa libertad de forma, de manera verbal o a través de un mero escrito o carta dirigida al JVP, sin que sea necesaria en esa instancia la asistencia letrada. Parece que el legislador del APLO ha querido hacer extensiva esta misma regla para la víctima, pero son supuestos distintos. Incluso, desde un punto de vista práctico, si se exigiera asistencia letrada para todos y cada uno de los múltiples escritos de reclamación o queja que los internos dirigen constantemente al JVP, probablemente el coste de justicia gratuita desbordaría con creces las cantidades que se asignan tal fin; sin embargo, los posibles recursos de las víctimas contra las decisiones que se mencionan en el art. 13 serían muy, muy inferiores en número, y además no siempre necesitarían asistencia jurídica gratuita, por lo que nos mostramos partidarios de que se exija asistencia letrada para la víctima que va a recurrir las resoluciones mencionadas en dicho precepto, por las razones ya expuestas en el texto superior. No obstante, se plantea otra cuestión adicional que habrá que tener en cuenta y debería ser resuelta también aquí por el legislador —o al menos por el JVP cuando se plantee el supuesto—: si la víctima está asistida de letrado en la formulación de su recurso, por la desigualdad de partes que se podría producir, habría que dotar también al reo de asistencia letrada durante la tramitación del mismo, y desde la primera instancia. Recordemos lo dispuesto en la DA 5.^a LOPJ —recursos contra resoluciones del JVP—, en su apdo. 9: «En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado (...). *En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales*» —cursiva añadida—.

Finalmente, debo esgrimir otro argumento a favor de la intervención de la víctima que lo desee en la fase de ejecución y en los extremos que le afecten: estimo que entender como regla general que los poderes públicos deben ayudar a la víctima de los hechos delictivos para «acompañarla y apoyarla en su recuperación», pero sin contar con su posible intervención activa en la fase de cumplimiento de la pena, incluso cuando expresamente desea hacerlo mostrando directamente y sin intermediarios su criterio, es una manifestación de un cierto paternalismo trasnochado. Por lo demás, no se aprecia claramente cómo puede impedir o dificultar seriamente la víctima la rehabilitación o reinserción del condenado,⁷¹⁰ cuando las decisiones a ese respecto las tomará la autoridad administrativa y el órgano jurisdiccional competente en último término, aplicando una legislación inspirada precisamente en esos principios rectores de la ejecución penal.

710. Es más, no falta quien expresamente considera que ambos objetivos —reinserción del recluso e intereses de la víctima— pueden ser plenamente compatibles. La protección y la atención de la víctima en la fase de ejecución de la pena puede constituir un instrumento idóneo para conseguir el objetivo resocializador del delincuente perseguido en nuestro modelo. *Vid.* NISTAL BURÓN, J. «El desamparo de la víctima en la fase penitenciaria de la ejecución penal. Algunas consideraciones en torno al objetivo prioritario de la pena», *Diario La Ley*, 20-4-2009, p. 2., o más recientemente, del mismo autor, también en este sentido «Implicaciones de la justicia victimal en el Derecho penitenciario», *Eguzkilo*, n.º 26, 2012, pp. 117 y ss.

**EL ESTATUS DE LA VÍCTIMA DEL DELITO
EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS.
EL ORIGEN, LAS TENDENCIAS
Y LAS REFORMAS PROCESALES MÁS RECIENTES⁷¹¹**

*Reivindicando con vehemencia a los hombres buenos,
a quienes observan la vida con mirada limpia
y actúan en consecuencia, como César Barrientos.
En ello nos va mucho.*

PROF. DR. IÑAKI ÉSPARZA LEIBAR
Catedrático de Derecho Procesal
UPV/EHU

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.- I. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL, LA EVOLUCIÓN DE SU ESTATUS EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS.- II. EL ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA.- III. UN EJEMPLO DE PARTIDA Y DOS ESTATUS DISTINTOS. DELITOS COMETIDOS EN ESPAÑA Y EN FRANCIA.- IV. LÍNEAS BÁSICAS DE LA REFORMA EN FRANCIA. EL INFORME LÉGER DE 2009.- V. EL ESTATUS DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS. 1. El derecho a activar la

711. El presente trabajo tiene su origen en la conferencia titulada «La víctima del delito en Francia», pronunciada en la Universitat Jaume I de Castellón en el marco de la Jornada «Estatuto jurídico de la víctima del delito», el 20 de noviembre de 2014.

persecución y de asociarse con tal finalidad. a) *La denuncia simple*. b) *La citación directa del autor*. c) *Denuncia de la víctima y constitución como parte civil*. 2. El derecho a ser informado y a intervenir en el proceso. 3. El derecho a la indemnización de las víctimas de delitos. 4. Otros elementos relevantes: El juez para las víctimas (JUDEVI). Las oficinas de asistencia y las asociaciones de ayuda a las víctimas de delitos. La protección de la imagen de las víctimas.- VI. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Al igual que España, Francia está inmersa, desde hace ya algunos años, en un proceso de revisión a fondo del modelo procesal penal, que busca su modernización, tratando de alcanzar mayores estándares de calidad en la resolución de conflictos, tratando por tanto de mejorar la justicia y con ella el Estado de derecho. Nuestra impresión personal es que los agentes jurídico-políticos son mucho más activos, decididos y constantes en el país vecino, lo que permite mostrar propuestas viables y resultados tangibles.⁷¹²

Antes de referirme a dichos, por lo demás meritorios logros, quiero acercarme al tema de las víctimas mediante una doble y breve reflexión, que nos situará, propiciando una aproximación panorámica, que, a mi modo de ver, debe verbalizarse para entender bien el origen, la evolución, el alcance y el momento actual de la cuestión. Por una lado, una breve reflexión sobre la víctima en el proceso penal, la consecución de una visibilidad de la que históricamente ha carecido. Por otro, una referencia al marco político y normativo de la UE, en lo que al Espacio

712. *Vid.*, ESPARZA LEIBAR, I., La reforma procesal penal francesa en curso. El informe de la Comisión Léger. Revista Penal, n.º 26 de julio de 2010. Publicado también en la Revista Penal México, n.º 1, mayo de 2011. Grupo normativo regulador: Ley para reforzar la protección de la presunción de la inocencia y los derechos de las víctimas, publicada en el JORF (*Diario Oficial de la República Francesa*) n.º 138 de 16 de junio de 2000. Decreto relativo a la creación del juez delegado para las víctimas JUDEVI, publicado en el JORF n.º 265 de 15 de noviembre de 2007. Ley relativa a los derechos de las víctimas, publicada en el JORF n.º 153 de 2 de julio de 2008. Ley relativa a la individualización de las penas y a aumentar la eficacia de las sanciones penales, publicada en el JORF n.º 189 de 17 de agosto de 2014.

Europeo de Justicia concierne, que acoge y permite interpretar correctamente — y en el que ha habido espectaculares cambios — todo lo relativo a la víctima de delitos, a su estatus procesal.

I. LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL, LA EVOLUCIÓN DE SU ESTATUS EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS

La víctima ha sido la gran olvidada en el diseño procesal penal del siglo xx y ahora aspira legítimamente — siempre que con ello no se altere el equilibrio básico subyacente — a ser el centro (o al menos uno de sus ejes) del proceso de resolución de conflictos en el siglo xxi. Partimos de un sujeto procesal de perfil bajo, que en este momento, tras las correspondientes reflexiones fruto de la reflexión, la investigación y del afán de mejora, es objeto de estudio y atención preferente.⁷¹³

Acceder a la condición de víctima es una circunstancia universal y, en buena medida, aleatoria, muy ligada a la naturaleza humana. Es la primera derivada de la comisión de un delito, por lo que su tratamiento — conceptualmente — debería ser paralelo al propio devenir del proceso. Esto, sin embargo, no ha sido así, y por ello nos interesa la gestión procesal de dicha condición, y la constatación de que realizada esta de una manera (sin especial consideración de la víctima) u otra (rápida, adecuada, integral, efectiva), las consecuencias pueden ser muy distintas y la justicia finalmente alcanzada de muy diferente calidad.

Si repasamos, aunque sea de forma muy superficial, algunos hitos históricos relevantes al respecto, nos encontramos con que ni muchos tratados internacionales, *v. gr.*, el propio CEDH, ni la CE, ni la Constitución francesa mencionan, ni mucho menos elaboran el concepto de víc-

713. Así lo acreditan, entre otros numerosos, los recientes y excelentes trabajos publicados por: GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014. También, ORDEÑANA GEZURAGA, I., *El estatuto jurídico de la víctima en el Derecho Jurisdiccional español. Análisis lege data y lege ferenda a partir de la normativa europea en la materia*, IVAP/HAAE, Oñati, 2014. Tanto en castellano como en euskera.

tima.⁷¹⁴ Es evidente que implícitamente se contempla, pero también lo es, que no constituye la parte estelar del proceso penal, que se reserva a la figura del sujeto pasivo del mismo, sobre el que se centra el esfuerzo doctrinal y normativo.

Con el fin del siglo xx, se genera una reflexión que hace que se materialice un movimiento para su visualización. Su plasmación como sujeto procesal de primer rango, es en un principio lenta y, con carácter general, asimétrica, aunque posteriormente va adquiriendo consistencia y carácter integral.

El escenario actual, en lo que especialmente a la víctima de un delito en el proceso penal concierne, y desde una perspectiva global, nos muestra que su estatus, si bien es progresivamente objeto de reconocimiento, es también susceptible de muy diferentes tratamientos, con lo que el abanico de opciones es de una enorme amplitud.

Desde los ordenamientos más clásicos (si se me permite la expresión) en los que la presencia de la víctima en el proceso es de perfil bajo, no ejercitan la acción penal, que queda en manos del MF, en régimen de monopolio, no pudiendo aquellas en consecuencia adoptar ninguna decisión relevante en lo que a la intervención y conducción del proceso concierne y viéndose en todo momento forzosamente tuteladas por los poderes públicos. Hasta otros extremos como, por ejemplo, el de la República Popular China, donde de la víctima exclusivamente puede depender la conmutación de la pena capital por otra de prisión, lo que plantea desgarradores escenarios de «negociación» a los que la ley se muestra ajena. Tomando en consideración únicamente el resultado.

En la génesis del proceso penal moderno, la víctima no era, lo hemos comprobado, objeto de especial consideración, la ley tenía como objetivo prevalente el de asegurar un determinado estatus al sujeto pasivo del proceso penal, el imputado o acusado, en su ajuste de cuentas,

714. En el caso del ordenamiento español, es el art. 24.1 CE el que, al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, garantiza el resorte —el ejercicio de la acción penal— a las víctimas. Si se impidiera, en nuestro ordenamiento, su derecho a acusar (legitimación ordinaria), cabría ejercitar el recurso de amparo, 53.2 CE. El art. 270. II LECRIM, permite querellarse tanto a españoles como extranjeros, a lo que habría que añadir que podrán hacerlo tanto las personas físicas como las jurídicas.

meramente retributivo, con la comunidad. El art. 24.2 CE, o el art. 6 CEDH, son una buena muestra de ello, lo que generaciones de juristas aprendimos en la Facultad lo acredita también así.

Con posterioridad, y la obra del Prof. Antonio Beristain y su continuación por el Instituto Vasco de Criminología/KREI, constituye un aporte esencial que conforma la base de la nueva perspectiva.⁷¹⁵ En un determinado caldo de cultivo, comienza a adquirir relevancia la figura de la víctima, elemento transversal sin cuyo debido tratamiento, no va a ser posible alcanzar la justicia. A ella también, a la víctima, a todas ellas, hay que darles lo que es suyo. La justicia restaurativa es un paso más en la búsqueda de una intervención, podríamos decir siguiendo con el símil médico, menos invasiva o traumática, con una curación que se quiere integral, que repercutirá beneficiosamente en el conjunto de la comunidad.⁷¹⁶

A partir de aquí, la discusión puede surgir en torno a qué es lo que le corresponde y hasta donde se puede y se debe llegar, en torno también al punto a partir del que incluso puede no ser legítimo incorporar determinados contenidos al estatus, tanto y sobre todo procesal como extraprocesal, de la víctima. La reflexión sobre dónde está este punto que garantiza un equilibrio entre los derechos de la víctima y los demás derechos, principios y sujetos procesales —incluida la comunidad— es la que tenemos que, con plena racionalidad y sin urgencias, hacer.

El papel de la justicia restaurativa —como respuesta sistemática e integral frente al delito— en este punto puede ser decisivo, siendo su finalidad proporcionar una justicia de mayor calidad, a través de la reparación a víctimas, comunidades y también la rehabilitación de los

715. Para consultas, *vid.*, www.ivac.ehu.es. Baste citar como ejemplo las numerosas perspectivas y referencias acreditativas al respecto que hallamos en la publicación realizada en su homenaje, Cuadernos Eguzkilore, IVAC/KREI, n.º 23, 2009. Monográfico en homenaje a Antonio Beristain.

716. *Vid.*, al respecto y análogamente, todo lo relativo a la *Therapeutic jurisprudence*, concepto del que es pionero, y promueve con su trabajo, desde hace décadas, el Prof. David Wexler de la University of Arizona, Rogers College of Law, y la University of Puerto Rico, School of Law. Para consultas, *vid.*, International Network on Therapeutic Jurisprudence. También hay disponible bibliografía al respecto en: www.law.arizona.edu.

delincuentes. Teniendo como base de la metodología el involucrar e incorporar a todos los agentes interesados. Para ello, el proceso ofrece un espacio único, especialmente apropiado, que debe ser acondicionado mediante las exigidas reformas y finalmente concienzudamente aprovechado.

Desde tal perspectiva, es de todo punto deseable que el proceso contemple las diferentes formas de resolución alternativa de conflictos (ADR), al servicio de la justicia restaurativa, si se quiere avanzar en una justicia de calidad, que de forma más eficiente, dará mayor satisfacción —una tutela realmente efectiva— tanto a las partes en un proceso concreto, como en general a la sociedad. Lo que debe ser un objetivo irrenunciable del Poder Judicial de un Estado de derecho, parte inescindible del proceso debido.⁷¹⁷

En definitiva, la víctima de delitos ha pasado en un relativamente breve lapso temporal, de la práctica y generalizada invisibilidad a ocupar una posición procesal central. La mayoría de los estados de nuestro continente ha dotado a la víctima del delito, de un estatus cuyo suelo mínimo común, lo vamos a ver a continuación, ha sido garantizado por la UE.

717. En relación con la justicia restaurativa, el *Code de Procédure Pénale* (CPP) francés, incorpora un art. 10-1, modificado por la Ley n.º 2014-896, de 15 de agosto de 2014, bajo el epígrafe «De la justice restaurative» en los siguientes términos: «Con ocasión de cualquier proceso penal y en todos los estadios del procedimiento, incluida la ejecución la pena, la víctima y el autor de una infracción...pueden verse ante la propuesta de una medida de justicia restaurativa». «Constituye una medida de justicia restaurativa, cualquier medida que permita tanto a la víctima como al autor de una infracción, participar activamente en la resolución de las dificultades o problemas consecuencia de la infracción, y en particular, de la reparación de los perjuicios de cualquier naturaleza consecuencia de su comisión. Dicha medida no podrá acordarse sino una vez que la víctima y el autor de la infracción hayan recibido una información completa al respecto, y hayan consentido expresamente participar en ella. La medida será aplicada por un tercero independiente capacitado al efecto, bajo el control de la autoridad judicial...». Queremos consignar además en este punto una referencia a los fenómenos —surgidos ante situaciones de extrema dificultad, ante los que pueden suponer una alternativa válida, quizá la única— denominados de Justicia transicional, como el caso de Colombia, que se está desarrollando en estos momentos, donde el papel de las víctimas (normalmente colectivos muy numerosos y diversos, generados en un contexto de violencia muy complejo y prolongado en el tiempo) es de primer orden.

II. EL ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA

El marco de referencia es el Espacio Europeo de Justicia, que va adquiriendo fuerza y madurez,⁷¹⁸ y con ellas efectividad, marco que consideramos un ejemplo, a escala, que ilustra perfectamente lo que podría ser la globalización que muchos propugnamos como solución a algunos de los más graves problemas que aquejan a la humanidad. Hablamos de un fenómeno reciente, que prácticamente arranca con el nuevo milenio, nos referimos por tanto a disposiciones nuevas y a una fase temprana, cuasi-experimental, cuyos resultados deberán ser analizados con una perspectiva temporal de la que todavía carecemos.

El Espacio Europeo de Justicia —de complejo punto de partida donde los haya dados los múltiples idiomas, los numerosos países y legislaciones, las diferentes culturas y culturas jurídicas, etc.— va adquiriendo fuerza, consistencia y efectividad y permite, cada vez de manera más integral la cooperación judicial basada en el reconocimiento y confianza recíprocos, lo que posibilita que las resoluciones de un estado puedan ser ejecutadas en otro, o que medidas cautelares (patrimoniales o personales) decretadas por un estado, puedan ser materializadas en otro, así como el intercambio de información (*v. gr.*, ficheros con perfiles de ADN). El Derecho procesal intenta acomodarse a la realidad subyacente, y todo ello porque existe un sustrato básico compartido que hace que la actividad jurisdiccional y los sujetos que la llevan a cabo, lo hagan en la aplicación de parámetros por todos reconocidos como adecuados y correctos en la resolución de conflictos, propios y característicos de un estado de derecho. Menciono algunos: jueces independientes, imparciales y responsables, procesos públicos y contradictorios, ciudadanos a los que se garantiza la tutela judicial efectiva.⁷¹⁹ Esto no es así en la

718. *Vid.*, específicamente la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 2000 y el Tratado de Lisboa de 2007, que la hace vinculante.

719. *Vid.*, ESPARZA LEIBAR, I., Artículo 47: El derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial o el proceso debido como garantía de los derechos de los ciudadanos y de la viabilidad de la Unión Europea. En la obra colectiva: La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español. Europar Batasunaren oinarrizko eskubideen gutuna eta bere isla espainiako ordenamendu juridikoan. Dirigida por ORDEÑANA GEZURAGA, I., Thomson Reuters. Aranzadi, Leizaola Elkargoa, EJ/GV., Pamplona, 2014.

mayor parte del planeta, y en los lugares donde sobre el papel es así, con cierta inaceptable frecuencia, en la práctica adolece de clamorosas lagunas e interesadas excepciones.

Es en este estimulante contexto, fijamos nuestra atención en las víctimas, al respecto, es clave la Directiva 2012/29 del Parlamento europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos cometidos en la UE y en relación con procesos penales tramitados en la UE. Cuya trasposición deberá realizarse antes de terminar el año en curso, en noviembre de 2015.

En definitiva, la UE a través de la concepción y materialización del Espacio Europeo de Justicia, apuesta decididamente por fijar un estatus común y mínimo para todas las víctimas en el proceso penal. Estatus de mínimos basado en la información, la asistencia y la reparación integrales. Lo que sin duda constituye un enorme avance, aunque es también obviamente mejorable, ya que permite la coexistencia de diversos tratamientos, la Directiva a la que nos referimos, no legitima, por ejemplo, a la víctima para constituirse en parte procesal, lo que históricamente sí ha hecho el modelo español.

III. UN EJEMPLO DE PARTIDA Y DOS ESTATUS DISTINTOS. DELITOS COMETIDOS EN ESPAÑA Y EN FRANCIA

El pasado verano la vivienda de un ciudadano francés es objeto de robo con fuerza (*cambriolage*) en la ciudad de Burdeos, al suroeste de Francia. Más o menos en las mismas fechas y en Valladolid se produce una situación análoga. Tenemos por tanto dos víctimas de delito en dos países de la UE cuyos ordenamientos han regulado un sistema de asistencia a las víctimas que cumple las funciones de una red o sistema de seguridad, para evitar su desprotección y su expulsión traumática de la normalidad, sin posibilidad de restauración. Ambos ciudadanos han sido víctima de un delito grave en dos escenarios nacionales dentro de la UE y sobre lo que deseamos informarnos y reflexionar es sobre su

posición, acerca de sus expectativas y estatus frente al poder judicial, en cada caso.

La respuesta nacional es diversa, varía, y no poco dependiendo de dónde estemos. Dinámica, en la medida que se le presta atención y mueve al legislador, y convergente, en cuanto a un estatus mínimo razonable y exigido dentro del espacio judicial europeo.⁷²⁰

En España. Si los hechos hubieran ocurrido en España, la víctima podría constituirse como parte plenamente autónoma, acusación particular, con la consiguiente posibilidad de tener una estrategia y táctica procesales propias, no supeditadas a la de la acusación pública sustentada por el MF. Seguramente este el máximo al que la víctima puede aspirar en relación con la actividad procesal, por lo que España constituiría a nivel internacional un ejemplo teórico tan bueno como infrecuente.

Conceptualmente, y pese a que la LECRIM es promulgada en 1882, el diseño es difícil de superar. A la víctima se le dota de un estatus procesal máximo lo que facilitaría significativamente la consecución de una tutela judicial efectiva. Es preciso, no obstante, constatar que otro tipo de circunstancias y factores pueden afectar al objetivo mencionado, incluso hacerlo peligrar. Me refiero por ejemplo a una duración excesiva de los procesos (por múltiples causas) o a la inexistencia o insuficiencia de medidas de ADR que faciliten la recuperación integral (psicológica, patrimonial, etc.) de la víctima. Por lo que su importancia se revela máxima.

En Francia.⁷²¹ Se activaría lo establecido básicamente en el Código Procesal Penal de 1959, lo que constituye el punto de partida, que refleja un sistema en el que el juez de instrucción constituye una figura central a quien se atribuye la investigación de los delitos.

720. Contextualmente, y es importante ya que puede ser causa y es también consecuencia (comportándose como un círculo vicioso) del fracaso del sistema de justicia, en España estamos en un momento crítico, de una alarmante falta de medios, sin iniciativas legislativas de suficiente envergadura y con la consideración del Poder Judicial en mínimos históricos por parte de los ciudadanos.

721. La información ha sido obtenida y está disponible en la página web legifrance.gouv.fr, editada por el Gobierno francés.

El *Code de Procédure Pénale* (en lo sucesivo CPP) francés, es la norma clave que posibilita la materialización del estatus de la víctima del delito en el proceso penal. El CPP tiene su origen en el Código de Instrucción Criminal de 1808, que entró en vigor el primero de enero de 1811. Incesante e intensamente modificado, el CPP vigente, entró en vigor el 2 de marzo de 1959, una vez acomodado a la vigente Constitución francesa de 1958 que, a diferencia de lo que ocurre en España, no se refiere sino muy excepcionalmente a los derechos fundamentales y a las garantías procesales en torno a las que se construye el proceso penal. El texto vigente consta de más de mil artículos (contando los que han sido duplicados) gran cantidad de los cuales han sido modificados, muchos de ellos en varias ocasiones.

El CPP diseña un proceso penal estándar para la época y la tradición jurídica continental, un proceso que, en la actualidad y tras sucesivas reformas, no plantea fricciones con las exigencias del TEDH, que por tanto preserva todos los derechos y garantías exigibles al proceso penal de un Estado de derecho, como es Francia. Se trata en suma de un proceso respetuoso con el principio del proceso debido, algunos de cuyos aspectos esenciales son:

1. Monopolio en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Fiscal.
2. Existencia de un juez instructor, encargado de la investigación, previa a la fase de juicio oral. Juicio oral que estará a cargo de un órgano jurisdiccional diferente.
3. Presunción de inocencia, derecho a la defensa.
4. Principios procesales de contradicción, igualdad, celeridad y publicidad.
5. Específicamente en lo que a la víctima del delito concierne, esta empieza a dejar de ser invisible y se constituye como un sujeto procesal con perfil propio, pero sin alcanzar el estatus de parte procesal, como ocurre en España.

IV. LÍNEAS BÁSICAS DE LA REFORMA EN FRANCIA. EL INFORME LÉGER DE 2009

En la parte que nos ocupa, es decir en lo que a la víctima del delito se refiere, manifiesta la Comisión la necesidad de garantizar y reforzar a todo lo largo de la investigación los derechos del imputado y de la víctima, cuyo estatus ya se consolidó mediante la reforma del año 2000.

Ante el cambio de modelo evaluado por el informe, que conllevaría la desaparición del juez de Instrucción, la Comisión enfatiza que la supresión de la instrucción no debe en ningún caso entrañar una minoración de los derechos del imputado o de la víctima durante el procedimiento preliminar; es más entiende esta que un proceso penal moderno y equilibrado justifica un respeto acrecentado del fundamental principio de contradicción, por lo que se propone un proceso en el que las partes puedan beneficiarse con mayor amplitud de los derechos derivados de dicho principio.

Es muy relevante que en el diseño del nuevo estatus de la víctima, la propia Comisión establece que no se debe perder de vista al imputado, ya que ni puede ni debe construirse a su costa. Sería un grave error reforzar la posición de la víctima, mediante la erosión de la posición del imputado, lo que rompería de manera inaceptable el equilibrio que debe caracterizar una correcta relación procesal.

En relación específicamente con la víctima, entiende la Comisión que sus derechos deben ser igual e integralmente protegidos, los tres pilares sobre los que se debe sustentar su estatus serían la información exhaustiva y fácilmente accesible, la intervención efectiva en el proceso o participación en el mismo, y, finalmente, la protección, personal o patrimonial, adecuada.

En el caso de Francia, es cardinal la posibilidad para toda víctima de desencadenar una investigación —y la correlativa de acudir a la jurisdicción si la investigación no se iniciara por la fiscalía, pudiendo el juez ordenar al representante del MF que investigue— que será dirigida, eso sí, por el juez de Instrucción o el MF, con derecho a impugnar la resolución del mismo cuando esta sea, tras la investigación, de archivo.

La víctima podrá constituirse como parte —en la forma y con los límites que veremos— en la investigación y beneficiarse de los derechos derivados de la plena contradicción y del derecho a la defensa.

En suma, los derechos de las partes se verán así reforzados dado que podrán interponer sus pretensiones con facilidad ante un juez ajeno a la dirección de la investigación, cuyas resoluciones podrán imponerse al MF y, a su vez, ser objeto de apelación ante un tribunal colegiado.

El reforzamiento de los derechos de las partes civiles en la fase de enjuiciamiento es también objeto de atención por parte de la Comisión. Constatado el hecho de que la víctima tiene un estatus real en el proceso penal, a todo lo largo de su desarrollo. Se observa que durante el juicio oral la víctima puede constituirse como parte civil, asistida por un abogado, pudiendo intervenir en tal calidad de forma integral. Por el contrario, le está vedado recurrir las disposiciones de las resoluciones que se refieran a aspectos penales, cuestión criticada por diversas asociaciones de víctimas, que lo califican de vulneración del principio de igualdad de armas.

La Comisión se planteó a este respecto la ampliación del derecho a apelar de la parte civil, en relación con las disposiciones de naturaleza penal de una resolución. No obstante, se estimó que ello constituiría un profundo cambio que vendría a alterar el equilibrio existente en el proceso, generando graves problemas prácticos. Por ello, la mayoría de los integrantes de la Comisión rechazó dicha posibilidad, constatando (al comparar la situación francesa con la de otros sistemas europeos) que la legislación francesa ya garantiza un estatus relevante a la víctima, solamente superado por el sistema español en el que el estatus de la víctima es aún más completo ya que se puede constituir también como parte penal.

La justicia penal francesa se fundó inicialmente en un sistema acusatorio en el que el derecho de acción pertenecía al lesionado por el hecho delictivo. La evolución histórica ha llevado a un sistema, por otra parte muy generalizado, basado en el ejercicio de la acción penal exclusivamente por parte del MF a quien corresponde la defensa del interés general (art. 1 CPP). En dicho sistema, a la víctima le queda, como parte en el proceso penal, el ejercicio de la acción civil y un rol,

que solo cabe calificar de secundario o residual, en relación con la acción pública.

No obstante, la Comisión formula algunas propuestas, que podríamos calificar de menores, tendentes a incrementar los derechos de la víctima tras la fase de juicio oral. *V. gr.*, la obligación de informar a la parte civil de la fecha de la vista del recurso de apelación, aunque el contenido civil de la resolución recurrida no haya sido objeto de impugnación.

Tras las propuestas de la Comisión Léger, la reflexión surgida como consecuencia de la eventualidad de un cambio de modelo procesal, y las disposiciones europeas relativas específicamente a la víctima de delitos, el ordenamiento francés materializa su estatus, y la gestión del mismo, en los siguientes términos.

V. EL ESTATUS DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS EN EL ORDENAMIENTO FRANCÉS

Por lo que a la regulación vigente concierne, encontramos que la ayuda a las víctimas en el proceso penal constituye, decididamente desde el año 2000, una de las prioridades de la política penal llevada a cabo por el Ministerio de Justicia y de las Libertades. De tal manera que la Ley para reforzar la protección de la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas, de 15 de junio (publicada en el JORF el de 16 de junio de 2000), establece que la autoridad judicial velará en todo momento para que se garantice la información y los demás derechos de las víctimas, en el curso de cualquier proceso penal.⁷²²

Queremos destacar cuatro pilares principales sobre los que se construye y asienta el estatus de la víctima en el proceso penal del vecino galo:

722. La mencionada Ley n.º 2000-516 de 15 de junio de 2000, *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, modificó numerosos preceptos del CPP. En tal sentido y complementariamente, incluso el juramento pronunciado por los jurados de la *Cour d' Assises*, fue modificado y adaptado, para completarlo con una referencia explícita a los intereses de las víctimas.

1. El derecho a activar la persecución y de asociarse con tal finalidad.
2. El derecho a ser informado y a intervenir en el proceso.
3. El derecho a la indemnización de las víctimas de delitos.
4. Otros elementos relevantes: El juez para las víctimas (JUDEVÍ).

Las oficinas de asistencia y las asociaciones de ayuda a las víctimas de delitos. La protección de la imagen de las víctimas.

Vamos a analizarlos uno por uno.

1. El derecho a activar la persecución y de asociarse con tal finalidad

Las distintas modalidades para desencadenar el proceso por parte de la víctima, que contempla el CPP son:

a) La denuncia simple

En lo sucesivo, con la finalidad de simplificar los trámites a las víctimas, estas podrán presentar una denuncia en cualquier sede de la policía judicial, sea cual fuere el lugar en el que la infracción hubiera sido cometida. Corresponde a los agentes de policía o a los gendarmes, residenciar la denuncia ante el órgano jurisdiccional competente. Dicha denuncia y la investigación subsiguiente, que eventualmente se haya practicado, serán sometidas al Ministerio Fiscal, quien podrá archivar el asunto o perseguir al presunto autor de los hechos ante el tribunal que sea competente.⁷²³

723. *Vid.*, artículo 15.3 CPP. (Modificado por la Ley n.º 2004-204, de 9 de marzo de 2004 - art. 207 (V) JORF 10 de marzo de 2004, en vigor el 31 diciembre de 2007): «La police judiciaire est tenue de recevoir les plaintes déposées par les victimes d'infractions à la loi pénale et de les transmettre, le cas échéant, au service ou à l'unité de police judiciaire territorialement compétent. Tout dépôt de plainte fait l'objet d'un procès-verbal et donne lieu à la délivrance immédiate d'un récépissé à la victime. Si elle en fait la demande, une copie du procès-verbal lui est immédiatement remise».

b) La citación directa del autor

En caso de inacción por parte del fiscal o de una decisión suya de archivo, o también de forma directa, la víctima puede desencadenar la persecución penal acudiendo al tribunal mediante la citación directa del autor.

En este caso, la víctima se dirigirá al secretario del tribunal del lugar de comisión de la infracción o del lugar donde radique el domicilio del supuesto autor de la misma. El secretario le indicará una fecha para la audiencia para la que la víctima deberá hacer citar al autor por medio de un funcionario de justicia.

La víctima que no se beneficie de asistencia jurídica gratuita deberá consignar —bajo sanción de inadmisión— una suma fijada por el tribunal destinada a servir de garantía en el caso de que se haya actuado de manera abusiva.

Este procedimiento implica que el supuesto autor esté identificado, sea mayor de edad, y exige además que los hechos no revistan especial complicación y que los elementos de prueba, no controvertidos, estén a disposición de la víctima.

Si los hechos fueran de mayor gravedad o fuera preciso llevar a cabo una investigación, sería necesaria la tramitación de una instrucción.

c) Denuncia de la víctima y constitución como parte civil

Para ello, la víctima deberá dirigir una carta certificada con acuse de recibo al decano de los jueces de instrucción del *Tribunal de Grande Instance*, en cuya circunscripción hubiera sido cometida la infracción o en la que esté el domicilio del supuesto autor. En ella pondrá de manifiesto, de manera inequívoca, su voluntad de constituirse como parte civil.

La víctima podrá igualmente asociarse a la persecución desencadenada por el ministerio fiscal hasta el día de la vista, constituyéndose como parte civil tanto ante el juez de instrucción como ante el órgano jurisdiccional de enjuiciamiento.⁷²⁴

724. Si lo hiciera durante la investigación, requerirá el acuerdo del fiscal. Si lo hiciera antes de la vista, se dirigirá al secretario quien convocará a la víctima mediante

De esta forma se permite a la víctima la actuación como parte procesal integral, aunque limitada su intervención al objeto civil del proceso.⁷²⁵

2. El derecho a ser informado y a intervenir en el proceso

Antes de iniciarse un proceso en particular, podríamos decir que se trata de información preprocesal, existe una campaña activa de Información masiva —muy accesible y pedagógica, dirigida a la ciudadanía— por parte del Ministerio de Justicia y de las Libertades, con enlaces específicos en su página web y edición de guías con información pormenorizada, específicamente orientada a la ilustración del estatus de las víctimas de delitos.⁷²⁶

También la policía judicial (Gendarmería y Policía) y la autoridad judicial están obligadas a informar a las víctimas de sus derechos.

Ya en relación con un proceso en concreto y una víctima en particular, no ya potencial sino actual, y especialmente en relación con el derecho a desencadenar y a actuar en el proceso como parte civil con el objeto de obtener la reparación del perjuicio sufrido, la víctima será convenientemente informada por las autoridades e instituciones obligadas a ello.

Durante el procedimiento preliminar, el juez de Instrucción deberá informar a la víctima de la evolución y avance de la investigación, y deberá hacerlo cada seis meses. Además, una vez constituidas como

carta certificada con acuse de recibo o un telefax, con 24 horas de antelación antes de la vista. Finalmente, el mismo día de la vista podrá hacerlo, compareciendo personalmente ante el tribunal o haciéndose representar por un abogado.

725. Al respecto, *vid.* arts. 2 y ss., también el art. 418 todos ellos CPP.

726. *Publication du Ministère de la Justice et des Libertés. Guide enrichi des victimes. Rédaction: Secrétariat général (Dicom / Sadjav). Coordination: Dicom / Benoît Hervouët. Mise en forme / e-publication: Laboratoire de normologie, linguistique et informatique juridique (LNLI), Institut de recherche juridique de la Sorbonne, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne (Paul Le Cannu, Jean Gasnault, Stéphane Roux, Anne-Laure Stérin). Crédits photos: Ministère de la Justice et des Libertés / Dicom / Caroline Montagné / Chrystèle Lacène. Avril 2012.*

parte civil, las víctimas disponen de un derecho de supervisión (*droit de regard*) sobre la duración de la instrucción. Al respecto, el magistrado instructor deberá informar, desde el inicio de la instrucción y cada seis meses, sobre su previsible duración. En el caso de que se sobrepasara la misma, podrá acudir al órgano jurisdiccional (*Chambre de l'instruction*) competente.

La víctima, constituida en parte civil, debe saber además que puede también solicitar la práctica o realización de actuaciones singulares, confrontaciones, informes periciales, inspecciones, registros, con el objeto de reforzar y hacer valer sus argumentos con respecto a la defensa o al juez de Instrucción. Igualmente y durante la vista podrán interrogar directamente a los testigos.

En suma, la posición procesal de la víctima constituida en parte civil, al igual que la de la defensa, le permite ejercitar los mismos derechos de los que el ordenamiento pone a disposición del Ministerio Fiscal, en lo que supone la materialización del principio de igualdad de armas procesales.

3. El derecho a la indemnización de las víctimas de delitos

Somos de la opinión de que el derecho a la indemnización constituye un elemento especialmente útil, además de esencial, para garantizar la efectividad de la tutela de las víctimas, en el que la universalidad y la celeridad juegan un papel de la máxima relevancia. Al respecto, detectamos que en Francia se realiza un esfuerzo real por lograr la reparación de los daños causados, por materializar la efectividad de las indemnizaciones en plazos de tiempo breves.⁷²⁷ En tal sentido, se crea un dispositivo autónomo, independiente del proceso, al que cabe, como

727. Al respecto, *vid.*, arts. 706-3 y ss., CPP. Art. 706-3: «Cualquier persona que hubiera sufrido un perjuicio resultado de hechos voluntarios o no, que presenten el carácter material de una infracción, podrá obtener la reparación integral de los daños que resultan de los perjuicios causados a la persona...». A continuación el artículo establece las tres condiciones que deben ser reunidas por la víctima para acceder a la mencionada reparación.

veremos, acudir también cuando no hubiera autor conocido, pensado para las víctimas que, como consecuencia de la infracción, quedan en situaciones particularmente graves, quienes podrán solicitar una indemnización ante la Comisión de Indemnización de las Víctimas de Infracciones penales (CIVI), correspondiente.⁷²⁸

Con ocasión del proceso penal, el tribunal debe pronunciarse sobre la culpabilidad del supuesto autor, y no podrá condenarle al pago de daños y perjuicios, salvo que sea declarado culpable. Si la víctima no hubiera reclamado los daños y perjuicios ante la jurisdicción penal, de la forma que hemos visto, podrá hacerlo a través de la vía civil.

La ley prevé asimismo la posibilidad de obtener una indemnización por medio de las ya mencionadas Comisiones de Indemnización de las Víctimas de Infracciones penales (CIVI), radicadas en cada *Tribunal de Grande Instance*, existiendo actualmente 181 en todo el país. Cada CIVI estará integrada por tres personas, de las que dos serán magistrados adscritos al mencionado tribunal, en el que la comisión tiene su sede, además de un tercero en calidad de asesor vinculado a la defensa de los intereses de las víctimas. De tal forma que las víctimas de daños y perjuicios de carácter económico o de daños psicológicos, serán indemnizadas cuando el autor sea desconocido o insolvente.⁷²⁹

La indemnización será total o integral (supuestos de especial gravedad, *v. gr.*, de muerte de un familiar como consecuencia de la comisión de un delito o en el caso de víctimas de trata de seres humanos o de agresiones sexuales), o parcial, en función de las circunstancias que aprecie la CIVI, y cumplidas las condiciones requeridas, básicamente podríamos resumirlas en una situación de falta de recursos económicos que abocarían a la víctima a una situación de vulnerabilidad.⁷³⁰

728. Para las víctimas de accidentes de trabajo, de actos de terrorismo y accidentes de circulación, existen procedimientos específicos para la eventual indemnización.

729. La presidencia de cada una de estas comisiones (CIVI), corresponde al denominado juez para las víctimas (JUDEV), del que nos ocuparemos a continuación. *Vid.*, art. D. 47-6-1 CPP. *Vid.*, también, art. 706-4 CPP.

730. La CIVI, tras las verificaciones pertinentes, residenciará la demanda de indemnización ante los *Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions* (FGTI) quien deberá realizar una propuesta concreta de indemnización en el plazo de 2 meses.

En el caso de que la persona condenada no abonara los daños y perjuicios (incluyendo obviamente los intereses) que le hubieran sido impuestos por sentencia firme, v. gr., por insolvencia, el *Service d'Aide au Recouvrement en faveur des Victimes d'Infractions*, SARVI, proporcionará a la víctima que se hubiera constituido en parte civil una ayuda de cobertura de daños, intereses y otras cantidades, que le permitirá percibir ciertas sumas. Para poder acudir al SARVI, además de otros requisitos de carácter material, deberán haber transcurrido dos meses desde que la resolución condenatoria sea definitiva, y podrá hacerse siempre que no se haya producido el pago voluntario. El abono de las ayudas será integral (para cantidades menores o iguales a 1000 €) o parcial (hasta un máximo de 3000 €), y se verificará en un plazo de dos meses. El SARVI repetirá del condenado y gestionará el cobro total de las cantidades fijadas por la resolución, lo que, de obtenerse, se adjudicará hasta su completa satisfacción, a la víctima.⁷³¹

4. Otros elementos relevantes: el juez para las víctimas (JUDEVI). Las oficinas de asistencia y las asociaciones de ayuda a las víctimas de delitos. La protección de la imagen de las víctimas

Creada la figura por Decreto n.º 2007-1605, de 13 de noviembre de 2007, que entra vigor el 2 de enero de 2008, el juez para las víctimas está concebido como un nuevo actor en el proceso penal cuya principal tarea es procurar la atención integral a las víctimas de delitos, con especial incidencia en la actividad jurisdiccional en relación con la que debe respetar el diseño legal de equilibrio entre los derechos de las partes en ella intervinientes.⁷³²

731. *Vid.*, también, arts. 706-15-1 y ss. CPP. «Toute personne physique qui, s'étant constituée partie civile, a bénéficié d'une décision définitive lui accordant des dommages et intérêts en réparation du préjudice qu'elle a subi du fait d'une infraction pénale, mais qui ne peut pas obtenir une indemnisation en application des articles 706-3 ou 706-14, peut solliciter une aide au recouvrement de ces dommages et intérêts ainsi que des sommes allouées en application des articles 375 ou 475-1». *Vid.*, además, *Publication du Ministère de la Justice et des Libertés. Guide enrichi des victimes, op. cit.*, p. 44.

732. Al respecto, y destacando las reticencias y riesgos que la nueva figura suscita,

En cada demarcación administrativa que constituye el Departamento, concretamente en la sede de los Tribunales de *Grande Instance*, se ubican, desde 2009, con la finalidad de ayudar a las personas perjudicadas por la comisión de delitos —informándolas, acompañándolas y asistiéndolas en el curso del proceso— las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, que tienen habilitado un teléfono específico de información, operativo durante los siete días de la semana.⁷³³

Existe además una tupida red de 177 Asociaciones de Ayuda a las Víctimas, que prestan gratuitamente, y con carácter universal, servicios de información, auxilio, psicológico, social y jurídico. Dichas asociaciones son fruto de la colaboración institucional soportada en la suscripción de convenios y objeto de financiación por parte del Ministerio de Justicia y de las Libertades.⁷³⁴ La mayor parte de las mismas están federadas en el seno de la *Fédération Nationale d'Aide aux Victimes et de Médiation* (INAVEM).

La ley tipifica además una infracción específica de atentado a la dignidad de las víctimas de un delito, mediante la que se trata de proteger su imagen. De tal suerte que si la víctima lo solicitara, y se dieran las circunstancias previstas en la norma, se sancionaría la reproducción de las imágenes que pudieran comportar un atentado a su dignidad.

vid., OTTENHOF, R., «Un nouvel acteur de la justice pénale en France: Le juge des victimes», en Cuadernos Eguzkilore, IVAC/KREI, n.º 23, 2009, pp. 25 y ss. Monográfico en homenaje a Antonio Beristain. Establece el art. D. 47-6-1 CPP, que «El juez delegado para las víctimas velará, respetando el equilibrio de derechos de las partes, por la toma en consideración de los derechos reconocidos por la ley a las víctimas», a tal efecto, ejercerá las funciones jurisdiccionales y de otra naturaleza previstas en la ley (CPP).

733. *Bureaux d'aide aux victimes*, reforzadas por la Ley n.º 2014-896, de 15 de agosto de 2014. *Vid.*, art. 706-15-4, CPP.

734. En 2010, 238.352 víctimas fueron atendidas por dichas asociaciones, que en el mismo año percibieron 10.450.000 € de subvenciones por parte del Ministerio de Justicia y de las Libertades. En ellas prestan servicio juristas y psicólogos específicamente formados en atención a las víctimas. Con el objeto de ayudar a la víctima de una infracción penal, también el representante del Ministerio Fiscal podrá recurrir, con bastante amplitud, a una de estas asociaciones de ayuda, para procurar a la víctima información jurídica adicional, auxilio psicológico, ayuda para la confección de un expediente personalizado que facilite su seguimiento, etc.

VI. CONCLUSIONES

Una inmediata, a la vez que interesante conclusión que de lo visto podríamos extraer, es que cuestiones que pudieran ser calificadas — al menos en apariencia — de periféricas o de segundo nivel, podrían hacer que el más ventajoso estatus conceptual posible de la víctima desde la perspectiva del Derecho procesal, *v. gr.*, el existente en España, sea compensado, e incluso superado en efectividad, por una más eficaz gestión de la actividad jurisdiccional en su integridad.

Debe ser destacada la circunstancia, que hemos constatado fehacientemente, de que en Francia se produce una clara apuesta, un compromiso institucional real —y correlativamente se allegan recursos públicos de manera más que simbólica— para garantizar la celeridad, la atención integral y la materialización sin tardanza de indemnizaciones, en relación con las víctimas de delitos.

Se crea en el país vecino un entramado de organismos que, de forma complementaria y sistemática, actúan coordinadamente y en estrecha colaboración con los tribunales, incluso integrados en ellos, con el único y declarado objetivo de garantizar una asistencia integral y efectiva (lo que incluye evidentemente que sea rápida, y esto es crucial) a las víctimas de delitos.

Adicionalmente, también se impulsan en Francia formas de justicia restaurativa dirigida tanto a las víctimas como a los infractores, a la sociedad por tanto como destinataria final de una justicia que se pretende que sea de calidad. Se intenta promover la implicación de todos los agentes involucrados en la búsqueda de soluciones, para ello se fomenta su participación activa en la resolución del conflicto, y de sus incidencias, mediante medidas de justicia restaurativa. En nuestra opinión una condición previa, un presupuesto que permitiera algo parecido, sería el correcto funcionamiento de la administración de justicia, lo que en nuestro país es, a día de hoy, cuando menos discutible.

Uno de los problemas en lo que a España concierne es, a nuestro juicio, la obsoleta LECRIM de 1882, que no contiene un modelo claro, que consecuentemente genera confusión y que no es —el acuerdo al

respecto es muy amplio e incluye a la primera autoridad judicial del país, el presidente del TS y del CGPJ— en absoluto eficiente. «Tan obvia resulta la obsolescencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que el clamor unánime en favor de su sustitución por un nuevo texto legal haría vana una detallada exposición de los argumentos justificativos de la decisión de emprender la reforma». Se afirma contundentemente en la exposición de motivos de la Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Todo ello tiene, sin ninguna duda, repercusiones directas en relación con las víctimas de delitos.

Tenemos un problema de base, el instrumento, la LECRIM vigente, que no solo nos impide, o por lo menos dificulta seriamente, innovar y ser punteros, también nos impide ser eficientes y ello incide, entre otras muchas cuestiones de gran relevancia, en el tratamiento y correcta gestión de los derechos de las víctimas de delitos, que también se verán directamente afectadas en la medida en que, a diferencia de lo que hemos visto que ocurre en Francia, no se alleguen recursos humanos, normativos y de otra naturaleza, además obviamente, de medios económicos para su correcta atención.

Una nueva y buena LECRIM es una cuestión estratégica. La sensibilización al respecto de las víctimas deja de ser suficiente cuando no se le proporciona el debido cauce. Sin un buen instrumento al que se garantice un correcto mantenimiento, y sin una dotación real suficiente, la atención a las víctimas no va a ser eficiente, no nos podemos engañar al respecto, y ello repercutirá en la generación de frustración en los ciudadanos, en los que se han alentado expectativas, y descrédito para el poder judicial y las demás instituciones que sustentan el estado de derecho. De manera que el coste de no afrontar la cuestión correctamente será inconmensurable y socialmente inasumible.

Para concluir, queremos manifestar que en nuestra opinión, las medidas adoptadas a lo largo de los últimos años en Francia, en materia de asistencia efectiva a las víctimas de delitos, incluidas las de justicia restaurativa, evidencian la convicción al respecto por parte del legislador y de los demás poderes públicos. Son, sin duda, el resultado de

un compromiso real con la calidad de la justicia. Tienen además un notable interés como constitutivas de un buen ejemplo a considerar, una opción válida, de entre las posibles que el Derecho comparado nos muestra.

LOS MECANISMOS DE ACTIVACIÓN DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UN PASO PREVIO AL ENJUICIAMIENTO DE LOS GRANDES CRIMINALES

PROF.^a DR.^a KATIXA ETXEBARRIA ESTANKONA

Profesora de Derecho Procesal

UPVEHU

SUMARIO: I. EL CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 1. La creación de la Corte Penal Internacional. 2. El principio de complementariedad.- II. EL DESPLIEGUE DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS MECANISMOS DE ACTIVACIÓN. 1. La jurisdicción. *a) Una precisión terminológica previa. b) Dimensión material. c) Dimensión temporal. d) Dimensión personal y territorial* 2. Los mecanismos de activación de la jurisdicción. *a) Algunas cuestiones previas. b) La remisión de una situación por parte de un Estado. c) La remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. d) La investigación motu proprio del fiscal.*- III. SITUACIONES REMITIDAS O COMUNICADAS OBJETO DE JURISDICCIÓN DE LA CPI. 1. Las comunicaciones y remisiones recibidas por la CPI. 2. Remisiones realizadas por Estados Parte del EstCPI. 3. Remisiones realizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 4. Investigaciones iniciadas *motu proprio* por el fiscal.- IV. UNA REFLEXIÓN FINAL.

I. EL CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. La creación de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional —en adelante, CPI—, establecida mediante el Estatuto de Roma de 17 de julio 1998 y en funcionamiento desde el 1 de julio de 2002,⁷³⁵ constituye el primer Tribunal de la historia de carácter permanente con competencia para juzgar los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional.⁷³⁶ Su creación puso punto y final a una serie de negociaciones y arduo trabajo dirigido a la instauración de una jurisdicción penal internacional con el cometido de juzgar los mayores responsables de crímenes internacionales, tratando de evitar, en la medida de lo posible, su impunidad. Ciertamente, el Estatuto de la CPI —en adelante, EstCPI— constituye, por primera vez en la historia de las jurisdicciones penales internacionales, un tratado internacional multilateral de carácter universal en cuyo proceso de adopción ha intervenido una amplia representación de los distintos sujetos y actores de la sociedad internacional.⁷³⁷

735. Tras la ratificación del EstCPI por parte de 60 Estados, de acuerdo al art. 126. Este último establece que «entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión». Actualmente, 123 Estados forman parte del EstCPI, entre los que no están países como EE. UU., China o Rusia. Puede consultarse eno puede consultarse ende consultuaci Estados puede condlesponsabilidad de quienes hubieran estado involucrados: http://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx.

736. En palabras de HEBEL, HERMAN V., ROBINSON, DARRYL, «Crimes within the jurisdiction of the Court», AA. VV. (ed. LEE ROY, S.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 104.

737. Así lo manifiesta, JIMÉNEZ GARCÍA, FRANCISCO, «La Corte Penal Internacional», AA. VV. (coord. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, CARLOS), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dillex, Madrid, 2007, p. 450. El autor pone de relieve que la CPI no ha supuesto «una solución de emergencia adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o el instrumento judicial de los Estados ven-

Si bien es cierto que tradicionalmente el Derecho penal ha sido una cuestión de competencia nacional, la comunidad internacional ha ido tomando conciencia de que es necesaria una jurisdicción penal ejercida por organismos internacionales que tengan como cometido la protección de los derechos humanos. Efectivamente, los hechos acaecidos a finales del siglo XIX y principios del XX, el periodo de guerras y el nacimiento del Derecho Internacional Humanitario, crean el caldo de cultivo que da origen al debate en torno de la creación de un Tribunal Penal Internacional. Precisamente, a finales ya del siglo XIX, en sesión de 3 de enero de 1872, el presidente del Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos, Gustave Moynier, hace una propuesta de modelo de Tribunal que ayude a poner fin a los diferentes celos de los Estados ante una jurisdicción de ámbito internacional.⁷³⁸

Sin embargo, el proceso de construcción de la citada jurisdicción tiene su punto de inflexión tras la Primera Guerra Mundial, debido, principalmente, a las atrocidades cometidas durante este periodo bélico. La cruda realidad muestra el sistemático incumplimiento de los usos de guerra y acentúa la necesidad de poner fin a esta situación. En consecuencia, el término de la Primera Guerra Mundial trae consigo la creación de cuatro tribunales dirigidos a juzgar los crímenes de Derecho internacional cometidos, y de cinco comisiones de investigación.⁷³⁹ Así, se instituye la *Comisión sobre la responsabilidad*

cedores de un determinado conflicto bélico internacional para depurar las responsabilidades penales de los vencidos».

738. PETIT DE GABRIEL, EULALIA W., «La propuesta del Tribunal Penal Internacional de Gustave Moynier, un proyecto antiguo recientemente rescatado (1872-1998)», AA. VV. (coord. CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO), *La criminalización de la barbarie. La corte penal internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 29-88. El proyecto de Moynier de 1872 propone establecer una instancia judicial internacional dirigida a aplicar directamente sobre los individuos las normas del derecho internacional humanitario en aquellos momentos en que la Cruz Roja comenzaba a llevar a cabo su labor humanitaria. Sobre este proyecto, *vid.* también, HALL, CHRISTOPHER K., «La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 23, n.º 145, pp. 63-68.

739. Lo relata, BASSIOUNI, M. CHERIF, *The statute of the International Criminal Court. A documentary history*, Transnational Publishers, Nueva York, 1998, pp. 3-35.

de los autores de la guerra y sobre la aplicación de penas por la violación de las leyes y costumbres de la guerra de 1919, que constituye el primer órgano con funciones relativas al esclarecimiento de hechos que pudieran constituir quebrantamiento de las leyes y costumbres de guerra, así como la determinación de las posibles responsabilidades. Por otra parte, el mismo debía resolver sobre la necesidad de constituir un Tribunal de enjuiciamiento para los crímenes cometidos. En su informe de 29 de marzo de 1919, realiza una propuesta de un Tribunal —*High Court*— de vencedores sobre vencidos.⁷⁴⁰ Este órgano tendría competencia para juzgar sobre violaciones de leyes y costumbres de guerra y leyes de humanidad, aplicando los principios del Derecho de las Naciones resultante de los usos establecidos entre los pueblos civilizados, de las normas de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.⁷⁴¹ La propuesta de *High Court* apuntaba, no a una jurisdicción exclusiva, sino a otra de carácter complementario, que llevaría a cabo su labor junto con los tribunales nacionales de cada Estado. Aunque, finalmente, la iniciativa se viera truncada, es innegable la influencia de la labor realizada por esta comisión en el Tratado de Paz de Versalles⁷⁴² que, a través de sus arts. 227-230, estableció las bases para la persecución del emperador Guillermo II, así como el enjuiciamiento por un TPI de los criminales de guerra alemanes por las barbaries cometidas durante la Primera Guerra Mundial. No obstante, la idea tampoco tuvo éxito, abandonándose, definitivamente, tras la abdicación y huida del káiser a los Países Bajos, estado neutral, que rehusó su entrega.

740. Su composición era de veintidós miembros, de los cuales, tres provenían de las cinco potencias vencedoras, siendo el resto de los gobiernos aliados, con un miembro cada uno.

741. *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, compiled by the UNWCC, Londres, His Majesty's Stationery Officer, 1948.

742. Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919.

Al final de la Segunda Guerra Mundial, se crean los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg⁷⁴³ y Tokio,⁷⁴⁴ con el objetivo de juzgar a los principales responsables alemanes y japoneses acusados de la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. A pesar de que ambos órganos jurisdiccionales supusieron un hito en la lucha contra los autores de los más graves crímenes contra la humanidad, tomando como base, por primera vez, normas de carácter internacional y no los ordenamientos nacionales, fueron dura-

743. En virtud del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945. Entre la ingente bibliografía sobre este Tribunal y los juicios llevados a cabo, destacamos CONOT, ROBERT E., *Justice at Nuremberg*, Harper & Row, Nueva York, 1983, INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945-1 October 1946*, Nuremberg, Alemania, 1947, KNIERIEM, AUGUST V., *The Nuremberg trials*, H. Regnery Co., Chicago, 1959, PERSICO, JOSEPH E., *Nuremberg. Infamy on trial*, Viking, Nueva York, 1994, SAFFERLING, CHRISTOPH J. M., «Los procesos de Núremberg», AA. VV. (coord. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, PABLO), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 161-175, SMITH, BRADLEY F., *Reaching judgment at Nuremberg*, Basic Books, Nueva York 1977, SMITH, BRADLEY F., *The American Road to Nuremberg: The Documentary Record, 1944-1945*, Hoover Institution Press, Standford 1982, TUSA, ANN., TUSA, JOHN., *The Nuremberg Trial*, Atheneum, Nueva York, 1984, VAGTS, DETLEV, «Hébert, Valerie Geneviève. Hitler's Generals on Trial: The Last War Crimes Tribunal at Nuremberg», *American Journal of International Law*, vol. 104, n.º 3, 2010, pp. 548-549 y ZAYAS, ALFRED MAURICE D., «El proceso de Nuremberg ante el tribunal militar internacional (1945-1946)», AA. VV. (ed. DEMANDT, ALEXANDER), *Los grandes procesos. Derecho y poder en la Historia*, Crítica, 1993, pp. 234-255.

744. En virtud del Acuerdo de Tokio de 19 de enero de 1946. Para un análisis en mayor profundidad de este tribunal, así como de los juicios llevados a cabo, pueden consultarse, MINEAR, RICHARD H., *Victors' justice; the Tokyo war crimes trial*, Princeton University Press, Princeton 1971, PRITCHARD, R. JOHN, ZAIDE, SONIA M., WATT, DONALD CAMERON, «The Tokyo war crimes trial», AA. VV., Garland Pub., Nueva York, 1981, RYAN, ALLAN A., *Yamashita's ghost: war crimes, Mac Arthur's justice, and command accountability*, University Press of Kansas, Kansas, 2012, TANAKA, TOSHIYUKI, MCCORMACK, TIMOTHY L. H., SIMPSON, GERRY J., *Beyond victor's justice? The Tokyo War Crimes Trial revisited*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, RÖLING, BERNARD V. A., CASSESE, ANTONIO, *The Tokyo Trial and Beyond: Reflections of a Peacemaker*, Polity Press, Cambridge 1994 y TOTANI, YUMA, *The Tokyo war crimes trial: the pursuit of justice in the wake of World War II*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

mente criticados al tratarse de tribunales impuestos por los vencedores contra los vencidos.⁷⁴⁵

Varias décadas más tarde, se crean otros Tribunales Penales Internacionales con jurisdicción para la persecución y castigo de la comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. En el año 1993 se instaura el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y, un año más tarde, en 1994, el Tribunal Penal para Ruanda.⁷⁴⁶ A ellos, les han seguido los Tribunales Penales Internacionales de carácter mixto de Kosovo,⁷⁴⁷ Timor Oriental,⁷⁴⁸ Camboya,⁷⁴⁹ Sierra Leona⁷⁵⁰ y Líbano,

745. A las aportaciones de estos dos tribunales hace alusión SANDOVAL MESA, JAIME A., «El desarrollo de la competencia internacional: primeros aportes desde Nüremberg y Tokio», *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 15, n.º 29, 2012, pp. 35-55.

746. Ambos tribunales *ad hoc* fueron creados en virtud de sendas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la antigua Yugoslavia, Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, y Ruanda, Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre. En relación a las cuestiones generales, su creación, organización, y elementos procesales de los citados Tribunales, resulta interesante, BELTRÁN MONTOLIU, ANA, *Los Tribunales Penales Internacionales «ad hoc» para la ex Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y reglas de procedimiento y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Resultan también interesantes, para un estudio en mayor profundidad, BASSIOUNI, M. CHERIF, MANIKAS, PETER, *The law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, Irvington-on-Hudson, Nueva York, 1996, IRIGOIN BARRENNE, JEANETTE, «La Corte Penal Internacional. Diferencias y similitudes con los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda», *op. cit.*, pp. 401-405, LESCURE, KARINE, TRINTIGNAC, FLORENCE, *International justice for former Yugoslavia. The working of the International Criminal Tribunal of the Hague*, Kluwer Law International, Boston, 1996 y SCHABAS, WILLIAM A., *The UN international criminal tribunals. The former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

747. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolvió el 10 de junio de 1999 (en su sesión 4011) autorizar al Secretario General de las Naciones Unidas el establecimiento de presencia civil internacional en Kosovo.

748. La Resolución 2000/15, de 6 de junio de 2000, sobre el establecimiento de un Tribunal con jurisdicción exclusiva sobre crímenes graves, creó el Tribunal Especial para Timor Oriental.

749. El Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya, de 6 de mayo de 2003, relativo al enjuiciamiento por las leyes camboyanas de los crímenes cometidos durante el período del Camboya democrático, estableció el Tribunal Especial Internacional para Camboya.

750. Es fruto del Acuerdo internacional entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, acerca del establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona,

con un carácter mixto, en cuanto cuentan, por un lado, con un elemento internacional y otro nacional.^{751, 752} Mientras que los Tribunales Penales Internacionales de Kosovo y Timor Oriental fueron creados por la Misión de las Naciones Unidas destinada en aquellas zonas, por su parte, los Tribunales Penales Internacionales para Camboya, Sierra Leona y Líbano son producto del acuerdo entre el Secretario General de las Naciones Unidas y los Estados afectados.⁷⁵³

No obstante, es preciso puntualizar que todos ellos han sido órganos jurisdiccionales internacionales carentes de permanencia, creados únicamente para crímenes y violaciones cometidos en lugares concretos y momentos concretos. Es por ello que la necesidad de crear un órgano con jurisdicción universal y con un carácter de permanencia para la investigación, enjuiciamiento y castigo de los crímenes más graves a nivel internacional se ha mantenido tras su creación.⁷⁵⁴ Y a esta necesidad

de 16 de enero de 2002, firmado en Freetown, de conformidad con la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000.

751. El 30 de mayo de 2007, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, actuando de acuerdo a lo establecido en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, adoptó la Resolución 1757, autorizando la creación del Tribunal Especial para el Líbano.

752. Lo desarrollan, BEIGBEDER, YVES, *International justice against impunity progress and new challenges*, Palgrave Mcmillan, Nueva York, 2011, pp. 113-145, CASSESE, ANTONIO, *International criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 342-343. Precisamente, este tipo de TTPPII se diferencia de los anteriores en que el órgano jurisdiccional está formado tanto por jueces internacionales, como por jueces nacionales, es decir, por jueces procedentes del Estado donde se lleva a cabo el enjuiciamiento.

753. Para un recorrido por estos Tribunales, con un análisis de sus estatutos, así como de sus fortalezas y debilidades, BEIGBEDER, YVES, *International criminal tribunals justice and politics*, op. cit., pp. 107-185. En el mismo sentido, BASSIOUNI, M. CHERIF, *International criminal law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2008, pp. 67-282 y SALINAS ALCEGA, SERGIO, «Los Tribunales Penales Mixtos como instrumentos en la lucha contra la impunidad por la Comisión de Crímenes Internacionales», AA. VV., *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Universidad del País Vasco, Servicio de Publicaciones, Donostia, 2009, pp. 185-240.

754. Una de las cuestiones que llama la atención de todos los Tribunales mencionados hasta el momento es que se trata de Tribunales *ex post facto*, es decir, Tribunales creados en un momento posterior al surgimiento del hecho objeto de enjuiciamiento. Por tal motivo, estarían prohibidos en el ordenamiento jurídico español y, por ende, serían inconstitucionales, en aplicación del art. 117.6 CE. El mencionado artículo recoge el aspecto negativo del principio de juez legal o predeterminado por la ley, cuyo sentido

vino a dar respuesta, precisamente, la firma del EstCPI el 17 de julio de 1998, creando un tribunal constituido como una organización internacional independiente. El EstCPI constituye un acto legislativo de los Estados Parte con alma de acto legislativo de la comunidad internacional;⁷⁵⁵ a través del mismo se crea un sistema de justicia penal interestatal que, por un lado, tipifica aquellas conductas que suponen las más grave amenaza para la paz y la seguridad de la comunidad internacional y, por otro, crea un órgano jurisdiccional internacional permanente con personalidad jurídica propia que complementa las jurisdicciones nacionales, ejercitando el *ius puniendi* de los Estados Parte en nombre de estos.⁷⁵⁶

2. El principio de complementariedad

Realizada una primera aproximación a la importancia de este Tribunal, ahondemos en su finalidad. En este sentido, el propio preámbulo del EstCPI subraya los objetivos básicos de la Corte: el primero de ellos, evitar la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, así como de sus autores; y el segundo lugar, contribuir a la prevención de otros nuevos, procurando garantizar, de este modo, que la justicia internacional sea respetada y

positivo viene previsto por el art. 24.2 CE («Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley...»). Así lo apunta MONTERO AROCA, JUAN, «El juez legal o predeterminado», AA. VV., *Derecho jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 90-94. Ahondan en el estudio de estos Tribunales, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO, «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 11, n.º 31, 1991, pp. 75-124, CÓRDOBA CASTROVERDE, DIEGO, «Algunas cuestiones relativas al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Cuadernos de derecho público*, n.º 10, 2000, pp. 89-112, GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 6, 1996, pp. 13-58 y OLIVA SANTOS, ANDRÉS DE LA, *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1992.

755. OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 80.

756. *Ibid.*, p. 76.

puesta en práctica de forma duradera.⁷⁵⁷ Ahora bien, al mismo tiempo, el texto recuerda a los Estados, que es su deber «ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»,⁷⁵⁸ y destaca que la CPI es «complementaria de las jurisdicciones penales nacionales».⁷⁵⁹ Un elemento subrayable, por tanto, es que la jurisdicción de la CPI tiene un carácter complementario o subsidiario en relación a las jurisdicciones nacionales.⁷⁶⁰ A diferencia de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, que determinaban la primacía de la jurisdicción internacional de ambos órganos frente a la jurisdicción de los tribunales nacionales, el EstCPI declara expresamente el carácter complementario de la jurisdicción de

757. Preámbulo del EstCPI, pfos. 5.º-12.º.

758. *Ibid.*, pfo. 7.º.

759. *Ibid.*, pfo. 11.º.

760. Entre la extensa bibliografía al respecto, destacamos, ALCAIDE FERNÁNDEZ, JOAQUÍN, «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales. ¿Tiempos de 'Ingeniería Jurisdiccional'?», AA. VV. (coord. CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, pp. 383-434, AMBOS, KAI, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2010, BURKE-WHITE, WILLIAM, «Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice», *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n.º 1, 2008, pp. 53-108, FUENTES TORRIJO, XIMENA, «El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, n.º 169, 2011, pp. 119-140, GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ M., «Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales», *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, n.º 82, 2006, pp. 35-62, HOLMES, JOHN T., «Complementarity: National Courts versus the ICC», AA. VV. (ed. CASSESE, ANTONIO, GAETA, PAOLA, JONES, JOHN R. W. D.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 667-686, HOLMES, JOHN T., «The principle of complementarity», AA. VV. (ed. LEE, ROY), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 41-78, KLEFFNER, JANN K., *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford 2008 y OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR, «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar», *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 2, 2013, pp. 47-80.

la Corte.⁷⁶¹ Ello implica que los Estados tienen preferencia para juzgar los crímenes competencia de la CPI y, únicamente, cuando estos no actúen, lo hará, en su lugar, el citado órgano. Son, por tanto, las jurisdicciones nacionales las competentes para llevar a cabo la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes previstos en el EstCPI y, solo cuando esto no sea posible, la CPI desplegará su jurisdicción. Adelantamos, no obstante, que este órgano pueda ejercer su jurisdicción, será preciso que alguno de los entes legitimados para ello, la active. A ello dedicaremos, precisamente, el grueso del presente trabajo.

Como decíamos, el preámbulo y art. 1 EstCPI enuncian el principio de complementariedad al que se somete la jurisdicción de la Corte.⁷⁶² ¿Qué implica el referido principio? Supone que la CPI únicamente puede ejercer su jurisdicción, cuando los Estados Parte no puedan o no quieran enjuiciar los hechos o cuando la investigación o enjuiciamiento realizados tengan como finalidad la sustracción de la persona a la acción de la justicia, consista realmente en una impunidad de facto o se realice en contra de los intereses de la justicia definidos en el estatuto, o se lleve a cabo en un proceso sin las debidas garantías en aras de un juicio justo, de acuerdo a los textos internacionales de protección de los derechos humanos.⁷⁶³ Será, en definitiva, la propia Corte la que determine estos extremos, estableciendo la admisibilidad del asunto,⁷⁶⁴ y com-

761. Así lo recoge el EstCPI, tanto en el preámbulo como en su art. 1. Este último, dice literalmente: «La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales».

762. Sin embargo, a juicio de, JIMÉNEZ GARCÍA, FRANCISCO, «La Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 457, no definen su alcance y operatividad.

763. Si bien es cierto que el EstCPI define la jurisdicción de la Corte como complementaria, hay quien considera que, en realidad, parte de un modelo de jurisdicción subsidiario. Así lo entiende, QUESADA ALCALÁ, CARMEN, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 335. La autora además añade, que el propio EstCPI, en sus art. 17 a 20 crean una red de normas que permiten una interacción entre las jurisdicciones nacionales, garantizado su soberanía y la jurisdicción de la CPI. *Vid., ibid.*, p. 314.

764. Los arts. 17 a 30 EstCPI establecen los criterios de admisibilidad del asunto o de la causa. Desarrolla esta cuestión, ETXEBARRIA ESTANKONA, KATIXA, «El inicio de una investigación por la Corte Penal Internacional: la superación del test de admisibilidad», *RVAP*, n.º 99-100, mayo-diciembre de 2014, pp. 1239-1262.

plemente —nunca sustituya—, a la jurisdicción nacional. Los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados siguen teniendo prioridad en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes cometidos dentro de su ámbito de jurisdicción, por lo que la Corte actuará en la medida en que aquellos no sean capaces o no estén dispuestos a llevar a cabo su cometido.

II. EL DESPLIEGUE DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS MECANISMOS DE ACTIVACIÓN

1. La jurisdicción

a) Una precisión terminológica previa

Antes de proceder al estudio de los mecanismos que ponen en funcionamiento la el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de la CPI, resulta interesante concretar, precisamente, su ámbito de jurisdicción. No obstante, comenzaremos realizando una precisión terminológica. La versión española del EstCPI incluye como sinónimos los términos «jurisdicción» y «competencia», algo que se evidencia desde su art. 1,⁷⁶⁵ en el que comienza haciendo referencia al primero de ellos, es decir, a la jurisdicción. A continuación, el resto de preceptos mencionan el término «competencia» al referirse a la potestad jurisdiccional de la CPI, reservando el de «jurisdicción» para indicar la potestad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales nacionales.⁷⁶⁶

765. El citado precepto dice literalmente: «La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto».

766. OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, *op. cit.*, pp. 132-133, pone de manifiesto el referido extremo, lo que a su juicio, constituye «un importante

Lo cierto es que, tanto se trate de la potestad jurisdiccional de la CPI, como de los Tribunales nacionales, el concepto sigue siendo el mismo: la jurisdicción, entendida como la potestad de «realizar el derecho en el caso concreto juzgado de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado»⁷⁶⁷ o potestad jurisdiccional. La misma es atribuida a los órganos jurisdiccionales en su totalidad, de manera indivisa.⁷⁶⁸ Por su parte, el término «competencia» hace referencia al conjunto de reglas que determina la atribución de un asunto concreto a un órgano jurisdiccional particularizado; son estas las reglas que precisan la clase de órgano o la instancia, entre otros elementos,⁷⁶⁹ tratándose, por tanto, de un concepto más restringido.

Es preciso añadir que la versión española del EstCPI no se corresponde con la utilización del término «jurisdicción» por parte de la versión original en inglés, que hace referencia, en todo momento, a *jurisdiction* y no *venue* (competencia). Por todo ello, resulta lógico interpretar que la utilización del término «competencia» en el EstCPI, en su versión en español, constituye un error, al referirse, en realidad a la «jurisdicción».⁷⁷⁰

Realizada esta precisión terminológica, trataremos de analizar los diferentes ámbitos de jurisdicción de la CPI: su dimensión material, personal, temporal y territorial.

error terminológico en la versión en español del ER». Menciona como ejemplo del error los arts. 17, 18, 19, 21 y 98 EstCPI.

767. Definición aportada por MONTERO AROCA, JUAN, «La noción de jurisdicción y los órganos que la poseen», MONTERO AROCA, JUAN; GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS; BARONA VILAR, SILVIA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 63.

768. En palabras de GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, «Extensión y límites de la jurisdicción y competencia», MONTERO AROCA, JUAN; GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS; BARONA VILAR, SILVIA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*, *op. cit.*, p. 182.

769. *Ibid.*, p. 182.

770. Avala esta interpretación, OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, *op. cit.*, p. 133.

b) Dimensión material

Con carácter general, el párrafo 5 del EstCPI prevé que la CPI surge como órgano con jurisdicción universal para la investigación y enjuiciamiento de los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto». No obstante, los delitos a los que hace referencia, se concretan en el art. 5 EstCPI: *a)* el genocidio, *b)* los crímenes contra la humanidad, *c)* los crímenes de guerra y *d)* el crimen de agresión.⁷⁷¹

771. Los arts. 5-8 *bis* del Estatuto de la Corte Penal Internacional, establecen y perfilan la competencia material de este órgano jurisdiccional. Realizan un estudio en profundidad sobre la competencia de la CPI, entre otros, BERGSMO, MORTEN, «El régimen de la competencia de la Corte Penal Internacional (Parte II)», AA. VV. (ed. AMBOS, KAI; GUERRERO, OSCAR), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 179-211, FAKHOURI GÓMEZ, YAMILA, «Algunas cuestiones relativas a la competencia «ratione materiae» de la Corte Penal Internacional», AA. VV. (ed. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 521-544, FAKHOURI GÓMEZ, YAMILA, «La competencia de la Corte Penal Internacional: competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y de control», AA. VV. (coord. BACIGALUPO, SILVINA; CANCIO MELIÁ, MANUEL), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 85-115, HEBEL, HERMAN V.; ROBINSON, DARRYL, «Crimes within the jurisdiction of the Court», *op. cit.*, pp. 79-126, KRESS, CLAUS, «The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide», *European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, pp. 619-629, LIROLA DELGADO, ISABEL, «Reflexiones sobre la competencia material del Estatuto de la Corte Penal Internacional: una visión general», AA. VV., *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio. 9 a 11 de junio de 1999*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pp. 655-668, LIROLA DELGADO, ISABEL; MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA M., «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Desarrollos previos a la entrada en vigor», *Revista española de derecho internacional*, vol. 53, n.º 1, 2001, pp. 692-697, PÉREZ CEBADERA, MARÍA ÁNGELES, «La organización y competencia de la Corte Penal Internacional», AA. VV. (coord. GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS; CARDONA LLORÉNS, JORGE), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 139-161 y SCHABAS, WILLIAM A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 21-53.

c) *Dimensión temporal*

La dimensión temporal de la jurisdicción de la CPI viene a estar, irremediablemente, conectada con la entrada en vigor del EstCPI. Efectivamente, su art. 11 establece que este Tribunal únicamente es competente «respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto», es decir, siempre que estos hayan sido cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del EstCPI.⁷⁷²

Cabe añadir el supuesto de que un Estado que no fuera miembro a la entrada en vigor del EstCPI, se haya adherido al tratado a través del oportuno instrumento de ratificación. En este caso, la Corte podría ejercer su jurisdicción en relación a los crímenes cometidos tras la entrada en vigor del EstCPI para ese Estado o, dicho de otro modo, desde que este entró a formar parte del mismo.

d) *Dimensión personal y territorial*

Si bien la CPI es competente, en principio, en aquellos casos en que los citados crímenes se hubieran cometido en el territorio de los Estados Parte, también extiende su jurisdicción a aquellos que, aún habiendo sido perpetrados en un Estado no Parte, su autor sea nacional de un Estado Parte,⁷⁷³ así como para los cometidos en el territorio de cualquier Estado —independientemente de que se trate de un Estado no Parte—, siempre que la situación objeto de investigación sea remitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. A estos supuestos se añade otro: la CPI también

772. La citada norma se complementa con el art. 24 EstCPI, que declara la irretroactividad *ratione personae*, impidiendo que nadie sea declarado penalmente responsable de acuerdo al EstCPI por una conducta anterior a su entrada en vigor.

773. Es lo que se denomina como competencia automática, que cuenta con la excepción prevista en el art. 124 EstCPI, siguiendo a PÉREZ CEBADERA, MARÍA ÁNGELES, «La organización y competencia de la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 140.

puede extender su jurisdicción a los supuestos en los que el crimen se hubiera cometido en el territorio de un Estado no Parte, siempre que el mismo haya otorgado expresamente su consentimiento para ese supuesto.⁷⁷⁴

El art. 25.2 EstCPI proclama el principio de responsabilidad penal individual,⁷⁷⁵ si bien hace referencia únicamente a las personas físicas, y no a las jurídicas, que quedan fuera del ámbito personal de la jurisdicción de la CPI.⁷⁷⁶

2. Los mecanismos de activación de la jurisdicción

a) Algunas cuestiones previas

En apartados anteriores hemos hecho referencia a la jurisdicción de la CPI y su carácter complementario. Ahora la pregunta es: ¿cómo llega a conocer y enjuiciar este órgano los crímenes sometidos a su jurisdicción? Trataremos de explicar esta cuestión. El EstCPI articula un sistema de iniciativas o legitimaciones para promover la apertura de una investigación por la CPI o, en otras palabras, el inicio del proceso ante el citado órgano. Cometido el hecho criminal, existe

774. Posibilidad prevista por el art. 12.3 EstCPI. Por tanto, y recapitulando, para que la CPI pueda desplegar su jurisdicción mediante el inicio de la investigación por el Fiscal, será preciso que: (a) el crimen haya sido cometido en el territorio de un Estado Parte, o el sospechoso sea nacional de un Estado Parte (art. 12.2 EstCPI); (b) el crimen se haya cometido en un Estado no parte o el sospechoso sea nacional del mismo, pero exista una aceptación expresa de la competencia de la CPI por parte del Estado (art. 12.2 y 3 EstCPI); (c) el Consejo de Seguridad remita una situación al fiscal, de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (art. 13 b) EstCPI), sin necesidad de tener en cuenta la nacionalidad o si se trata de un Estado Parte.

775. Art. 25.2 EstCPI: «Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto».

776. Expresamente señalado por el art. 25.1 EstCPI. No obstante, esta responsabilidad individual de las personas naturales viene limitada por el art. 26 del mismo texto, en el que se excluye a las personas que en el momento de comisión de los hechos fueran menores de 18 años.

una serie de entes legitimados para presentar la situación ante la CPI. Precisamente, los legitimados para promover la apertura de la investigación son, al mismo tiempo, los que con su solicitud hacen que la CPI se plantee sobre su competencia o no para conocer del asunto concreto.⁷⁷⁷

¿Cuál es la razón de este paso previo? La respuesta es sencilla, y atiende a una cuestión que hemos planteado en líneas precedente: la jurisdicción de la CPI es complementaria de la de los Estados. Por tanto, EstCPI exige que para que se inicie un proceso ante este órgano su jurisdicción se active a través de alguna de las vías indicadas en el art. 13 EstCPI:⁷⁷⁸ *a*) por un Estado Parte (art. 13.a) EstCPI); *b*) por el Consejo de Seguridad (art.13 b) EstCPI); o *c*) *motu proprio* por el fiscal (art. 13 c) EstCPI).⁷⁷⁹ Consideramos importante matizar que lo que estos últimos

777. OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación, op. cit.*, p. 100. Este autor considera que los arts. 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4 EstCPI regulan actuaciones «que se diferencian del proceso penal ante la CPI porque tiene un objeto, unas partes y un procedimiento de tramitación propios. Esta serie ordenada de actuaciones constituye (...) proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la CPI, que se caracteriza por tener un carácter previo, necesario y autónomo frente al proceso penal propiamente dicho, y que se tramita a través de las modalidades procedimentales que en este trabajo hemos denominado procedimientos de activación a instancia de la Fiscalía, del Consejo de Seguridad y de un Estado Parte». Estos procedimientos se desarrollan a lo largo de las pp. 391-522 de la citada obra.

778. Entiende GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», AA. VV. (Ed. GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS; CARDONA LLORENS, JORGE), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 297, que, a pesar de que el título del art. 13 sea «Ejercicio de la competencia», en realidad, debería llamarse «de la promoción de la investigación», en tanto que las vías planteadas por el precepto son para la presentación de la situación ante la CPI, que deberá admitir o no. Es decir, no es que a través de las vías previstas se esté ejerciendo la competencia, sino que se facilita la presentación de la situación ante la CPI para que decida si procede o no.

779. El art. 13, es el primero de los tres preceptos que el EstCPI dedica a la activación de la jurisdicción. Los párrafos *a*) y *c*) hacen referencia a los arts. 14 y 15 respectivamente, así como al art. 12. Formula un análisis exhaustivo de este precepto, SCHABAS, WILLIAM A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 293-303.

pueden activar es una situación,⁷⁸⁰ pero no un caso concreto,⁷⁸¹ la determinación del cual corresponde a la Fiscalía de la CPI. Tras esta solicitud comienza un procedimiento que tiene como objeto analizar si la CPI es competente,⁷⁸² así como la posible admisibilidad del asunto, lo que algunos denominan proceso de activación.⁷⁸³

Una de las primeras cuestiones que llama la atención en estas tres vías de activación de la jurisdicción de la CPI es que no se encuentra recogida la iniciativa de las víctimas; es decir, no se reconoce legitimación activa a las presuntas víctimas de los crímenes competencia de la CPI. En otras palabras, significa que estas no tienen legitimación para presentarse en el proceso como acusación particular y, al mismo tiempo, que no es posible el ejercicio de una acción popular llevada a cabo por particulares u organizaciones internacionales.⁷⁸⁴ En el Proyecto de Estatuto de 1994, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se negó a incluir la legitimación activa de las organizaciones internacio-

780. En la Conferencia de Roma se barajaron dos términos diferentes: *situation o matter*, pero finalmente se optó por incluir en el EstCPI el primero de ellos. Lo advertimos en *Discussion Paper, Bureau*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53.

781. Lo remarca, GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 297.

782. Con, GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 296, la CPI, en este momento debe analizar si concurren los presupuestos de jurisdicción y competencia.

783. Realiza un estudio detallado sobre el proceso de activación, OLÁSULO, HÉCTOR, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, *op. cit.* y OLÁSULO ALONSO, HÉCTOR, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2005.

784. La opción por la que ha optado el EstCPI, no otorgando legitimación a particulares ha sido duramente criticada por algunos autores, en tanto que instituciones internacionales para la salvaguardia y protección de derechos humanos suelen otorgar capacidad procesal a los particulares. En concreto, debemos tener en cuenta el art. 34 de la CEDH, que atribuye competencia al TEDH para conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. En este sentido, GIMÉNEZ GARCÍA, JOAQUÍN, «Tutela judicial efectiva vs. derechos de víctimas. Dilaciones indebidas, prescripción e indultos», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 27, 2013, pp. 31-42.

nales gubernamentales, las organizaciones no gubernamentales y las personas físicas.⁷⁸⁵

Analicemos a continuación cada uno de los mecanismos de activación.

b) La remisión de una situación por parte de un Estado

El primer supuesto de activación de la jurisdicción de la CPI se desprende de los arts. 13.a) y 14 EstCPI.⁷⁸⁶ En su aplicación, cualquier Estado Parte del EstCPI puede remitir «una situación en la que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte y pedir al Fiscal que investigue la situación a los fines de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas».⁷⁸⁷ La remisión de la información puede ser relativa a sucesos ocurridos en su territorio o sucesos acaecidos en el territorio de otro Estado Parte.

La remisión debe establecer la situación con la suficiente precisión como para poder activar de forma adecuada la jurisdicción de la CPI. Esta debería concretar la fecha de inicio de la situación, y el área geo-

785. Lo relatan, LIROLA DELGADO, ISABEL; MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA M., *La Corte Penal Internacional. Justicia Versus Impunidad*, Ariel, Madrid, 2001, pp. 174-175.

786. Precisamente, la primera sentencia de condena dictada por la CPI ha sido con respecto a una situación remitida en base al art. 14 EstCPI, en el caso de *Thomas Lubanga*.

787. El que los Estados pudieran activar la jurisdicción de la CPI fue una cuestión incontrovertida a lo largo de la redacción del EstCPI, aunque en las fases iniciales, era una competencia que se pretendía reservar únicamente al Consejo de Seguridad. Lo reconoce, *Thenth report on the draft Code of Crimes against the Peace and security of mankind, by Mr. Doudou Thiam, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/442, pfo. 43. Su proyecto contemplaba un régimen de activación por el cual solo los Estados y las organizaciones internacionales tendrían derecho a presentar denuncias ante el Tribunal; consideraba que cualquier estado lesionado por un delito internacional debía tener la facultad de presentar una denuncia ante la CPI. La Comisión de 1993 redujo esta limitación, incluyendo en el borrador la facultad de remitir situaciones tanto a Estados Parte como a Estados no Parte, si por parte de este último existía consentimiento de la jurisdicción de la CPI.

gráfica que alcanza. A ella se añadirán las circunstancias relevantes y se adjuntará la documentación justificativa de que disponga el Estado denunciante, y será enviada por escrito al fiscal.⁷⁸⁸ Este último informará por escrito a la Presidencia, a la que deberá presentar, además, cualquier otra información que pueda facilitar la puntual asignación de dicho asunto a una SCP, incluyendo, en particular, su intención de presentar una petición conforme al párrafo 3 del artículo 15.⁷⁸⁹

Las tres situaciones remitidas por los Estados de Uganda, la República Democrática del Congo y la República Centroafricana⁷⁹⁰ fueron bastante breves y no parece que se presentaran acompañadas de la documentación justificativa. Lo que muestra que, en realidad, los términos del artículo 14.2 han de considerarse un tanto opcionales y no afectan a la validez de la remisión.

Tras la remisión de la información, el fiscal de la CPI deberá comprobar su veracidad, para evitar que la jurisdicción de este órgano se utilice como cauce para la resolución de problemas internos. Es preciso puntualizar que la remisión de una situación por parte de un Estado, no supone que, ante la información recibida, el fiscal esté obligado necesariamente a actuar. Todo lo contrario, a él le corresponde realizar un análisis preliminar de las informaciones y, si así lo considera pertinente, recabar más material con el único objetivo de poder tomar la decisión de si actúa o no; pero todo ello sin la necesidad de una autorización por parte de la SCP. Si tras el análisis de la situación el fiscal considera que no existe base razonable para iniciar una investigación, así lo deberá comunicar al Estado remitente.⁷⁹¹

Cuestión importante a destacar es la de las llamadas autoremisiones,⁷⁹² a las que se hacen referencia por la Oficina del Fiscal en su Do-

788. Así lo dispone la regla 45 Reglas de Procedimiento y prueba —en adelante, RPP—.

789. Tal y como establece la norma 45 del Reglamento de la Corte.

790. Las tres situaciones fueron remitidas en un periodo de 12 meses desde diciembre de 2003.

791. Ordenado en los arts. 18 y 54 EstCPI; regla 59.1 a) RPP).

792. SCHABAS, WILLIAM A, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 309, considera que las auto-remisiones responden más a una invención de la Oficina del Fiscal que al resulta-

cumento de Política de septiembre de 2003. En él, el fiscal puso de manifiesto que cuando recibe una remisión por parte del Estado en el que se cometieron los presuntos crímenes, la Oficina cuenta con la ventaja de saber que ese Estado facilitará a la cooperación necesaria. Si el Estado, por voluntad propia, ha solicitado el ejercicio de la jurisdicción de la Corte, el fiscal puede estar seguro de que las autoridades nacionales ayudarán a la investigación, y ofrecerá, en su caso, el necesario nivel de protección a los investigadores y los testigos.⁷⁹³

Por su parte, el *Documento Informal de expertos* creado en 2003,⁷⁹⁴ añadía que también pueden darse situaciones en las que la Oficina del Fiscal y el Estado en cuestión lleguen a un acuerdo por el que se consensue una división del trabajo para el mejor interés de la justicia, por ejemplo, cuando un Estado que ha sufrido un conflicto es incapaz de llevar a cabo de manera efectiva procesos contra las personas con mayor responsabilidad en los crímenes.⁷⁹⁵ Dicho documento no hace referencia explícita a Estados Parte que remitan situaciones contra ellos mismos; no obstante, sí alude a lo que denomina «admisibilidad indiscutible», al mantener que puede haber situaciones en las que la cuestión de la admisibilidad se simplifica al extremo, debido a que el Estado del que se trata se prepara para reconocer expresamente que no está llevando a cabo una investigación o enjuiciamiento.⁷⁹⁶

Lo cierto es que el borrador de EstCPI de 1994 recogía la posibilidad de remisión de una situación por un Estado Parte, al que se entendía como mero «Estado denunciante».⁷⁹⁷ De hecho, la redacción deja relati-

do de la interpretación creativa del Estatuto de Roma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Uganda.

793. En este sentido, OTP, *Annex to the Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor: referrals and communications*, septiembre de 2003, p. 5.

794. Nos referimos al *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, ICC-01/04-01/07-1008-AnxA 30-03-2009 1/37 CB T, pp. 3, 18 y 20. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc654724.PDF>.

795. *Ibid.*, p. 3.

796. *Ibid.*, p. 18, pfo. 59 *in fine*. La misma cuestión vuelve a reiterarse en la p. 20, pfo. 62.

797. Literalmente, *complainant state*. Lo advertimos en, *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session, 2 May-22 July 1994, Chapter II*, UN Doc. A/49/10, pfos. 25(5) y 21(1) a y b.

vamente claro que el Estado denunciante lo era de una denuncia que se presentaba frente a otro Estado. En los siguientes borradores, la nomenclatura siguió utilizándose, hasta que fue modificada en la Conferencia de Roma, en las discusiones durante las últimas semanas antes de la promulgación del EstCPI.⁷⁹⁸ La denominación de «denuncia» se modificó por la de «remisión de una situación por un Estado», describiéndose la «remisión» como la forma de activación de la jurisdicción de la Corte, tanto por parte de un Estado, como del Consejo de Seguridad.⁷⁹⁹ Actualmente, en el EstCPI, el concepto de «remisión» hace referencia a uno de los mecanismos de activación para el ejercicio de la jurisdicción por la CPI. Y, a pesar de que las auto-remisiones no estén sustentadas por los trabajos preparatorios del EstCPI, los instrumentos legales cobran vida propia, siendo deseable que exista una interpretación, incluso, creativa. Por otra parte, también es cierto que, a pesar de que expresamente no se recojan las auto-remisiones, estas no son expresamente prohibidas por el texto del EstCPI.⁸⁰⁰

798. Da fe de ello, *Discussion Paper, Bureau, Part. 2. Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53, p. 16.

799. La modificación de la denominación, con toda probabilidad, obedecía a la necesidad de aclarar que el Estado remitente (o denunciante) no puede presentar un caso específico o un crimen concreto ante la CPI, sino únicamente, remitir situaciones. Lo manifiesta, SCHABAS, WILLIAM A, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 310. En el mismo sentido, KRESS, CLAUS, «Self-Referrals’ and ‘Waivers of Complementarity’: Some Considerations in Law and Policy», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 944-946 y KIRSCH, PHILIPPE, ROBINSON, DARRYL, «Referral by States parties», AA. VV. (ed. CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA; JONES, JOHN R. W. D.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 623.

800. En el caso de *Lubanga*, la SCPI declaró que en la situación de la República Democrática del Congo, la auto-remisión se consideraba coherente con el propósito último del régimen de complementariedad. ICC, *Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest. Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-8), 10-2-2006, pfo. 35.

c) La remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Las remisiones de situaciones realizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pueden ser relativas a hechos producidos en Estados Parte o Estados no Parte del EstCPI. El art. 12.3 EstCPI añade que la jurisdicción de la CPI podrá quedar activada por esta vía, incluso, en los supuestos en los que el Estado parte no hubiera aceptado la jurisdicción en un caso concreto.⁸⁰¹

En el primero de los casos, es decir si nos encontramos ante un Estado Parte del EstCPI, será nuevamente el fiscal el encargado de analizar la información recibida y recabar más, en su caso, para decidir si inicia o no la investigación. Tomada la decisión, se informará al Consejo de Seguridad.

En el segundo, cuando se trata de un Estado no Parte y, además, no aceptante del EstCPI, la cuestión es más compleja. Los arts. 24.2 y 39 de la Carta de las Naciones Unidas —en adelante CNU—, otorgan el poder al Consejo de Seguridad para determinar la existencia de situaciones que puedan acarrear la amenaza o quebrantamiento de la paz o supongan actos de agresión, y por otro lado, decidir las medidas que deben adoptarse para el caso, pudiendo acudir, incluso, al uso de la fuerza (arts. 41 y 42 CNU). Por su parte, los arts. 33 y 34 CNU autorizan al Consejo de Seguridad a investigar las controversias o situaciones que puedan conllevar un conflicto internacional, además de vincular a los Estados a la búsqueda pacífica como al arreglo de controversias. Por último, también recordar que el art. 25 CNU prevé que los miembros de las Naciones Unidas conviene aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo a la propia CNU (capítulo VII).

801. Puede darse la circunstancia de que los propios miembros de operaciones en misiones internacionales sean, al mismo tiempo, autores de los crímenes competencia de la CPI; es el caso de los hechos ocurridos en Abu Ghraib en Irak. El problema planteado es que Irak no es parte del EstCPI, las nacionalidades de los acusados o víctimas tampoco son de países miembros, ni el caso se ha remitido por el Consejo de Seguridad de la ONU. Ello supone que la CPI no tiene competencia para juzgar los casos.

El Consejo de Seguridad remite la situación a la CPI por medio de una resolución,⁸⁰² y siendo sus resoluciones obligatorias, no es necesaria la previa aceptación de la jurisdicción de la CPI por parte del Estado. Con todo, si el Consejo de Seguridad decide activar la jurisdicción de la CPI, la situación remitida deberá situarse dentro de los parámetros fijados por el EstCPI, en cuestiones como puede ser la jurisdicción. Ello supone que la investigación y el enjuiciamiento se llevarán a cabo de conformidad con la ley, respetando la división de funciones y responsabilidades entre el fiscal y las cámaras; no podrán someterse a la jurisdicción de este órgano crímenes sucedidos antes del 1 de julio de 2002, fecha que determina la competencia temporal de la CPI; deberá respetar la competencia material de la CPI definida por el art. 5 EstCPI; tampoco podrá autorizar el enjuiciamiento de menores de 18 años, en cuanto queda prohibido por el art. 26 EstCPI; y, por supuesto, deberá respetarse el art. 27.2, que elimina las posibles inmunidades.

Sin embargo, por lo que respecta a si el Consejo de Seguridad, con sus remisiones, también debe cumplir con los demás requisitos de admisibilidad y respetar el principio de complementariedad, es una cuestión que parece haber sido dejada deliberadamente sin resolver en la Conferencia de Roma. Podemos entender que el art. 18 EstCPI parece implicar que las remisiones del Consejo de Seguridad no tienen por qué cumplir con los criterios de admisibilidad establecidos por el art. 17, previsto únicamente para el caso de remisiones realizadas por un Estado Parte o en casos iniciados *motu proprio* por la Fiscalía. No obstante, en sus informes bianuales, ha dejado muy claro que es necesario para determinar si un caso es admisible de acuerdo a lo dispuesto en el art. 17 EstCPI.⁸⁰³

En la situación de Darfur-Sudán, la remisión realizada por el Consejo de Seguridad fue propuesta por la Comisión de Investigación en su informe de enero de 2005. Esta última argumentaba que únicamente la autoridad de la CPI, avalada por la del Consejo de Seguridad,

802. Conforme a arts. 13 b) EstCPI, regla 44 RPP17 Acuerdo Cooperación entre las Naciones Unidas y la CPI.

803. Dan fe de ello, UN Doc. S/PV.52.16, p. 2; UN DDoc. S/PV.5321, p. 3; UN Doc. S/PV.5459, p. 4; UN Doc. S/PV.5589, p. 2.

podría forzar a los dos individuos principales en el Gobierno sudanés y los líderes rebeldes a someterse a la investigación a los posibles procedimientos para depurar la responsabilidad penal. Entre otras cuestiones, la Comisión señaló que la CPI era el medio más adecuado para garantizar un juicio verdaderamente justo y que su activación podría ser inmediata, en lugar de otros mecanismos alternativos como los tribunales mixtos.⁸⁰⁴ Finalmente, tras semanas de discusión, el Consejo de Seguridad remitió la situación de Darfur a la CPI, haciendo uso, por primera vez, de la facultad conferida por el art. 13 EstCPI. A pesar de que, según lo dispuesto en el EstCPI, el fiscal no está obligado a presentar informes semestrales al Consejo de Seguridad sobre los avances en la investigación, el Acuerdo de Relación Negociada entre las Naciones Unidas y la CPI, requiere que tras la remisión la Fiscalía mantenga informado al Consejo de Seguridad sobre las novedades en el caso.⁸⁰⁵

El mismo acuerdo citado establece, en su art. 17.1, que, una vez el Consejo de Seguridad ha emitido la correspondiente decisión de remisión, esta se envíe por el Secretario General, por escrito, a la Fiscalía junto con los documentos y otros materiales que sean oportunos. Tanto en el caso de que la situación haya sido remitida por el Consejo de Seguridad, como si lo es por un Estado Parte, el fiscal deberá informar del escrito a la Presidencia, proporcionando cualquier otra información que pueda facilitar la asignación de la situación a la Sala de Cuestiones Preliminares —en adelante, SCP—.⁸⁰⁶

En este punto debemos tener en cuenta lo siguiente: en el caso de que la situación haya sido remitida por un Estado o se trate de una investigación *motu proprio* del fiscal, para que la activación de la jurisdicción de la CPI sea efectiva, es preciso que, el Estado en el que se da la situación sea parte del EstCPI, la persona sospechosa de cometer los crímenes sea

804. Así lo apunta, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the Secretary-General Pursuant to Security Council resolution 1564 (2004)*, 18 de septiembre 2004, UN Doc. S/2005/60, págs. 571-572.

805. Lo atestigua, *Negotiated Relationship Agreement Between the International Criminal Court and the United Nations*, art. 17.1.

806. Normas 45 y 46 del RC.

nacional de un Estado Parte, o que, a pesar de no ser un Estado Parte, haya aceptado la jurisdicción de la corte en un caso concreto⁸⁰⁷ (art. 12 EstCPI). Si la remisión se hace por resolución del Consejo de Seguridad las condiciones o nexos anteriormente mencionados no serán precisos. Es decir, el art. 12 no se aplicaría a este último mecanismo de activación. Por lo tanto, el Consejo de Seguridad puede remitir una situación de un Estado, independientemente de que este sea un Estado Parte del EstCPI, o no sea Estado Parte, haya aceptado o no su jurisdicción a través de una declaración expresa. Precisamente, en dos de las situaciones que están siendo investigadas actualmente, Darfur-Sudán y Libia, los Estados no son parte del EstCPI, ni cuentan con una declaración expresa de aceptación de la jurisdicción de la CPI.⁸⁰⁸

d) La investigación motu proprio del fiscal

Durante la Conferencia de Roma se plantearon intensos debates en relación a si el fiscal debía contar con la facultad para iniciar investigaciones en ausencia de una denuncia o la remisión por el Consejo de

807. En este último caso sería necesaria una declaración expresa de aceptación de la jurisdicción de la CPI por parte del Estado.

808. Resultan interesantes al respecto, Resolución 1593 (2005) respecto de la situación en Darfur-Sudán, y la Resolución 1970 (2011) del Consejo de seguridad. Sudán es un Estado firmante del EstCPI, pero no un Estado Parte, por lo que, sin una autorización del Consejo de Seguridad, la CPI no podría ejercer su jurisdicción sobre este Estado, excepto si es en relación nacionales de Estados Parte por hechos cometidos en este territorio. Podría plantearse la duda de si la aplicación del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas es posible, al tratarse de un conflicto esencialmente interno. En este aspecto, es importante la Decisión de la Sala de Apelación del TPIY en el caso *Tadic*, que señaló que existe un entendimiento común, que se manifiesta por la práctica posterior de los miembros de las Naciones Unidas en general, que «la amenaza a la paz» del artículo 39 podría incluir, como uno de sus tipos, los conflictos armados internos. En este sentido, ICTY, *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Prosecutor v. Tadic* (IT-94-1-AR72), 2 octubre 1995, pfo. 30. Sin embargo, no se podría excluir la posibilidad de un recurso basado en la afirmación de que el Consejo podría estar actuando *ultra vires* o irregularmente.

Seguridad o de un Estado Parte.⁸⁰⁹ Existió una gran división⁸¹⁰ y diferentes puntos de vista en torno a esta cuestión, hasta tal punto que hubiera podido dar al traste con el proyecto. Cuando se introdujo el debate en la comisión plenaria, el coordinador mantuvo que había un amplio apoyo a la idea de que se permitiera al fiscal activar *ex officio* o *motu proprio* la jurisdicción de la CPI, sin necesidad de que existiera una remisión por el Consejo de Seguridad o de un Estado Parte, pero, que, al mismo tiempo, había también oposición.⁸¹¹ Finalmente, en la primera sesión de debates, las dos previsiones presentadas por el Comité Preparatorio⁸¹² acabaron por refundirse en

809. Esta facultad del fiscal no se contempló en el proyecto presentado por la Comisión de Derecho Internacional, surgiendo únicamente durante el trabajo del Comité *ad hoc* y el comité preparatorio. A pesar de ello, el relator especial Doudou Thiam presentó una primera propuesta a la Comisión que contenía una sección titulada «Las funciones del acusador público» (*Functions of the Prosecuting Attorney*). En su informe, mantenía que no se diferencia entre los intereses de un Estado y los de la comunidad internacional, y que consideraba que debía haber un acusador público general distinto asignado a la CPI con responsabilidad para llevar a cabo la acusación. El Grupo de Trabajo reunido en 1993 adoptó el concepto de una «Fiscalía» permanente (*Procuracy*), dirigida por un fiscal que sería el jefe de la misma (*Head of the Procuracy*); siendo su función la de actuar tras la recepción de una denuncia. El proyecto final, adoptado por la Comisión en el año 1994, contenía una previsión que aseguraba la independencia del fiscal y la integridad de una oficina permanente que llevaría el nombre de «Fiscalía». Sobre esta cuestión, *Ad Hoc Committee Report*, pfs. 113-114. Vid., asimismo, *Proceedings of the Preparatory Committee During the Period 25 March-12 April 1996, Draft Summary*, UN Doc. A/AC.249/CRP.9/Add.2, p.4; *Preparatory Committee 1996 Report*, vol. II, p. 109. Algunos países argumentaban que, en muchas ocasiones, por razones políticas de distinto tipo, resultaba improbable que los Estados Parte y el Consejo de Seguridad presentaran denuncias, por lo que el fiscal debería estar investido de la facultad para iniciar investigaciones *ex officio* o sobre la base de informaciones conocidas por otras fuentes. Vid., *Preparatory Committee 1996 Report*, vol. I, pfo. 149-151.

810. Pueden consultarse los Estados a favor y en contra en: UN Doc. A/CONF.183/C1/SR.9 y UN Doc. A/CONF.183/SR.7.

811. Lo atestigua, UN Doc. A/CONF.183/C1/SR.9, pfo. 38.

812. La primera, bajo el título de «El fiscal» (Prosecutor), afirmaba la facultad del fiscal para iniciar una investigación *ex officio* —o, lo que es lo mismo, *motu proprio*—, sobre la base de información recibida por diferentes fuentes. La segunda, recibía la rúbrica de «La información presentada al fiscal» (*Information submitted to the Prosecutor*), y establecía el procedimiento y, en especial, la necesidad de autorización por parte de la SCP. En este sentido, *Preparatory Committee Final Draft*, pp. 37-38. La nueva previsión derivó de una propuesta de Argentina y Alemania (*Proposal submitted by*

una, que fue elaborada sobre la base del proyecto presentado por el Comité Preparatorio.⁸¹³ A pesar de que el debate posterior volvió a mostrar las dos visiones tan polarizadas mantenidas con anterioridad, también es cierto que algunas de las delegaciones llegaron a manifestar su aceptación de la posibilidad de que el fiscal activara *motu proprio* la jurisdicción de la CPI, o que, al menos, se mostraban más flexibles sobre el tema.⁸¹⁴ En el segundo documento *Bureau* no se hicieron cambios sustanciales al borrador, incluyéndose simplemente una serie de garantías adicionales antes de que el fiscal pudiera actuar.⁸¹⁵ Las discusiones habidas con posterioridad únicamente supusieron la confirmación de las posturas mantenidas hasta el momento.⁸¹⁶ En el proyecto final, el texto esencialmente fue mantenido.

Desde el principio de su mandato, el primer fiscal de la CPI, Luis Moreno-Ocampo señaló los criterios a utilizar en orden a la identificación de situaciones en las que podría considerarse la actuación *motu proprio* en consonancia con el art. 15 EstCPI. Él mismo apuntó que su oficina había seleccionado la situación en Ituri, en la República Democrática del Congo, como una de las más urgentes para que, al menos fuera monitorizada. De hecho, la Oficina del Fiscal había recibido seis comunicaciones relativas a dicha situación, incluyendo dos informes de unas ONG.⁸¹⁷ Ya en septiembre de 2003, el fiscal, en su informe a la Asamblea de Estados Parte, confirmó que Ituri era uno de sus puntos de actividad.⁸¹⁸ Sin embargo, la actuación *motu proprio* resultó innecesaria, cuando la situación de la República Democrática del Congo acabó siendo remitida a la CPI por su presidente en el año 2004.

Argentina and Germany, Article 46, Information submitted to the Prosecutor, UN Doc. A/AC.249/1998/WG.4/DP.35).

813. *Discussion Paper, Bureau*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53, pp. 16-17.

814. Para las posturas a favor y en contra, *vid.* UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.29, UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.30 y UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.31.

815. *Bureau proposal*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/K.59, pp. 14-15.

816. UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.35 y UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.36.

817. OTP, *Communications Received by the Office of the Prosecutor of the ICC*, Press Release (009.2003EN), 16 de julio de 2003.

818. OTP, *Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court. Report of the Prosecutor of the ICC, Mr. Luis Moreno Ocampo*, La Haya, 8 de septiembre de 2003, pp. 2-3.

La cuestión relativa al ejercicio de la autoridad *motu proprio* por el fiscal ha estado presente en muchas de las declaraciones de aquél. Concretamente, a principios de 2006 dio a conocer que diez situaciones habían sido objeto de intenso análisis, de las cuales, en tres de ellas se procedió a la investigación, dos fueron desechadas y cinco estaban en curso.⁸¹⁹ No obstante, es de señalar que estas cifras incluyen las cuatro situaciones remitidas a la CPI por los Estados Parte y por el Consejo de Seguridad. Dos años más tarde, en noviembre de 2008, el fiscal informó a la Asamblea de los Estados Parte que estaban siendo objeto de análisis por constituir potenciales situaciones: Colombia, Kenia, Costa de Marfil, Georgia y Afganistán.⁸²⁰ En febrero de 2009, indicó también que la situación en Gaza estaba siendo analizada.⁸²¹

El EstCPI atribuye la facultad al fiscal para iniciar una investigación *motu proprio* sobre la base de una comunicación respecto de situaciones que pudieran suponer la existencia de crímenes competencia de la CPI de acuerdo al art. 15.1 EstCPI.⁸²² El tenor literal de esta previsión no establece límites reales sobre las fuentes a través de las cuales el fiscal conoce de la situación, y más si tenemos en cuenta que el art. 15.2 autoriza al fiscal a solicitar información adicional de los Estados, órganos de las Naciones Unidas, así como de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas, incluso puede recibir, acerca de los crímenes, testimonios orales y escritos⁸²³ en la sede de la CPI. A pesar del tenor literal, no existe ningún

819. Lo recoge, OTP, *Update on Communications Received by the Office of the Prosecutor of the ICC*, documento sobre estadísticas, 1 de febrero de 2006.

820. Así lo apunta, *Address to the Assembly of States Parties*, 14 de noviembre de 2008.

821. *Visit to the Palestinian National Authority Minister of Foreign Affairs, Mr. Riad al-Malki and Minister of Justice, Mr. Ali Khashan, to the Prosecutor of the ICC*, 13 de febrero de 2009.

822. Cuando se estaba considerando la previsión recogida en el art. 15.1 EstCPI, hubo cierta preocupación acerca de las fuentes de información sobre la base de las cuales actuaría el fiscal. Ello aparece de forma explícita en los primeros borradores. Comité Preparatorio, *Draft Statute*, p. 37.

823. La posibilidad de recepción de testimonios escritos y orales por parte del fiscal fue una propuesta de Argentina y Alemania. Se puede leer en, *Proposal submitted by Argentina and Germany, Article 46, Information submitted to the Prosecutor*, UN Doc. A/AC. 249/1998/WG.4/DP.35.

obstáculo para que el fiscal pueda recibir testimonios escritos u orales en cualquier lugar, en la medida que no exista objeción por parte del Estado en el que han acontecido los hechos que dieron lugar a la denuncia. Así, cuando se presente información con arreglo al art. 15.1 EstCPI o cuando se reciba en la sede de la Corte testimonio oral o por escrito con arreglo al apartado 2 del mismo artículo, el fiscal protegerá la confidencialidad de esa información y testimonio o adoptará todas las demás medidas que sean necesarias de conformidad con sus deberes con arreglo al Estatuto.⁸²⁴ Incluso, las propias RRPP establecen esta forma de proceder en el caso de que el fiscal considere que existe un riesgo grave de que no sea posible que se rinda el testimonio posteriormente; así, el fiscal podrá pedir a la SCP que adopte las medidas que sean necesarias para asegurar la eficacia y la integridad de las actuaciones y, en particular, que designe a un abogado o un magistrado para que esté presente cuando se tome el testimonio a fin de proteger los derechos de la defensa.⁸²⁵

En realidad, las condiciones relativas a la recepción de la información por el fiscal para el ejercicio de su autoridad *motu proprio* no distan de las aplicables a los supuestos de remisión por los Estados Parte o el Consejo de Seguridad.⁸²⁶ El fiscal siempre debe analizar la gravedad de las informaciones proporcionadas, incluso, cuando provienen de Estados Parte o del Consejo de Seguridad.⁸²⁷ Y, aunque se prevea expresamente por el art. 15, es coherente entender que el fiscal pueda considerar situaciones potenciales de la competencia de la CPI, incluso en ausencia de información proporcionada por terceros.

La Oficina del Fiscal ha adoptado el término «comunicaciones» (*communications*) para hacer referencia a las informaciones recibidas en relación al art. 15 EstCPI, siendo sus principales fuentes particulares y las ONG.⁸²⁸ La mayor parte de ellas han sido desechadas por ser mani-

824. Regla 46 y 47.1 RRPP.

825. Regla 47.2 RRPP.

826. *Vid.* art. 53.1 EstCPI.

827. En este sentido, las RRPP lo dejan bastante claro. *Vid.* Regla 104.1 RRPP.

828. De hecho, desde que la CPI comenzó su andadura en el 2002, en su sede se han recibido varios miles de comunicaciones. Lo atestiguan, entre otros, OTP, *Com-*

fiestamente inadmisibles, entre otras causas, por tratarse de situaciones que quedan fuera de la jurisdicción de la CPI.

Por otra parte, aunque no se prevé expresamente por el art. 15 EstCPI, como parte de la «fase de investigación preliminar», el fiscal también puede llevar a cabo misiones sobre el terreno.

Para activar la jurisdicción de la CPI *motu proprio* por el fiscal es preciso que este encuentre una «base razonable» para proceder. En caso contrario, no seguirá adelante. El fiscal debe considerar si la información disponible proporciona una base razonable para creer que un crimen de su competencia ha sido o está siendo cometido, si la causa es o sería admisible de conformidad con el art. 17 y si, teniendo en cuenta la gravedad del crimen y el interés de las víctimas, no obstante, existen razones para creer que la investigación no serviría al interés de la justicia.⁸²⁹

Realicemos un estudio más detallado. Para que esta activación se lleve a cabo, efectivamente, como decíamos en anteriormente, el EstCPI establece una serie de requisitos. En primer lugar, se debe tratar de hechos cometidos en un Estado Parte del EstCPI, o que, al menos, haya aceptado la jurisdicción de la CPI en un caso concreto sobre hechos sucedidos en su territorio (art. 12.1 y 3 EstCPI). Esto supone que el fiscal no podría iniciar la investigación sobre un asunto de un tercer Estado.

munications Received by the Office of the Prosecutor of the ICC, 16 de julio de 2003; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/3/10, pfo. 49; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/4/16, pfo. 44; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/5/15, pfo. 56. Concretamente, en el período de tiempo comprendido entre el 1 de agosto de 2012 y el 30 de junio de 2013, «la Fiscalía recibió 572 comunicaciones relativas al artículo 15 del Estatuto de Roma, de las que 477 se referían a hechos que rebasaban claramente la competencia de la Corte; 19 no guardaban relación con situaciones actuales y justificaban la realización de un análisis más detallado; 43 tenían vinculación con una situación que ya se estaba analizando; y 33 estaban relacionadas con una investigación o un enjuiciamiento», ICC, *Ninth Report of the Court to the UN for 2012/13 (A/68/314)*, de 13 agosto 2013, p. 15, disponible en español: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/reports%20on%20activities/court%20reports%20and%20statements/Documents/9th-report/N1342656.pdf.

829. En aplicación de la reg. 48 RRPP. La base razonable es también impuesta por el art. 53.1 a) EstCPI, que resulta aplicable a las remisiones realizadas por los Estados Parte y el Consejo de Seguridad. El fiscal aplica el mismo test, independientemente de cuál haya sido la fuente que haya dado lugar a la activación de la jurisdicción de la CPI.

No obstante, sería posible iniciar una investigación, aún no tratándose de un Estado Parte, siempre que la nacionalidad del sospechoso⁸³⁰ se corresponda con la de uno de los Estados Parte en el EstCPI (art. 12.2 a) EstCPI). En segundo lugar, es preciso que el crimen hubiera ocurrido con posterioridad a la entrada en vigor del EstCPI, de acuerdo a su art. 11. En tercer lugar, la Corte debe autorizar la actuación del fiscal. Es por ello que este solicitará por escrito a la SCP la autorización de la apertura de la investigación.⁸³¹ petición a la que debe adjuntar los documentos que acrediten su necesidad (art. 15.3 EstCPI).⁸³² Tanto el fiscal, como la SCP, deben cerciorarse de la admisibilidad de la causa (arts. 15, 17 y 53 EstCPI).

Debemos reparar en la literalidad del art. 15.3 EstCPI, que prevé que «si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la SCP una petición de autorización para ello». Esta previsión implica la eliminación de cualquier tipo de discrecionalidad por parte del fiscal en orden al inicio de dicha investigación,⁸³³ por lo que, incluso parece posible que pueda ser alegada por quien presente información al fiscal, en aquellos casos en los que, incluso, este último concluye que existe una base suficiente para una investigación, pero se abstiene de solicitar la autorización de la SCP, porque el EstCPI no prevé recurso o remedio alguno.

El fiscal debe informar a la Presidencia de su intención de presentar una solicitud a fin de facilitar la oportuna asignación de la situación a la SCP respectiva.⁸³⁴ Esta última cuenta con amplia discreción en cuanto

830. A pesar de que el tenor literal del EstCPI haga referencia al concepto de acusado, debemos entender que, en realidad, sería más correcto hablar de sospechoso o posible sospechoso, habida cuenta de que la activación de la jurisdicción se da en un periodo anterior al inicio de la auténtica investigación.

831. Regla 48 RPP.

832. El citado precepto se encuentra íntimamente relacionado con el art. 53.1 EstCPI.

833. Si reparamos en el art. 53.1 EstCPI, se utiliza un lenguaje similar: «El fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto».

834. Regulación 45 RCPI.

al procedimiento a seguir ante dicha solicitud, pudiendo decidir la celebración de una audiencia.⁸³⁵ En su decisión, motivada, determinará si autoriza la investigación con respecto de toda la investigación solicitada por el fiscal o únicamente con respecto a una parte de ella.⁸³⁶

Conviene subrayar que, aún dándose los dos primeros requisitos, e incluso si se trata de una situación remitida por el Consejo de Seguridad o por un Estado, ello no implica que necesariamente se vaya a abrir una investigación. ¿Por qué? La respuesta es sencilla. Porque el EstCPI establece que corresponde al fiscal decidir si conviene o no investigar. Para lograr este convencimiento debe realizar un examen preliminar; finalizado este, si considera que no existen motivos para investigar, porque la gravedad de la situación no está dentro de los parámetros de su actuación, porque el proceso ya está iniciado en el Estado o porque la investigación «no redundaría en interés de la justicia», el fiscal puede comunicárselo a quien le proporcionó la información y notificarle su decisión de no actuar (arts. 15.4 y 53.2 EstCPI).

La decisión de no investigar por parte del fiscal se ha dado en las situaciones de Irak y Venezuela.⁸³⁷ En el caso de Irak, el fiscal recibió doscientas cuarenta comunicaciones de personas y organizaciones.⁸³⁸ Finalmente, el fiscal decidió no actuar porque la CPI carecía de jurisdicción, teniendo en cuenta que Irak no es parte del EstCPI, ni ha aceptado la jurisdicción en un caso concreto, tampoco el Consejo de Seguridad ha referido ninguna situación, ni existen evidencias de que los crímenes se hubieran cometido por nacionales de Estados Parte en el EstCPI. Ello

835. Regla 50.4 RPP: «La Sala de Cuestiones Preliminares, al decidir qué procedimiento se ha de seguir, podrá pedir información adicional al fiscal y a cualquiera de las víctimas que haya presentado observaciones y, si lo considera procedente, podrá celebrar una audiencia».

836. Regla 50.5 RPP.

837. En el año 2006, el fiscal declaró, con respecto a las comunicaciones recibidas relativas a las potenciales situaciones de Irak y Venezuela, que no existía base razonable para proceder con la investigación. Lo advertimos, *Letter of Prosecutor*, de 9 de febrero, respecto de Irak y «*Letter of Prosecutor*», de 9 de febrero de 2006 respecto de Venezuela.

838. ICC, *OTP response to communications received concerning Irak*, accessible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Irak/>.

a pesar de que, en base a las comunicaciones recibidas, podía entenderse que había base razonable para considerar que se habían cometido crímenes que quedaban bajo jurisdicción de la CPI, como asesinatos y tratos inhumanos, cuyas víctimas podían ascender a unas 20 personas; sin embargo, a juicio del mismo, en comparación con otras situaciones bajo examen por su oficina, la evidencia disponible no alcanzaba el umbral de gravedad impuesta por el artículo 8.1 EstCPI (en particular, cuando se cometen como parte de un plan o política o como parte de una comisión a gran escala) con respecto a los crímenes de guerra.

En el caso de Venezuela, existieron doce comunicaciones al fiscal. A diferencia de la situación en Irak, el Estado sudamericano sí forma parte del EstCPI, pero el fiscal no llegó a la convicción de que se produjeran crímenes contra la humanidad de manera masiva, por no cumplir con el umbral estricto de un ataque generalizado y sistemático que se requiere para estos casos, ni de hechos que pudieran llevar a creer que pudiera haber genocidio.⁸³⁹

Es preciso señalar que la decisión de no actuar debe pasar por un filtro previo, en cuanto la SCP puede considerar que la situación es susceptible de investigación, por lo que el fiscal se vería obligado a iniciarla.⁸⁴⁰ No obstante, la decisión de no actuar en relación a una situación concreta, como ha ocurrido en los dos casos mencionados, no supone que no se pueda hacer en un futuro, en la medida que el propio art. 15.6 EstCPI lo hace posible, a la luz de nuevos hechos y pruebas. Por lo que, tras un examen preliminar, si el fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una

839. ICC, *OTP response to communications received concerning Venezuela*, accesible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Comm+and+Ref/Venezuela/>.

840. En caso de que el fiscal decida no iniciar una investigación *motu proprio*, sin que medie, por tanto, una remisión, en principio, el EstCPI no parece que exija la justificación de su decisión ante la SCP. Estaría actuando en ejercicio de las facultades que el propio EstCPI le otorga. Al respecto, el art. 15.6 EstCPI, que no prevé ninguna consecuencia, excepto la de informar a quienes hubieran presentado la información, cuando el fiscal decide abrir una investigación, al no apreciar fundamento suficiente. No ocurre lo mismo ante remisiones de Estados Parte o del Consejo de Seguridad; en estos casos, si el fiscal decide no investigar, deberá rendir cuentas ante la SCP.

investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el fiscal examine, a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación. El fiscal se asegurará de que se informe de las decisiones adoptadas en relación al art. 15.6 EstCPI, junto con las razones a que obedecen, de manera que se evite todo peligro para la seguridad, el bienestar y la intimidad de quienes le hayan suministrado información con arreglo a los párrafos 1 y 2 del artículo 15 o para la integridad de las investigaciones o actuaciones.⁸⁴¹

Según los datos proporcionados por la Fiscalía de la CPI, a finales de 2013, la Oficina había recibido un total de 10.470 «comunicaciones» en virtud del artículo 15 del EstCPI, remitidas por grupos o personas de unos 170 estados diferentes, sobre todo desde EE. UU., el Reino Unido, Francia y Alemania, de las cuales, más de 4.000 estaban manifiestamente fuera de la jurisdicción de la CPI.⁸⁴²

Por último, antes de cerrar este apartado, es preciso hacer mención de la participación de las víctimas en el momento de autorización por la SCP en relación a una investigación motu proprio por el fiscal. El art. 15.3 EstCPI permite a las víctimas presentar observaciones por escrito a la SCP dentro del plazo fijado en el Reglamento.⁸⁴³ Para facilitar la participación de las víctimas, en el momento en que el fiscal tenga intención de solicitar la autorización de la SCP, deberá informar a aquellas que fueran conocidas o a la Unidad de Víctimas y Testigos o a sus represen-

841. Regla 49 RPP.

842. Información accesible en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/Pages/communications%20and%20referrals.aspx. También puede consultarse, OTP, *Report on Preliminary Examination Activities 2013*, noviembre 2013, pp. 5-6. Entre el 1 de noviembre de 2012 y el 31 de octubre de 2013, la Oficina recibió un total de 597 comunicaciones relativas al art. 15 EstCPI, de las que 503 estaban manifiestamente fuera de la jurisdicción de la CPI; únicamente 21 justificaban un análisis más detallado; 41 estaban vinculadas a una situación que estaba bajo análisis; y 32 estaban vinculadas a una investigación o enjuiciamiento.

843. Regla 50.5 RPP: «Tras la información proporcionada de conformidad con la subregla 1, las víctimas podrán presentar observaciones por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares dentro del plazo fijado en el Reglamento». En el mismo sentido, Regulación 50 RCPI.

tantes legales, salvo que considere que ello podría poner en peligro la integridad de la investigación o la vida o el bienestar de estas personas. Del mismo modo, también puede dar aviso con carácter general, con el fin de llegar a los grupos de víctimas, pudiendo asistirse de la Unidad de Víctimas y Testigos, si lo considera oportuno.⁸⁴⁴

En relación a la participación de las víctimas, la SCPI ha puesto de manifiesto que el art. 15.3 no supone una condición de víctima por la cual los intereses personales deben ser afectados para que la persona esté autorizada a participar en esta etapa, en contraste con la situación prevista por el art. 68.3 EstCPI, en el que se expone el principio general relativo a su participación. Sin embargo, independientemente de si tal requisito está implícito o no en el art. 15.3 EstCPI, según la SCP, «los intereses personales de las víctimas se ven afectados en general en la etapa de investigación, ya que la participación de las víctimas en esta etapa puede servir para esclarecer los hechos, sancionar a los perpetradores de los delitos, y para solicitar la reparación por el daño sufrido».⁸⁴⁵

III. SITUACIONES REMITIDAS O COMUNICADAS OBJETO DE JURISDICCIÓN DE LA CPI

1. Las comunicaciones y remisiones recibidas por la CPI

Desde que la CPI comenzó su labor, el 1 de agosto de 2002, han sido muchas las comunicaciones remitidas desde diferentes puntos del planeta. No obstante, únicamente unas pocas han dado lugar a la investigación preliminar por parte de la Oficina del Fiscal y muchas menos aún, han dado lugar al inicio de un proceso para la persecución de los correspondientes crímenes. Antes de cerrar nuestro capítulo, creemos oportuno hacer referencia a todas las situaciones y casos sobre los que

844. Regla 50.1 RPP.

845. *Situation in the Democratic Republic of the Congo* (ICC-01/04), *Decision on applications for Participation in the Proceedings of VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5, VPRS-6*, 17 de enero de 2006, párrs. 62-63.

trabaja actualmente la Fiscalía. Dedicamos pues las siguientes líneas a su exposición.

En la actualidad se están llevando investigaciones preliminares en relación a los territorios de Afganistán, Colombia, Georgia, Guinea, Honduras, Irak, República Federal de Nigeria, República de Korea, República Centroafricana y Ucrania. Además, mantiene también bajo investigación preliminar la situación relativa a los buques con matrícula de la Unión de las Comoras (incidentes del «Mavi Mármara»).

Por lo que respecta a las situaciones que, a día de hoy, están bajo la jurisdicción de la CPI, son ocho: tres de ellas son las referentes a Uganda (situación ICC-02-04/01-05),⁸⁴⁷ la República Democrática del Congo (situación ICC-01/04)⁸⁴⁸ y República Centroafricana (situación ICC-01/05),⁸⁴⁹ derivadas de remisiones realizadas por los propios Estados Parte en relación a hechos ocurridos en su territorio;⁸⁵⁰ otras dos situaciones han sido remitidas por el Consejo de Seguridad, las relativas

846. El 14 de mayo de 2013, las autoridades de la Unión de las Comoras remitieron la situación a la Fiscalía en relación con el ataque perpetrado el 31 de mayo de 2010 por Israel contra la flotilla de ayuda humanitaria que se dirigía a la Franja de Gaza. *Vid.*, OTP, *Ninth Report of the Court to the UN for 2012/13*, *op. cit.*, p. 17, pfo. 94.

847. Toda la información sobre la situación de Uganda y los casos en curso se encuentra accesible en: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200204/Pages/situation%20index.aspx.

848. Toda la información sobre la situación en la República Democrática del Congo y los casos en curso se encuentra accesible en: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200104/Pages/situation%20index.aspx.

849. Toda la información sobre la situación en la República Centroafricana y los casos en curso se encuentra accesible: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200105/Pages/situation%20icc-0105.aspx.

850. En realidad, las tres situaciones fueron iniciadas por el fiscal, sin embargo, este consideró que lo oportuno era que se los propios Estados fuesen quienes las remitiesen, en lugar de hacer uso de su facultad de iniciar una investigación *motu proprio* por la vía del art. 15 EstCPI. Hacemos referencia a las denominadas «auto-remisiones» (*Self-referrals*). En este sentido, OTP, *Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003-2006)*, 12 de septiembre de 2006, p. 7. y ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Lubanga* (ICC-01/04-01/06-8), 10 de febrero de 2006, pfo. 35.

a Darfur-Sudán (ICC-02/05)⁸⁵¹ y Libia (ICC-01/11),⁸⁵² dos Estados que no son parte del EstCPI. Por último, el fiscal, tras la autorización de la SCP, inició la investigación *motu proprio* de las situaciones de Kenya (ICC-01/09),⁸⁵³ Costa de Marfil (ICC-01/11)⁸⁵⁴ y Mali (ICC-01/12).⁸⁵⁵ Las analizamos más detalladamente.

2. Remisiones realizadas por Estados Parte del EstCPI

En la situación de Uganda, el caso abierto es el relativo a Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo y Dominic Ongwen (ICC-02/04-01/05), contra los cuales existe orden de prisión emitida por la SCP II, aún sin ejecutar. En un principio, el caso también estaba referido a Raska Lukwiya, pero tras la confirmación de su muerte, el procedimiento contra este se dio por finalizado.⁸⁵⁶ La situación fue remitida por el presidente de Uganda el 16 de diciembre de 2003,⁸⁵⁷ respecto de los crímenes perpetrados por la Lord's Resistance Army, LRA o Ejército de Liberación del Señor en el norte y oeste de este Estado. La investigación comenzó el 29 de julio de 2004. De ella derivó la emisión de varias órdenes de arresto.⁸⁵⁸

851. Toda la información sobre la situación en Darfur-Sudán y los casos en curso se encuentra accesible en: http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx.

852. Toda la información sobre la situación en Libia y los casos en curso se encuentra accesible en: http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0111/Pages/situation%20index.aspx.

853. Toda la información sobre la situación en Kenya y los casos en curso se encuentra accesible en: http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200109/Pages/situation%20index.aspx.

854. http://www.icc-cpi.int/EN_Menus/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0211/Pages/situation%20index.aspx.

855. La información sobre la apertura de la investigación en Mali se encuentra accesible en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0112/Pages/situation%20index.aspx.

856. *Lukwaya* (ICC-02/04-01/05), Decision to Terminate the Proceedings Against Raska Lukwaya, 11 de julio de 2007.

857. *President of Uganda refers situation concerning the Lord's Resistance Army (LRA) to the ICC*, ICC-20040129-44, 29 de junio de 2004.

858. *Kony* (ICC-02/04-53), Warrant of Arrest for Joseph Kony Issued on 8 July

En la situación de la República Democrática del Congo, los casos abiertos son cuatro. Uno de ellos es el de Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06). Concretamente, este constituye el primer caso en el que se inició un juicio oral ante la CPI, con fecha de 26 de enero de 2009, finalizando por sentencia condenatoria, el 12 de julio de 2012.⁸⁵⁹ Ex comandante en jefe de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo, fue condenado por la Sala de Primera Instancia —en adelante, SPI I— a 14 años de prisión por haber co-perpetrado los crímenes de guerra de alistamiento y reclutamiento de niños menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades entre septiembre de 2002 y agosto de 2003. Actualmente, el caso se encuentra en fase de apelación, no obstante, el Sr. Lubanga permanece bajo custodia de la CPI.

El caso Germain Katanga (ICC-01/04-01/07) dio lugar al segundo fallo emitido por la CPI, en esta ocasión, absolutorio. El 7 de marzo de 2014, la SPI II condenó al Sr. Katanga por complicidad en un cargo de crimen de lesa humanidad (homicidio), cuatro cargos de crímenes de guerra (ataque contra la población civil, homicidio intencional, destrucción de bienes y saqueo), cometidos en febrero de 2003, en el curso de un ataque contra la población de Bogoro, en el distrito de Ituri, en la República Democrática del Congo. La sentencia emitida, le absolvió del resto de cargos. Actualmente, el caso se encuentra en fase de apelación.

En el caso contra Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-01/07), supuestamente, exlíder del Frente de los Nacionalistas Integracionistas, se enfrentaba a tres cargos de crímenes de lesa humanidad (homicidio, violación y esclavitud sexual) y siete cargos de crímenes de guerra (utilización de niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades; dirigir un ataque contra la población civil; homicidio

2005 as Amended on september 2005; *Otti* (ICC-02/04-54), Warrant of Arrest for Vincent Otti, 8 July 2005; *Lukwaya* (ICC-02/-55); *Odhiambo* (ICC-02/-56), Warrant of Arrest for Okot Odhiambo, 8 July 2005; *Ongwen* (ICC-02/-56), Warrant of Arrest for Dominic Ongwen, 8 de julio de 2005.

859. La sentencia está disponible en: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/court%20records/chambers/trial%20chamber%20i/Pages/2901.aspx.

intencional, destrucción de bienes, saqueo, esclavitud sexual y violación). El 18 de diciembre de 2012, la SPI II acabó absolviendo al acusado de los crímenes y fue liberado prácticamente de forma automática (el 21 de diciembre de 2012). El fallo ha sido apelado por la Fiscalía.

Existen otros tres casos en fase de investigación. El primero es el relativo a Bosco Ntaganda (ICC-01/04-02/06), quien, tras su entrega voluntaria, el 22 de marzo de 2013 actualmente se encuentra detenido en La Haya. Los cargos ante los que se enfrenta, aún no confirmados (la audiencia se celebró entre los días 10 y 14 de febrero de 2014) son de crímenes de guerra. El segundo caso es el de Callixte Mbarushimana (ICC-01/04-01/10),⁸⁶⁰ sospechoso de la comisión de cinco crímenes de guerra y seis cargos de crímenes de lesa humanidad. A pesar de la intención del fiscal de llevar a juicio al acusado, el 16 de diciembre de 2011, la SCP I decidió no confirmar los cargos. Finalmente, fue liberado de la custodia de la CPI el 23 de diciembre de 2011. La apelación presentada por la Fiscalía fue desestimada en mayo de 2012. El último caso relativo a la República Democrática del Congo es seguido contra Sylvestre Mudacumura (ICC-01/04-01/12), sobre el que pesa una orden de detención promulgada el 30 de mayo de 2012, aún sin ejecutar.

En esta situación, la referencia vino de la mano del presidente de la República Democrática del Congo que, a través de una carta, del 3 de marzo de 2004, alegaba una serie de posibles crímenes en el norte del Estado en el año 2002. Además de esta carta, el fiscal recibió informaciones (comunicaciones) por organizaciones no gubernamentales.⁸⁶¹ Lo particular del caso es que la remisión se realizó antes de la adhesión de este Estado al EstCPI, y sin que se hubiera formalizado un acuerdo *ad hoc*. En el año 2003, el fiscal comunicó a la SCP que tenía intención de iniciar investigaciones sobre tal situación *motu proprio*, sin embargo,

860. Información accesible en: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/situation%20index?lan=en-GB>.

861. En julio de 2003 el fiscal había indicado que la situación existente en la región de Ituri en la República Democrática del Congo era prioritaria. En aquel momento ya había manifestado que aquél resultaría un blanco probable para el primer ejercicio de sus poderes para iniciar *motu proprio* una investigación, de acuerdo al art. 15 EstCPI. Lo constata, *Communications Received by the Office of the Prosecutor of the ICC*, pids. 009.2003-EN, 16 de julio de 2003, pp. 2-3.

la remisión del Estado le ayudaría en su actuación. En el año 2004, una vez realizada la adhesión por el Gobierno del Congo, se acabó formalizando aquella, por lo que fue innecesario que, finalmente, el fiscal tuviera que proceder por la vía del art. 15 EstCPI, es decir, activando la investigación *motu proprio*. Iniciadas las investigaciones, fueron emitidas las correspondientes órdenes de arresto frente a los cuatro sospechosos.⁸⁶²

En la situación referente a la República Centroafricana, existen dos casos abiertos: por una parte, el de Jean-Pierre Bemba Gombo (ICC-01/05-01/08), que se enfrenta a dos cargos de lesa humanidad (violación y homicidio) y tres cargos de crímenes de guerra (violación, homicidio y saqueo). Desde el 3 de julio de 2008 se encuentra en el centro de detención de la CPI. Su juicio se inició el 22 de noviembre de 2010, concluyéndose la presentación de pruebas el 7 de abril de 2014. Y, por otra parte, el seguido contra Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido (ICC-01/05-01/13). En este caso, el proceso se encuentra en fase de investigación.

La investigación de la situación derivó de la remisión por Bozizé, presidente de la República Centroafricana en el año 2004, por los hechos ocurridos en su territorio durante los años 2002 a 2003. No obstante, el fiscal no pudo tomar la decisión de comenzar la investigación hasta el 2007, debido a que no fue hasta el 11 de abril de 2006 cuando se dictó una decisión favorable al envío de la cuestión a la CPI, por la Cour de Cassation de la República Centroafricana —supremo órgano judicial de este Estado—. Finalmente, tras examinar la información, el fiscal tomó la decisión de iniciar la investigación, al considerar que esta era de interés de la justicia y que la citada decisión había confirmado que

862. ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest*. Lubanga (ICC-01/04-01/06-8), 10 de febrero de 2006; ICC, *Warrant of Arrest Ntaganda* (ICC-01/04-01/06),); ICC, *Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui*, 22 de agosto de 2006; Ngudjolo (ICC-01/04-07), 6 de julio de 2007; Katanga (ICC-01/04-01/07), *Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga*, 6 de julio de 2007.

el sistema de justicia nacional era incapaz de llevar a cabo los procedimientos necesarios para desarrollar la investigación y enjuiciamiento de los presuntos delitos.⁸⁶³ En el año 2008, Jean-Pierre Bemba fue arrestado en Bélgica y conducido a la sede de la CPI a la espera de juicio.⁸⁶⁴

3. Remisiones realizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

En la situación de Darfur, Sudán, existen cinco casos, de los cuales, tres se encuentran en fase de investigación, los seguidos contra Ahmad Muhammad Harun («Ahmad Harun») y Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman («Ali Kushayb») (ICC-02/05-01/07), ambos con orden de detención, traslado y entrega pendiente de ejecución; contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir (ICC-02/05-01/09), como en el caso anterior, pendiente de detención; y contra Abdel Raheem Muhammad Hussein (ICC-02/05-01/12), que actualmente ocupa el cargo de ministro de Defensa de Sudán. Existe otro caso abierto contra Bahar Idriss Abu Garda (ICC-02/05-02/09) actualmente cerrado, tras la desestimación por la SCP I de la confirmación de cargos el 8 de febrero de 2010, aunque la decisión ha sido apelada por el fiscal. El cuarto caso abierto es el dirigido contra Abdallah Banda Abakaer Nourain (ICC-02/05-03/09). En un principio, en el caso estaba incluido Saleh Mohammed Jerbo Jamus, pero el proceso acabó cerrándose por la SPI IV con respecto a este último, debido a su fallecimiento. El 16 de abril de 2014 la Sala, a causa de dificultades logísticas, aplazó la fecha de juicio contra Abdallah Banda Abakaer Nourain.

En la situación de Libia, el caso es el *Prosecutor vs. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (ICC-01/11-01/11).⁸⁶⁵ El caso también se dirigía contra

863. En este sentido, OTP, *Prosecutor opens investigation in the Central African Republic*, ICC-OTP-PR20070522-220_EN, 22 de mayo de 2007.

864. ICC, *Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo Bemba* (ICC-01/05-01/08 2008.), 23 de mayo.

865. Información del caso accesible en: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/>.

Muammar Gaddafi, pero a causa de su fallecimiento, la SCPI I cerró formalmente el proceso. Como dato a destacar, la SCPI I declaró la inadmisibilidad del caso, en tanto que la jurisdicción nacional tenía abierta una investigación sobre los hechos, tras su alegación por el territorio de Libia. Actualmente, la decisión se encuentra pendiente de apelación.

4. Investigaciones iniciadas *motu proprio* por el fiscal

En lo relativo a la situación en Kenya, los casos son los siguientes: el seguido contra William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang (ICC-01/09-01/11), cuyo juicio comenzó el 10 de septiembre de 2013 y los sospechosos no se encuentran a disposición de la Corte; y Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali (ICC-01/09-02/11),⁸⁶⁶ cuyo juicio está en curso.

En ambos casos se han confirmado los cargos, en septiembre y octubre, respectivamente, de 2011. Los casos derivan de las comunicaciones recibidas por el fiscal sobre los posibles crímenes que se pudieron cometer durante las elecciones presidenciales, los cuales dieron lugar a las investigaciones preliminares de este, tras la adhesión de Kenya al EstCPI en el año 2005. La investigación comenzó en marzo del 2010, tras la autorización emitida por la SCP, requerida por el art. 15.4 EstCPI.

Un último caso, contra Walter Osapiri Barasa (ICC-01/09-13), se encuentra en fase de investigación. El mentado se enfrenta a tres cargos de delitos contra la administración de justicia, por influenciar corruptamente o corruptamente intentar influenciar a tres testigos de la CPI.

Por su parte, la situación de Costa de Marfil (Situation in the Republic of Côte d'Ivoire ICC-02/11), se encuentra en fase de investigación, tras la autorización por la SCP emitida el 3 de octubre de 2011.⁸⁶⁷ Este territorio no forma parte del EstCPI, pero aceptó la competencia de este órgano el 18 de abril de 2003. Posteriormente, la Presidencia de

866. Información disponible en : <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/>.

867. La información relativa a la situación se encuentra disponible en: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0211/>.

Costa de Marfil ha confirmado su interés en seguir manteniendo su compromiso con la CPI. En la actualidad, esta situación presenta tres casos abiertos, todos ellos en fase de investigación (Laurent Gbagbo (ICC-02/11-01/11), Simone Gbagbo (ICC-02/11-01/12) y Charles Blé Goudé (ICC-01/11-02/11)).

Por último, y sobre presuntos crímenes cometidos en el territorio de Mali, la Fiscalía tiene abierta una investigación desde enero de 2012. Tras comenzar la investigación, esta situación está asignada a la SCP II. Aún no hay casos en curso.

IV. UNA REFLEXIÓN FINAL

No cabe duda de que la CPI supone un hito en la creación de un nuevo esquema en la investigación y enjuiciamiento de los grandes criminales a nivel internacional. Se trata de un tribunal instaurado por un tratado internacional, configurado como una organización internacional independiente de carácter permanente y que cuenta con personalidad jurídica internacional. Evidentemente, celebramos este acontecimiento histórico y el paso de gigante que ha supuesto en la lucha contra la impunidad de los crímenes más graves contra la humanidad. Con todo, entendemos que en sus 12 años de funcionamiento, los frutos obtenidos han sido escasos: la primera condena, de Thomas Lubanga Dyilo, —de 14 de marzo de 2012—, tardó casi 10 años en llegar; el segundo fallo —de 18 de diciembre de 2012—, absolvió a Mathieu Ngudjolo Chui, exlíder rebelde congoleño, por no quedar demostrado que ordenara la muerte de, al menos, 200 civiles al noreste de la República Democrática del Congo. En este tiempo, la CPI, concretamente su Fiscalía, ha procedido a la apertura de ocho investigaciones en diferentes lugares del continente africano, que han dado lugar a 21 casos, de los cuales, cinco se encuentran en fase de primera instancia y dos pendientes de apelación.

Quizás aún sea pronto para valorar el trabajo realizado, pero resulta evidente que, a pesar de las esperanzas iniciales puestas en un órgano jurisdiccional de estas características, no se están investigando ni, mucho menos, acusando a todas las personas que pueden resultar responsa-

bles por los grandes crímenes competencia de la CPI, lo que constituye, a nuestro juicio, como mínimo, un tremendo revés para las expectativas de las miles de víctimas repartidas a lo largo de todo el mundo.

Por otro lado, resulta patente que la brecha de la impunidad no se cierra únicamente con la labor de enjuiciamiento de la CPI, sino que las jurisdicciones nacionales han de concentrar sus esfuerzos en investigar y enjuiciar a las personas responsables de los grandes crímenes internacionales. Sin embargo, esta obligación no corresponde únicamente las jurisdicciones de los Estados en los que los crímenes fueron cometidos, sino también al resto, en aplicación del principio de justicia universal, tan degradado por el legislador español, tras su última reforma del art. 23 LOPJ.⁸⁶⁸ No nos olvidemos que la jurisdicción de la CPI es complementaria de las jurisdicciones nacionales.

868. En virtud de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

**LA INVALIDEZ DE LA DIRECTIVA 2006/24/CE
Y SU REPERCUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL
(CONSECUENCIAS DE LA STJUE
DE 8 DE ABRIL DE 2014)⁸⁶⁹**

PROF. DR. JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRIA GURIDI
*Catedrático de Derecho Procesal
Universidad del País Vasco/
Euskal Herriko Unibertsitatea*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA 2006/24/CE. 1. Marco normativo de la Directiva 2006/24/CE: la protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas. 2. Controversia acerca del fundamento normativo de la Directiva 2006/24/CE.- III. LA SENTENCIA. 1. La injerencia en «los derechos» del art. 7 CDFUE. 2. La injerencia en el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 8 CDFUE). 3. Análisis de la justificación de la injerencia (art. 52.1 CDFUE). *a) La previsión legal. b) El respeto del contenido esencial del derecho afectado. c) El respeto del principio de proporcionalidad.*- IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LA DIRECTIVA 2006/24.- V. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 8 DE ABRIL DE 2014, EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA. 1. En relación a la conservación de los da-

869. Trabajo desarrollado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Interuniversitario Vasco (2013-2018) «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (IT-675-13) y UFI 11/05.

tos. a) *Categoría de los datos a conservar.* b) *Período de conservación de los datos.* c) *La destrucción de los datos.* d) *Autoridades de control.* 2. En relación a la cesión o acceso a los datos. a) *Gravedad de las conductas delictivas justificativas de la cesión de datos.* b) *Control por parte de un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa independiente.*- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de abril de 2014, ha venido a declarar que la Directiva 2007/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, es inválida. Dicha Directiva 2006/24/CE se propone armonizar las disposiciones de los Estados miembros en relación a la obligación de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de conservar determinados datos generados o tratados por los mismos «para garantizar que los datos estén disponibles con los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves» (art. 1.1).⁸⁷⁰ Esta Directiva 2006/24/CE ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Desde su origen, nos referimos al momento mismo de su gestación, la Directiva 2006/24/CE ha planteado un sinfín de controversias de índole jurídica.⁸⁷¹ Aunque en la actualidad, con la entrada en vigor del

870. Tal y como se recoge en el considerando (7) de la misma, el Consejo de Justicia e Interior afirmó, en sus conclusiones de 19 de diciembre de 2002, que «los datos relativos al uso de comunicaciones electrónicas son particularmente importantes y, por tanto, una herramienta valiosa en la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos, en especial contra la delincuencia organizada».

871. Incluso con carácter previo, señala J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ que el Proyecto de lo que posteriormente se convertiría en el Convenio sobre el Cibercrimen del Consejo de Europa, de 23 de noviembre de 2001, establecía a los proveedores de servicios de Internet el deber de conservar los datos de conexión de sus clientes de forma sistemática durante un período de tiempo determinado. Las presiones de los usuarios y empresas

Tratado de Lisboa, haya desaparecido en la UE el diseño en «pilares» condicionado por las materias y las competencias, en el momento en que se gestó aquella Directiva se planteó si lo que en ella se pretendía abordar se correspondía mejor con el primer pilar o pilar comunitario o si, por el contrario, encontraría mejor acomodo en el tercer pilar, de carácter intergubernamental, que comprendía las cuestiones relativas a la cooperación judicial y policial en materia penal.⁸⁷² Como en otras ocasiones, esta cuestión presenta dimensiones que inciden en los principios y libertades comunitarias, pero también en las relativas a la investigación, detección y enjuiciamiento de formas graves de delincuencia (tercer pilar). Como tendremos ocasión de comprobar, esta controversia relativa al fundamento normativo y el correspondiente instrumento jurídico a seguir, en su caso, tuvo que ser resuelta por el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

No concluyeron aquí, ni mucho menos, los conflictos jurídicos derivados de la Directiva 2006/24/CE. En efecto, continuaron con motivo de su transposición al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. En determinados Estados, sus tribunales constitucionales plantearon serios reparos de contenido a las disposiciones que se adoptaron para dar cumplimiento al deber de transposición recogido en el art. 15 de la Directiva 2006/24/CE. La voz de alarma surgió, sin ánimo de menospreciar a otros tribunales semejantes de otros Estados de la Unión, fundamentalmente cuando el Tribunal Constitucional alemán declaró en su sentencia de 2 de marzo de 2010 la inconstitucionalidad de la norma de transposición de dicha Directiva 2006/24/CE.⁸⁷³

del sector obligaron a abandonar dicha idea, «La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión Europea: una aproximación crítica», *La Ley*, 2006, n.º 6456, p. 1.

872. Conforme al Tratado de la UE, firmado en Maastricht (1992), el título VI del TUE comprendía la cooperación intergubernamental en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior. Con el Tratado de Ámsterdam (1999) se modifica el TUE y se amplían las competencias de la UE y, entre otras modificaciones, se comunitariza o traslada al primer pilar la cooperación judicial en materia civil y se mantiene en el título VI del TUE (tercer pilar) la cooperación judicial y policial en materia penal.

873. En concreto, determinados preceptos de la Ley de Telecomunicaciones (*Telekommunikationsgesetz*) de 22 de junio de 2004, conforme a la redacción dada por la

Como remate de esta breve introducción sobre las vicisitudes de la Directiva que nos ocupa, y que es lo que motiva este trabajo, trasladamos aquí que el *High Court* irlandés (asunto C-293/12) y el *Bundesverfassungsgerichtshof* austríaco (asunto C-594/12), plantearon ante el TJUE sendas cuestiones prejudiciales cuestionando la validez de dicha Directiva. El TJUE, en la sentencia antes citada y que ahora nos interesa, declara la invalidez de la Directiva 2006/24/CE. Para ello se fundamenta en la lesión de los derechos al respeto a la vida privada y familiar, al domicilio y a las comunicaciones (art. 7 CDFUE) y a la protección de datos de carácter personal (art. 8 CDFUE).⁸⁷⁴ En concreto, la Directiva 2006/24/CE no habría respetado la necesaria observancia del principio de proporcionalidad propia de cualquier limitación del ejercicio de los derechos

Ley de nueva regulación de la vigilancia de las telecomunicaciones y otras medidas de investigación encubierta y de transposición de la Directiva 2006/24 (*Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmassnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/CE*) de 21 de diciembre de 2017. En profundidad acerca de dicha sentencia M. GONZÁLEZ PASCUAL, «La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2010, n.º 36, pp. 591-616. Además del Tribunal Constitucional alemán, los Tribunales Constitucionales de la República Checa y de Rumanía también anularon la legislación nacional de transposición. *Vid.* el *Informe de evaluación sobre la Directiva de conservación de datos* elevado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2011 [COM (2011) 225 final].

874. Se plantea igualmente por el *High Court* irlandés y por el *Verfassungsgerichtshof* austríaco la compatibilidad de la Directiva con el derecho a la libertad de expresión contenido en el art. 11 CDFUE. El TJUE no se pronuncia sobre esta cuestión al estimar que no es necesario atendiendo a su pronunciamiento estimatorio de la lesión de los derechos comprendidos en los arts. 7 y 8 CDFUE. Sin embargo, llega a afirmar que «no se excluye que la conservación de datos controvertida pueda tener una incidencia en el uso por los abonados o usuarios registrados de los medios de comunicación a que se refiere esta Directiva y, en consecuencia, en el ejercicio por parte de estos de su libertad de expresión garantizada en el artículo 11 de la Carta» (parágrafo 28). De la misma opinión es el abogado general en sus conclusiones de 12 de diciembre de 2013 al afirmar que el «sentimiento difuso de vigilancia» que la Directiva puede ocasionar puede ejercer una influencia decisiva en el ejercicio de tales libertades. Pero la ausencia de datos impide al Tribunal pronunciarse y, en todo caso, ese efecto no sería más que una «consecuencia colateral» de la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada (punto 52).

y libertades reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (art. 52.1 CDFUE).⁸⁷⁵

II. ANTECEDENTES DE LA DIRECTIVA 2006/24/CE

Entre los antecedentes de la Directiva que nos ocupa analizaremos dos cuestiones. Por un lado, el marco genérico en el que ha de ubicarse la Directiva 2006/24/CE, que no es otro que el relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El origen entronca irremediablemente con la trascendental Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995. El reflejo de esta Directiva genérica sobre protección de datos personales encuentra su proyección en el ámbito específico de las comunicaciones electrónicas con la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Esta última Directiva prevé, sin embargo, la posibilidad de que los Estados miembros limiten el alcance de ciertos derechos y obligaciones en ella previstos. Entre estas medidas limitativas menciona la posibilidad de conservar durante cierto tiempo los datos vinculados a las comunicaciones electrónicas (art. 15). La Directiva 2006/24/CE se propone armonizar las disposiciones de los Estados miembros relativas a las obligaciones de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, adoptadas con fundamento en la posibilidad de excepcionar el régimen general en materia de protección de datos.

875. Dispone dicho precepto que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de los mismos. Además, «solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Al margen de la Carta, el Tribunal Supremo irlandés plantea la compatibilidad de la Directiva 2006/24 con el derecho de los ciudadanos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, establecido en el art. 21 TFUE.

Por otro lado, analizaremos la controversia surgida en relación al fundamento de dicha iniciativa (primer pilar —comunitario— o tercer pilar —intergubernamental—) y la resolución adoptada por el TJUE al respecto.

1. Marco normativo de la Directiva 2006/24/CE: la protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas

El punto de partida lo hallamos, como se ha indicado, en la Directiva 95/46/CE, que 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), si bien aquellos no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales en dichos Estados por motivos relacionados con la protección de los datos personales (art. 1.2).

En desarrollo o aplicación de esta Directiva básica en materia de protección de datos personales a ámbitos específicos en los que puede resultar afectado particularmente tal derecho, se han ido adoptando distintas directivas o instrumentos normativos. Ejemplo de ello es la Directiva 2002/58/CE, de la que trae causa la que nos ocupa, 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. El considerando (2) de la Directiva 2006/24/CE reconoce expresamente que la 2002/58/CE «traduce los principios establecidos en la Directiva 95/46/CE a normas específicas para el sector de las comunicaciones electrónicas».⁸⁷⁶

La Directiva 2002/58/CE preveía en su art. 15 la posibilidad (facultativa: «podrán») de que los Estados miembros adoptaran me-

⁸⁷⁶. En realidad hay que ubicar una Directiva intermedia, la 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 comunicaciones, que fue derogada por la Directiva 2002/58 para poder adaptar la protección a la introducción de nuevas tecnologías digitales (comunicaciones electrónicas).

didadas legales para limitar el alcance de determinados derechos y obligaciones, siempre que tal limitación constituyera una medida necesaria, proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional, la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos. En este contexto de limitación de derechos y obligaciones, el mismo precepto indicaba que, entre tales medidas, los Estados miembros pudieran facultativamente (otra vez «podrán») adoptar medidas para conservar durante un plazo limitado los datos de las comunicaciones electrónicas.

La justificación armonizadora de la Directiva 2006/24 vendría dada por el hecho de que las legislaciones de algunos Estados miembros adoptadas en desarrollo de lo previsto en el art. 15 de la Directiva 2002/58 varían considerablemente, lo que genera «obstáculos en el mercado interior de las comunicaciones electrónicas» (Considerandos 5 y 6). La eficacia armonizadora de la misma parece, sin embargo, que no ha sido la esperada.⁸⁷⁷

Puede parecer que la sentencia del TJUE que analizamos ha de girar exclusiva o básicamente en torno al derecho fundamental que nos ocupa, a saber, el de protección de los datos de carácter personal. Sin embargo, no siempre es fácil deslindar entre los derechos fundamentales afectados por la Directiva 2006/24. La propia Directiva 2006/24 afirma en su Considerando (22) que respeta los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, concretando que la misma, así como la Directiva 2002/58, intentan garantizar el cumplimiento de los derechos a la vida privada y de las comunicaciones y a la protección de los datos de carácter personal (consagrados ahora separadamente en los arts. 7 y 8 de la Carta).

877. Entendemos que el *Informe de evaluación sobre la Directiva de conservación de datos* elevado por la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2011, [COM (2011) 225 final] es demoledor en tal sentido considerando cuestiones esenciales tales como la finalidad perseguida, el período de conservación, las autoridades autorizadas, la gravedad de la pena, etc. Muy ilustrativo al respecto es igualmente el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 31 de mayo de 2011, cuando concluye que la Directiva no ha logrado su principal objetivo, esto es, armonizar la legislación nacional.

No resulta nada fácil determinar el derecho fundamental afectado en la medida en que determinados tribunales constitucionales consideran los datos de tráfico vinculados a las comunicaciones electrónicas como integrantes del contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque estas últimas hayan concluido (sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 2 de marzo de 2010, que declara inconstitucional la Ley nacional de transposición de la Directiva 2006/24). Mientras que, es el caso del TC español, otros estiman que los datos vinculados a una comunicación solo se amparan bajo el manto protector del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) solo si la comunicación está en curso.

Como tendremos ocasión de comprobar, puede estimarse, incluso, que la Directiva 2006/24 puede resultar respetuosa con las garantías que rodean el derecho fundamental a la protección de datos personales, pero, no con las garantías exigidas por el respeto a la vida privada. Esta opinión es la que mantiene, por ejemplo, el abogado general Cruz Villalón en este asunto en sus conclusiones de 12 de diciembre de 2013. Esto es, la injerencia que permite la Directiva es de tal intensidad por la naturaleza de los datos a conservar y su extensión, que el derecho fundamental afectado sería esencialmente el derecho al respeto a la vida privada (art. 7 CDFUE).

2. Controversia acerca del fundamento normativo de la Directiva 2006/24/CE

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. Pero como hemos podido comprobar en relación con la adopción de la Directiva 2006/24/CE, no siempre resulta sencillo trazar la línea divisoria entre lo comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y del título VI relativo a la cooperación judicial y policial en materia penal. Prueba de ello es que con anterioridad a que se materializara la Propuesta de Directiva que

desembocará en la adopción de la indicada, se dan pasos en el ámbito del «tercer pilar», al margen pues del Derecho comunitario, con una finalidad, si no idéntica, sí muy similar. El borrador de Decisión marco presentado al respecto fijaba entre su objeto y ámbito favorecer la cooperación judicial en materia penal mediante la «aproximación» de las legislaciones de los Estados miembros sobre conservación de los datos generados o tratados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales.⁸⁷⁸

Desde un comienzo, la Comisión mostró sus reservas acerca del acierto de la iniciativa y de la base jurídica para ella, estimando que la imposición de obligaciones de conservación de datos a los proveedores de servicios por un periodo de tiempo determinado se correspondía más acertadamente con el ámbito del Derecho comunitario y que la iniciativa se ajustaría, consiguientemente, con una Directiva con fundamento en el art. 95 TCE. Evidentemente las dudas surgen porque el fin último de las iniciativas adoptadas en los dos ámbitos es idéntico, esto es, servir a los fines de la lucha contra la delincuencia en su manifestación más grave. Pero ello implica la imposición de una serie de obligaciones a las compañías prestadoras de servicios que implican interferencias en el mercado interior.⁸⁷⁹ Estas dudas motivaron la interposición de un recurso de anulación contra la Directiva 2006/24/CE por parte de la República de Irlanda, apoyada por la República Eslovaca.

En sus alegaciones, la República de Irlanda afirma que la elección del art. 95 TCE 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 facilitar la investiga-

878. COM (2005) 438 final, de 25 de febrero de 2005.

879. De ahí que J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ ya diferenciara la finalidad directa o inmediata de la Directiva (conservación de datos) y la mediata (resultar útil para los fines de investigación y represión penal), «La retención de los datos de tráfico...», *op. cit.*, pp. 3-4 y en «Comentarios a la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones», en Ana I. HERRÁN/Aitziber EMALDI/Marta ENCISO (eds.), *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Publicación Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, p. 6.

ción, 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).⁸⁸⁰ En su opinión, las medidas fundadas en el art. 95 TCE 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 secundario.⁸⁸¹

Al igual que hará posteriormente el TJCE, el abogado general Yves Bot afirmará en sus conclusiones en el asunto que para trazar, en el marco de los litigios relativos a la elección de la base jurídica, la frontera entre los ámbitos de acción pertenecientes al legislador comunitario y aquellos atribuidos al legislador de la Unión Europea, resulta esencial el art. 47 TUE, «disposición bisagra entre lo que se rige por el Derecho comunitario y lo que se rige por el Derecho de la Unión» (apartado 72). Conforme a este precepto, ninguna disposición del Tratado CE puede verse afectada por una disposición del Tratado UE. Esta exigencia también figura en el art. 29 TUE, párrafo primero, que introduce el título VI de este último Tratado, consagrado a la cooperación policial y judicial en materia penal.⁸⁸²

880. En el trasfondo del recurso se encuentra una iniciativa de Francia, Irlanda, Suecia y el 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).

881. 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.

882. Como apunta en sus conclusiones en este asunto C-301/06 el abogado general Yves BOT, presentadas el 14 de octubre de 2008, «El reparto de competencias en el seno de una estructura constitucional que comprende tres pilares, a saber, un pilar comunitario y dos pilares en los que la dimensión intergubernamental es más marcada, genera este tipo de litigios en los que el Tribunal de Justicia tiene la delicada y compleja misión de trazar la línea de demarcación entre los ámbitos de acción que corresponden al legislador comunitario y los atribuidos al legislador de la Unión» (apartado 2) y que «En el caso de autos, se ha pedido al Tribunal de Justicia que precise la frontera entre el pilar comunitario y el tercer pilar, es decir, el título VI del Tratado UE, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal» (apartado 3).

En opinión del abogado general, existe una innegable vinculación entre la conservación de datos prevista en la Directiva 2006/24/CE y las finalidades vinculadas a la represión penal.⁸⁸³ Sin embargo, «la Directiva 2006/24 contiene medidas que se sitúan en una fase anterior a la posible puesta en práctica de una acción de cooperación policial y judicial en materia penal. Ni armoniza la cuestión del acceso a los datos por parte de las autoridades nacionales competentes en materia policial ni la relativa a la utilización o el intercambio de estos datos entre esas autoridades, como, por ejemplo, en el caso de una investigación penal». Estas cuestiones que, en su opinión, entran en el ámbito de aplicación del título VI del TUE, han sido debidamente excluidas del dispositivo de la Directiva 2006/24/CE (apartado 103).

Para fijar la frontera entre las medidas que forman parte del pilar comunitario y las que tienen que adoptarse en el marco del título VI del TUE propone el abogado general lo siguiente:

Pertenecen al pilar comunitario las medidas que armonizan las condiciones en las que los proveedores de servicios de comunicaciones tienen que conservar los datos de tráfico y de localización generados o tratados en el marco del ejercicio de su actividad comercial. Semejante aproximación de las legislaciones nacionales en materia de conservación de datos disminuye, en efecto, el riesgo de obstáculos al desarrollo del mercado interior de las comunicaciones electrónicas al situar a los proveedores de servicios frente a exigencias comunes. El hecho de que el legislador haya considerado necesario imponer la conservación de datos a causa de la eficacia de esta herramienta para la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos

883. «Nadie ha discutido en el presente procedimiento, y no me parece discutible, que, en cuanto tal, la razón de ser de la obligación de conservación de datos que pesa sobre los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas reside en que favorece la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. No cabe negar que el legislador comunitario ha querido generalizar la obligación de conservar los datos de tráfico y de localización generados o tratados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicaciones, precisamente porque la conservación de datos constituye una herramienta de investigación eficaz en el marco de las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades policiales de los Estados miembros, especialmente en asuntos de delincuencia organizada o de terrorismo» (apartado 92).

graves no es suficiente para sacar a esta medida del pilar comunitario, ya que este imperativo de interés general puede ser tenido en cuenta por una medida de armonización adoptada sobre la base del artículo 95 CE. Además, la mención de este imperativo de interés general es indispensable para justificar la injerencia del legislador comunitario en el derecho al respeto de la vida privada de los usuarios de los servicios de comunicaciones electrónicas (apartado 106).

Forman parte del tercer pilar, en cambio, las medidas que armonizan las condiciones en las que las autoridades nacionales competentes en materia policial pueden tener acceso a los datos conservados, y utilizar e intercambiar estos para el cumplimiento de su misión. La intervención directa de dichas autoridades sobre los operadores privados y la comunicación obligatoria de datos por parte de estos últimos con fines policiales entran así, en mi opinión, en el ámbito de la «cooperación policial y judicial en materia penal» en el sentido del título VI del Tratado UE. En efecto, en ese momento, la participación de los operadores privados en un proceso policial y su colaboración con las autoridades nacionales competentes en la materia adquieren un carácter concreto y cierto (apartado 107).⁸⁸⁴

Con la argumentación citada, el abogado general propone en sus conclusiones al TJCE la desestimación del recurso de anulación interpuesto por la República de Irlanda. Siguiendo esta estela, 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

884. Si con anterioridad hemos defendido que los problemas derivados del solapamiento de finalidades pertenecientes a los distintos Pilares se aminorarían si se hubiera adoptada paralelamente una iniciativa complementaria en el plano de la cooperación en materia penal («Tercer Pilar»), sostiene el abogado general en este asunto que «sería más satisfactorio que el problema global de la conservación de datos por parte de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas y las modalidades de su cooperación con las autoridades nacionales competentes en materia policial fuesen objeto de un acto único que garantizase la coherencia entre las dos partes. Aunque sea de lamentar, la arquitectura constitucional compuesta por tres pilares impone no obstante ciertas escisiones entre los ámbitos de acción. La prioridad, en este contexto, consiste en garantizar la seguridad jurídica al tiempo que se aclaran, en la medida de lo posible, las fronteras entre los ámbitos de acción de los diferentes pilares» (apartado 108).

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 TCE 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 analizado.⁸⁸⁵

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 estos por las autoridades policiales o judiciales de los Estados miembros. Estas últimas cuestiones sí estarían en el ámbito de aplicación del título VI TUE.⁸⁸⁶

885. 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.

886. 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

La controversia relativa al fundamento normativo de la Directiva 2006/24/CE planea de forma constante todavía a lo largo de las conclusiones, de 12 de diciembre de 2013, del abogado general —Cruz Villalón— presentadas sobre el asunto que nos ocupa ahora. Se refiere, por ejemplo, a la «dualidad funcional» que caracteriza a la Directiva 2006/24. En efecto, por un lado, nos encontraríamos con la función clásica de toda Directiva consistente en armonizar legislaciones nacionales dispares o que pueden llegar a serlo sobre la conservación de los datos de tráfico y localización vinculadas a las comunicaciones electrónicas, en aras a proteger el buen funcionamiento del mercado interior. Esta función armonizadora justificó que, en opinión del TJUE en la sentencia de 10 de febrero de 2009, la base normativa para la adopción de la Directiva 2006/24 fuera el art. 95 TCE, esto es, el ámbito propio del Derecho comunitario, y no el del tercer pilar (o intergubernamental). Pero, por otro lado, además de su función armonizadora, destaca en la Directiva 2006/24 que la misma pretende establecer obligaciones, principalmente de conservación de datos, produciéndose la transición de un régimen facultativo de conservación de datos (Directiva 2002/58) a otro preceptivo (Directiva 2006/24).⁸⁸⁷ Esta segunda función es la que ha de considerarse, fundamentalmente, para dar respuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas, en opinión del abogado general.

Este debate acerca del fundamento comunitario o no de la Directiva 2006/24 está también presente, en consideración del abogado general en la cuestión prejudicial planteada por el *High Court* irlandés acerca de la adecuación de la citada Directiva con respecto al art. 5.4 TUE.

de servicios por parte de las compañías aéreas, pero sí para proteger la seguridad pública y para fines represivos.

887. El artículo 15.1 de la primera de las Directivas facultaba a los Estados miembros («podrán») a la adopción de medidas legales para limitar el alcance de determinados derechos y obligaciones cuando fuera necesario para una serie de finalidades (seguridad, defensa, seguridad pública, prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, etc.). Además de ser facultativa la adopción de medidas limitativas, también es facultativo que entre las mismas se comprenda la conservación de datos («Para ello, los Estados miembros podrán adoptar, entre otras, medidas legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado»).

Conforme a dicho precepto, el ejercicio de las competencias de la UE se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y en virtud de este último precepto, «el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados». El TJUE elude esta cuestión (*vid.* apartado 72) —y la reconduce al principio de proporcionalidad del art. 52.1 de la Carta—, pero tiene la suficiente enjundia en opinión del abogado general, pues estima que la Directiva 2006/24 no superaría el test de proporcionalidad si nos limitáramos a considerar exclusivamente el objeto preponderante de la misma, a saber, armonizar los ordenamientos nacionales para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interno. La desproporcionalidad derivaría de la intensa injerencia que aquella Directiva permite en el derecho a la vida privada. Para superar dicho test de proporcionalidad desde la perspectiva del art. 5.4 TUE habría que tener en cuenta el objetivo último de la citada Directiva, esto es, la represión de actividades delictivas graves.⁸⁸⁸

La diferencia entre los distintos pilares (comunitario e intergubernamental) característica del estatus previo a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y de la que es fiel reflejo la Directiva 2006/24 que nos ocupa, es evidente en su Considerando (25). Frente al objeto de la Directiva 2006/24 al que ya hemos hecho referencia (art. 1), en dicho considerando se afirma que la misma se «entiende sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para adoptar medidas legislativas relativas al derecho de acceso y de utilización de los datos por parte de las autoridades nacionales tal como determinen los mismos. *Las cuestiones relativas al acceso por parte de las autoridades nacionales a datos conservados con arreglo a la presente Directiva para las actividades contempladas en el artículo 3, apartado 2, primer guión, de la Directiva 95/46/CE, quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Sin embargo, pueden estar sometidas a la legislación nacional o a una acción como las previstas por las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea (...)*».

888. Puntos 92 a 105 de sus conclusiones.

III. LA SENTENCIA

La Directiva 2006/24/CE afirma en su Considerando (22) que la misma «respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En especial, la presente Directiva, junto con la Directiva 2002/58/CE, intenta garantizar el pleno cumplimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos al respeto de la vida privada y de las comunicaciones y a la protección de los datos de carácter personal, consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta. Son precisamente estos dos preceptos de la Carta, los que reconocen los derechos a respetar la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones, por un lado, y de protección de los datos de carácter personal, por otro, los que fundamentan el cuestionamiento de las decisiones prejudiciales planteadas por ambos tribunales, junto con el derecho a la libertad de expresión (art. 11 CDFUE).⁸⁸⁹

Con carácter previo al examen de la validez de la Directiva a la luz de los arts. 7 y 8 de la Carta, realiza el TJUE un breve recordatorio de la naturaleza de los datos a conservar y su repercusión e incidencia acerca de la información que aportan. En concreto, afirma el TJUE que los datos que deben conservar los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones son, en particular, los datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación y su destino, para identificar la fecha, hora y duración de una comunicación, el equipo de comunicación de los usuarios y para identificar la localización del equipo de comunicación móvil, datos entre los que figuran el nombre y la dirección del abonado o usuario registrado, los números de teléfono de origen y destino y una dirección IP para los servicios de Internet.⁸⁹⁰ Estos datos, afirma el TJUE,

889. En palabras del abogado general, en sus conclusiones de 12 de diciembre de 2013, la injerencia en el ejercicio de los derechos fundamentales «no es objeto de discusión alguna». Cuestión distinta es la relativa a la proporcionalidad —y consiguiente justificación— de dichas injerencias.

890. *Vid. in extenso* la relación o categoría de datos a conservar conforme al art. 5 de la Directiva 2006/24.

«permiten, en particular, saber con qué persona se ha comunicado un abonado o un usuario registrado y de qué modo, así como determinar el momento de la comunicación y el lugar desde la que esta se ha producido. Además, permiten conocer la frecuencia de las comunicaciones del abonado o del usuario registrado con determinadas personas durante un período concreto» (apartado 26).

Ahora bien, ¿qué incidencia o repercusión pudiera tener la conservación de estos datos en los derechos reconocidos en la Carta? Estos datos considerados en su conjunto, afirma la sentencia del TJUE, «pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuentan» (apartado 27).⁸⁹¹

El TJUE procede a examinar conjuntamente las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales remitentes y que inciden en la validez de la Directiva 2006/24 a la luz de los arts. 7, 8 y 11 de la CDFUE. El art. 7 de la CDFUE dispone que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». Nos limitamos, por ahora, a destacar que dicho precepto reconoce de forma expresa el derecho al respeto del domicilio y de las comunicaciones, junto con el derecho al respeto a la vida privada y familiar. De este

891. Esta introducción da pie al análisis de la incidencia de la Directiva en los derechos reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta. En cualquier caso, y aunque no es una cuestión que se resuelva en la sentencia del TJUE, afirma el TJUE que «no se excluye que la conservación de datos controvertida pueda tener una incidencia en el uso por los abonados o usuarios registrados de los medios de comunicación a que se refiere esta Directiva y, en consecuencia, *en el ejercicio por parte de estos de su libertad de expresión, garantizada en el artículo 11 de la Carta*» (apartado 28). Como podemos comprobar en el trabajo de M. GONZÁLEZ PASCUAL, esta conclusión es coincidente con la del Tribunal Constitucional Federal alemán, pues considera que el acceso y tratamiento de los datos de tráfico vinculados a las comunicaciones electrónicas durante un plazo amplio (seis meses en la Ley alemana) «permite reconstruir el perfil social e individual de un individuo», conocer la «pertenencia a asociaciones, o grupos de interés» y también las «tendencias, preferencias y debilidades íntimas de una persona», en «La Directiva de retención de datos...», cit., p. 599 citando los marginales 210-212 de la sentencia del Tribunal Constitucional.

modo, el art. 7 CDFUE visualiza nominativamente como derechos autónomos lo que en el art. 8 CEDH forma parte integrante del contenido del derecho a la vida privada.⁸⁹² Esta cuestión no es baladí considerando el pronunciamiento del TJUE en la resolución que nos ocupa sobre la injerencia por parte de la Directiva 2006/24 en «los derechos» garantizados por el art. 7 CDFUE y la exigencia constitucional española de resolución judicial cuando la injerencia se produce en el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. Por su parte, el art. 8 de la CDFUE reconoce en tres apartados distintos: 1) que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan»; 2) que «estos datos se tratarán de un 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 la conciernan y a su rectificación»; y 3) que «el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente».

1. La injerencia en «los derechos» del art. 7 CDFUE

Ya hemos adelantado que el art. 7 CDFUE garantiza de forma expresa, no solo genéricamente el derecho a la vida privada (y familiar), sino también los derechos al respeto del domicilio y de las comunicaciones de las personas. El TJUE es rotundo en su sentencia al proclamar que la conservación de datos para su eventual acceso por las autoridades nacionales competentes, conforme a la Directiva 2006/24, «afecta de forma directa y específica a la vida privada» (apartado 29). Esto es, incide en el derecho genérico «vida privada» que sirve de fundamento a manifestaciones específicas de la misma, como el secreto de las co-

892. Un análisis pormenorizado acerca del contenido del derecho al respeto a la vida privada y familiar puede hallarse en X. ARZOZ SANTISTEBAN, «Comentario al artículo 8 del CEDH», en I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2009, 2.^a ed., pp. 293-389.

municaciones o la inviolabilidad del domicilio.⁸⁹³ Pero la sentencia del TJUE va más allá y resuelve la difícil tarea de concretar el significado del derecho a la vida privada⁸⁹⁴ al añadir que, por lo tanto, afecta «a los *derechos* que garantiza el artículo 7 de la Carta». No parece esta generalización un lapsus del sentenciador, pues más adelante, en el apartado 34 de la sentencia, se concluye igualmente que la obligación impuesta por la Directiva 2006/24 a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público de conservar durante un determinado período de datos constituye «en sí misma una injerencia en *los derechos garantizados* por el artículo 7 de la Carta» (apartado 34).

Parece evidente que al comprender a todos los derechos del art. 7 CDFUE como afectados por la Directiva, se refiere también al derecho al respeto de las comunicaciones (más difícil se hace entender que la referencia se extienda al respeto del domicilio). Esta cuestión es trascendental desde la perspectiva del ordenamiento español —y de la norma de trasposición de la Directiva—, atendiendo a las distintas garantías constitucionales que rodean los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE. En efecto, la injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones exige constitucionalmente la concurrencia de una resolución judicial —junto a otros presupuestos— para que pueda considerarse legítima tal injerencia. La incidencia en otros derechos fundamentales —léase derecho a la intimidad general o derecho a la protección de datos de carácter personal— no está, por el contrario, sujeta a idéntica reserva judicial.

De ahí que el deslinde de los derechos fundamentales que resultan afectados mediante la diligencia de conservación de los denominados

893. Ya hemos adelantado que a partir del reconocimiento por el CEDH del derecho a la vida privada (art. 8), ha derivado el TEDH los contenidos específicos indicados.

894. Tarea que, aprovechamos la ocasión para decirlo, no siempre se ve favorecida por la labor de los intérpretes y traductores de los textos normativos europeos. A modo de ejemplo, conocedores de que no cabe equiparar el derecho a la vida privada con el derecho a la intimidad, no son pocas las disposiciones europeas en las que se confunden ambas realidades en el DO (así, la Directiva 2002/58/CE, relativa, en la versión española, al tratamiento de los datos personales y a la «*protección de la intimidad*» en el sector de las comunicaciones electrónicas; y relativa, en otras versiones, a la protección de la *vie privée* o de la *privacy*).

datos de tráfico de las comunicaciones no ha resultado pacífico. Con fundamento en la STEDH caso *Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, que proclamó que las informaciones coextensas a las comunicaciones telefónicas, tales como los números marcados, la hora y la duración de cada llamada («técnica del recuento», «open register», «comptage»), forman parte de las comunicaciones telefónicas, nuestro Tribunal Constitucional, partiendo del concepto de «secreto» consideró en un momento inicial que el art. 18.3 CE «no cubre solo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales» (STC 114/1984, de 29 de noviembre). Estos datos externos al contenido de la comunicación tendrían la misma tutela que el contenido mismo según esta jurisprudencia.⁸⁹⁵

Esta orientación cambia a partir de la STC 70/2002, de 3 de abril, en la que se matiza que la tutela del derecho al secreto de las comunicaciones «alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos».⁸⁹⁶ Esto es, el ámbito de aplicación de la

895. A partir de la misma, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/1999, de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales, consideró que los mencionados datos de tráfico estaban amparados por el art. 18.3 CE. Postura que parece mantener en la Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, al no hacer referencia al estado en que se halla la comunicación, esto es, concluida o no, p. 20.

896. Para un análisis detallado y en profundidad acerca de los supuestos en los que los datos de tráfico quedan tutelados por el art. 18.3 CE o, por el contrario, por otros derechos fundamentales (básicamente el derecho a la protección de datos de carácter personal) *vid.* J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2007, en particular pp. 135-164. El mismo autor en «Intervención de comunicaciones: nuevos desafíos, nuevos límites», en J. PÉREZ GIL (coord.) *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 118-129. El mismo autor, en «Utilización en el proceso penal de datos vinculados a las comunicaciones electrónicas recopilados sin indicios de comisión delictiva», en E. PEDRAZ PENALVA (coord.), *Protección de datos y proceso penal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 386-387. Acerca de la problemática particular de los datos de tráfico que permiten

Directiva 2006/24, se ajustaría más correctamente a esta segunda categoría de datos de tráfico, en la medida en que se refieren a procesos de comunicación ya concluidos.

El Tribunal Constitucional Federal alemán sigue la primera orientación, y entiende que el derecho al secreto de las comunicaciones se extiende, tanto al contenido, como a las circunstancias de una comunicación (especialmente los interlocutores, el momento de la comunicación o la frecuencia de la misma) y, no solo limitado al momento de la comunicación, sino extensible a cualquier posibilidad de acceso posterior por parte del poder público.⁸⁹⁷ La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de transposición de la Directiva 2006/24 tiene como argumento, por consiguiente, la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Como se ha indicado, el TJUE, sin mucho esfuerzo argumentativo la verdad sea dicha, afirma con contundencia que la obligación de conservación de datos impuesta por la Directiva 2006/24 afecta de forma directa y específica a la vida privada y, por tanto, a los derechos que garantiza el art. 7 CDFUE (entre los que, insistimos, se comprende el respeto a las comunicaciones personales). A lo sumo, usando un criterio excluyente, alega que para demostrar la existencia de una injerencia en el derecho fundamental al respeto de la vida privada, «carece de

la localización del equipo de comunicación (datos a conservar conforme al art. 5.1.f de la Directiva 2006/24) *vid.*, además del anterior autor, J. PÉREZ GIL, «El nuevo papel de la telefonía móvil en el proceso penal: ubicación y perfiles de desplazamiento», en J. PÉREZ GIL (coord.) *El proceso penal en la sociedad...*, cit., pp. 175 y ss. Para M. MARCHENA GÓMEZ, no es realista considerar que los datos que nos ocupan integran el contenido del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, aproximándose más en su naturaleza al derecho a la protección de datos, «La vulneración de derechos fundamentales por ministerio de la Ley (a propósito del art. 33 de la Ley General de Telecomunicaciones)», *La Ley*, 2011, n.º 7572, pp. 1 y 6. También J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 512-513.

897. *Vid.* al respecto M. GONZÁLEZ PASCUAL quien aclara que, de este modo, el Tribunal Constitucional Federal alemán descarta recurrir al derecho a la autodeterminación informativa, «ya que es un derecho subsidiario en el sistema constitucional alemán que actúa ante la existencia de lagunas», en «La Directiva de retención de datos...», cit., p. 598.

relevancia que la información relativa a la vida privada de que se trate tenga o no carácter sensible o que los interesados hayan sufrido o no inconvenientes en razón de tal injerencia» (apartado 33 de la sentencia). Esta injerencia se produciría por la mera conservación de los datos, aunque no se produjera el posterior acceso a los mismos por parte de las autoridades nacionales competentes.⁸⁹⁸

Más esclarecedoras resultan las conclusiones del abogado general Cruz Villalón en su análisis de los derechos fundamentales afectados y del grado de injerencia en los mismos. Tras admitir que la Directiva 2006/24 constituye una injerencia en los derechos de respeto de la vida privada y a la protección de los datos de carácter personal, y en la libertad de expresión y de información, entiende que la repercusión más importante no deriva del tratamiento de los datos conservados, sino de la injerencia en el derecho al respeto de la vida privada.⁸⁹⁹ En efecto, considera el abogado general que la estructura y garantías del art. 8 de la Carta están mejor adaptadas a los datos que presentan cierta permanencia y cierta neutralidad. La cuestión es distinta cuando se trata de datos que «se refieren esencialmente a la vida privada, al secreto de la vida privada, incluida la intimidad». En este caso, el problema no sería tanto el de las garantías relativas al tratamiento de los datos, sino el de los datos como tales, esto es, el hecho de que «circunstancias de la vida privada de una persona hayan podido materializarse en forma de datos, que, en consecuencia, pueden ser objeto de tratamientos informáticos» (punto 65).

Concluye el abogado general que la Directiva 2006/24 constituye una injerencia «especialmente caracterizada» en el derecho al respe-

898. Así se deduce del apartado 34 de la sentencia en el que se afirma que «el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos *constituye una injerencia adicional*» en este derecho fundamental. Concluye este mismo apartado insistiendo en que los arts. 4 y 8 de la Directiva 2006/24, que establecen normas relativas al acceso de las autoridades nacionales a los datos, «también constituyen una injerencia en los derechos garantizados por el artículo 7 de la Carta».

899. Afirma que la Directiva 2006/24 puede responder perfectamente a las exigencias del art. 8, apartados 2 y 3, de la Carta (protección datos personales), pero puede considerarse que vulnera desproporcionadamente el art. 7 de la Carta (vida privada) —puntos 60 y 61—.

to de la vida privada. ¿En qué se fundamenta esta afirmación? En su opinión, «la recogida y sobre todo la conservación, en bases de datos gigantescas, de los múltiples datos generados o tratados en el marco de la mayor parte de las comunicaciones electrónicas corrientes de los ciudadanos de la Unión constituyen una injerencia caracterizada en su vida privada, aun cuando no hagan más que crear las condiciones de posibilidad de un control retrospectivo de sus actividades tanto personales como profesionales. La recopilación de estos datos crea las condiciones de una vigilancia que, aunque solo se ejerce retrospectivamente en el momento de su explotación, amenaza no obstante de manera permanente, durante todo su período de conservación, el derecho de los ciudadanos de la Unión al secreto de su vida privada».⁹⁰⁰

2. La injerencia en el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 8 CDFUE)

Parece también, con más motivo, fuera de toda duda que la conservación de los datos de tráfico a que se refiere la Directiva 2006/24 constituye una injerencia en el derecho a la protección de datos de carácter personal. Como se ha evidenciado más arriba, la Directiva 2006/24 trae causa de la Directiva 2002/58/CE, relativa, precisamente, al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad (vida privada conforme a otras versiones) en el sector de las comunicaciones elec-

900. Abundando en este planteamiento, añade que los efectos de esa injerencia se han multiplicado por la importancia que han adquirido los medios de comunicación electrónicos en las sociedades modernas y su utilización «masiva e intensiva por una parte considerable de los ciudadanos europeos en todos los ámbitos de sus actividades privadas o profesionales». Los datos de que se trata no son datos en el sentido clásico de la expresión, sino datos personales «cualificados, cuya explotación puede permitir determinar de manera tan fiel como exhaustiva una parte importante de los comportamientos de una persona pertenecientes estrictamente a su vida privada, o incluso un retrato completo y preciso de su identidad privada. Además, existen factores que agravan el riesgo de que los datos conservados se utilicen con «fines ilícitos, potencialmente lesivos para la vida privada o incluso fraudulentos o malintencionados» (puntos 70 a 80 de las conclusiones).

trónicas y persigue una función armonizadora considerando las perturbadoras consecuencias derivadas de «las diferencias legales y técnicas entre disposiciones nacionales sobre conservación de datos con fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos» (considerando 5 Directiva 2006/24). A su vez, la Directiva 2002/58 supone un desarrollo específico de la Directiva 95/46/CE a un sector concreto, el de las comunicaciones electrónicas.⁹⁰¹ Esta última Directiva persigue la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.⁹⁰²

No es de extrañar, pues, que el TJUE se limite en su sentencia a constatar que «la Directiva 2006/24 constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal garantizado por el artículo 8 de la Carta *puesto que establece un tratamiento de datos de carácter personal*» (apartado 36).⁹⁰³ Injerencia, por otra parte y siguiendo sobre este punto las conclusiones del abogado general Cruz Villalón, de «gran magnitud» y que debe considerarse «especialmente grave». En cualquier caso, volvemos a recordar que, en opinión del abogado general, considerando los derechos fundamentales afectados y el grado de intensidad de la injerencia en cada uno de ellos, el análisis de la validez de la Directiva 2006/24 ha de abordarse «prioritariamente» desde la perspectiva de la vida privada garantizada por el art. 7 de la Carta y «solo secundariamente» desde la perspectiva de las garantías referentes al tratamiento de datos de carácter personal previstas en el art. 8 de la Carta.⁹⁰⁴

901. Como se afirma en el considerando (2) de la Directiva 2006/24, la 2002/58 «traduce los principios establecidos en la Directiva 95/46/CE a normas específicas para el sector de las comunicaciones electrónicas».

902. Como afirma el abogado general CRUZ VILLALÓN en sus conclusiones, las mencionadas tres Directivas constituyen el marco jurídico del Derecho de la Unión pertinente para el examen de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE (punto 4).

903. Algo indudable considerando la amplia definición que de «tratamiento de datos personales» se contiene en la Directiva 95/46/CE y que, entre otras muchas operaciones, comprende la recogida, registro, conservación, organización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, etc. (art. 2.b).

904. Apartado 37 de la sentencia y puntos 77 y 80 de las conclusiones del abogado general. Esta particular intensidad en la injerencia se ve agravada por la circunstancia,

3. Análisis de la justificación de la injerencia (art. 52.1 CDFUE)

Hechas estas afirmaciones no resta sino proceder, en el análisis de las cuestiones prejudiciales, a examinar si las injerencias en los derechos fundamentales indicados resultan justificadas. El precepto de referencia es el 52.1 CDFUE que dispone que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta «deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás».

a) La previsión legal

El primer presupuesto mencionado por el art. 52.1 CDFUE para entender justificada cualquier limitación en los derechos y libertades reconocidos en la Carta no es otro que el que la misma esté «establecida por la ley». La sentencia del TJUE no alude a este primer presupuesto y pasa a analizar si se respeta o no con la Directiva 2006/24 el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados. Sí lo hace en sus conclusiones (puntos 108 y ss.), con mayor corrección sistemática, el abogado general para afirmar que resulta casi «superfluo» señalar que la injerencia en el derecho al respeto a la vida privada (recopilación y conservación de datos a efectos de su disponibilidad) está prevista en la Directiva 2006/24 y, por tanto, puede considerarse «formalmente establecida por la ley» en el sentido del art. 52.1 de la Carta. Sin embargo, admitiendo que formalmente se satisface el requisito de la previsión legal, el abogado general centra su atención en la necesidad de aproximarse a la interpretación que realiza el TEDH de la exigencia de la

según la sentencia y siguiendo igualmente sobre este sentido las conclusiones del abogado general, de que la conservación de los datos y su posterior utilización se efectúan sin que el abonado o el usuario registrado hayan sido informados de ello, lo que puede generar en las personas afectadas el sentimiento de que su vida privada es objeto de una vigilancia constante.

«calidad de la ley» previsoras (teniendo en cuenta, a su vez, la exigencia del art. 52.3 CDFUE).

Lo que el abogado general quiere destacar en sus conclusiones es que al adoptarse una interpretación más que la meramente formal del requisito de previsión legal, la cuestión que se plantea es si las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales contenidas en la Directiva 2006/24 «se acompañan de las garantías a las que tales limitaciones deben estar sujetas y que deben establecerse con el suficiente grado de detalle». La dificultad que plantea la Directiva 2006/24, añade el abogado general Cruz Villalón, es que se trata de una Directiva que pretende establecer la obligación de que los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas recaben y conserven los datos de tráfico y localización de las comunicaciones, «y no las garantías que deben regir el acceso a dichos datos conservados y su explotación», remitiéndose sobre esto último a lo que prevea cada Estado miembro en su legislación interna.

No le falta razón al abogado general al afirmar que cuando es el propio legislador de la Unión quien adopta un acto que establece obligaciones que constituyen injerencias caracterizadas en los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión no puede dejar por completo a los Estados miembros la tarea de definir «las garantías que pueden justificarlas», esto es, no puede conformarse con asignar a las autoridades competentes de los Estados miembros la responsabilidad de definir y establecer esas garantías. Pese a que el art. 4 de la Directiva disponga que corresponde a cada Estado miembro definir en su legislación nacional «el procedimiento que deba seguirse y las condiciones que deban cumplirse para tener acceso a los datos conservados de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho internacional público, y en particular el CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».⁹⁰⁵

905. En concreto, afirma que la diferencia existente entre el régimen «facultativo» de conservación de datos característico de la Directiva 2002/58 (art. 15) y el régimen «preceptivo» de tal recopilación y conservación característico de la Directiva 2006/24 habría debido acompañarse de «una evolución paralela en lo que respecta a las garantías».

Cierto es que la Directiva 2006/24 no regula el acceso a los datos recabados y conservados, debido indudablemente al reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión. Pero ello no obsta, en opinión del abogado general, para que le fuera exigible al legislador de la Unión el establecimiento de una serie de garantías, «al menos en forma de principios que los Estados miembros deberían desarrollar».⁹⁰⁶ Entre estas últimas, se echan en falta, por un lado, una mayor concreción de las «actividades delictivas que pueden justificar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos recabados y conservados»;⁹⁰⁷ por otro, una limitación del acceso a autoridades judiciales o cuando menos independientes;⁹⁰⁸ igualmente, cabría esperar que se fijara como principio la posibilidad de que los Estados miembros establecieran excepciones al acceso a los datos conservados en determinadas circunstancias excepcionales;⁹⁰⁹ y, por último, estima que habría debido establecer el principio de que las autoridades facultadas para acceder a los datos tengan la obligación, por una parte, de eliminarlos cuando hayan dejado de ser útiles y, por otra de informar de dicho acceso a las personas afectadas, al menos *a posteriori*, una vez excluido el riesgo de que esa información pueda menoscabar la eficacia de las medidas que justifican la explotación de dichos datos. En conclusión, en la medida en que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales derivadas de la obligación de conservación de datos «no se acompañan de los principios indispensables que deben regir las garantías necesarias

906. Correspondería al legislador de la Unión, argumenta el abogado general, «definir, sin ánimo de exhaustividad, los principios fundamentales que debían regir la definición de las garantías mínimas que regulasen el acceso a los datos recabados y conservados y su explotación».

907. La intensidad de la injerencia exigiría un grado de precisión mayor que el de la expresión «delitos graves» (punto 126).

908. Y en el caso de que no fuera posible tal limitación, sometiendo al menos las solicitudes al control de las autoridades judiciales o de autoridades independientes, y que exigiese un examen individual de las solicitudes de acceso para limitar los datos comunicados a lo estrictamente necesario (punto 127).

909. Se alude, incluso, a la posibilidad de establecer requisitos de acceso más estrictos en los supuestos en los que tal acceso pudiera vulnerar derechos fundamentales garantizados por la Carta, «como en el contexto del derecho al secreto médico» (punto 128).

para regular el acceso a dichos datos y su explotación», la Directiva 2006/24 es «en su conjunto incompatible con el artículo 52, apartado 1, de la Carta».⁹¹⁰

Hemos afirmado anteriormente que el TJUE guarda silencio en su sentencia acerca del análisis del cumplimiento de la previsión legal como requisito de justificación de las limitaciones en los derechos fundamentales reconocidos en la Carta. Tarea que sí aborda, en cambio, el abogado general en sus conclusiones, como hemos podido comprobar. Ello no debe conducirnos al equívoco de imputar a la sentencia del TJUE la irresponsabilidad de eludir la gravedad que supone la ausencia de garantías suficientes previstas en la Directiva 2006/24. Sí lo hace, pero en el marco del análisis del respeto al principio de proporcionalidad. Nos limitamos ahora a traer a colación, para dejar constancia de la similitud de argumentos empleados, el apartado 54 de la sentencia cuando afirma que la normativa de la Unión «debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de la medida en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícitos respecto de tales datos».⁹¹¹

910. Como argumento corroborativo de la necesidad de las distintas garantías indicadas, menciona el abogado general la circunstancia de que, después de la adopción de la Directiva 2006/24, el propio legislador de la Unión adoptó la Decisión marco 2008/977/JAI, que garantiza la protección de los datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, y que establece garantías similares, aunque en el marco de las transmisiones de datos entre Estados miembros.

911. En análogos términos el apartado 65. Entendemos que la norma limitadora puede ser suficientemente clara y precisa —y cumplir así con el presupuesto de la calidad de la ley— pero no contener las garantías precisas a las que se refiere el abogado general. Aunque es cierto que abunde en la jurisprudencia del TEDH la exigencia al respecto de que «el Derecho interno tiene que ofrecer una determinada protección contra las vulneraciones arbitrarias del Poder Público» (sentencia TEDH caso *Malone vs. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984). *Vid.* J. F. ETXEBERRIA GURIDI, «La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. A propósito de la STC 49/1999, de 5 de abril», *La Ley*, 1999, n.º 4919, p. 4. Sí compartimos la opinión disidente del entonces magistrado del TC español CRUZ VILLALÓN acerca de las consecuencias del incumplimiento del requisito de la previsión legal.

b) El respeto del contenido esencial del derecho afectado

El segundo de los presupuestos que ha de satisfacer cualquier limitación del ejercicio de derechos y libertades reconocidos en la Carta de acuerdo con su art. 52.1, no es otro que el respeto al contenido esencial del derecho o libertad afectados.

En el asunto en cuestión, el TJUE ventila este punto aduciendo que, en lo que atañe al contenido esencial del derecho fundamental al respeto a la vida privada y de los otros derechos reconocidos en el art. 7 CDFUE, aunque la conservación de datos que la Directiva impone constituye una injerencia especialmente grave en dichos derechos, «no puede vulnerar dicho contenido puesto que, como se desprende de su artículo 1, apartado 2, la Directiva no permite conocer el contenido de las comunicaciones electrónicas como tal» (apartado 39). En relación con el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal reconocido en el art. 8 de la Carta, la Directiva 2006/24 tampoco lo vulneraría, pues establece en su art. 7 «una regla relativa a la protección y a la seguridad de los datos según la cual, sin perjuicio de las disposiciones adoptadas con arreglo a las Directivas 95/46 y 2002/58, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas (...) deben respetar determinados principios de protección y de seguridad de los datos. (...) los Estados miembros velarán porque se adopten las medidas técnicas y organizativas adecuadas contra la destrucción accidental o ilícita de los datos y su pérdida o alteración accidental» (apartado 40).⁹¹²

912. Si nos atenemos a una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones previsto en el art. 18.3 CE acordada en el marco de un proceso penal, el hecho de acceder al contenido de las comunicaciones no lesiona el contenido esencial de tal derecho. Constituye una práctica habitual en el caso de las intervenciones telefónicas o de otra modalidad de comunicaciones personales. Sobre el significado del contenido esencial de los derechos fundamentales, *vid.* la constante jurisprudencia constitucional desde la STC 11/1981, de 8 de abril. Ahora bien, la perspectiva puede alterarse si, como en el caso de la Directiva 2006/24, la recepción y conservación del contenido de las comunicaciones se hiciera de forma generalizada respecto de prácticamente la totalidad de las comunicaciones de prácticamente toda la población europea. Pero ello, en nuestra opinión, más que en

c) El respeto del principio de proporcionalidad

Siguiendo criterios o parámetros muy similares a los utilizados al analizar el respeto del principio de proporcionalidad por el TC español o por otros tribunales similares de nuestro entorno, o incluso por el TEDH, el art. 52.1 CDFUE dispone que las limitaciones al ejercicio de derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta, además de estar previstas en la ley y ser respetuosas con el contenido esencial de aquéllos, lo harán respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás.

c.1). La adecuación a objetivos de interés general

Tanto el abogado general en sus conclusiones, como el TJUE en su sentencia, coinciden en la adecuación de las medidas previstas en la Directiva 2006/24 para alcanzar los objetivos perseguidos por la misma. El abogado general Cruz Villalón afirma que la Directiva 2006/24 persigue un «fin perfectamente legítimo, como el de garantizar la disponibilidad de los datos recabados y conservados con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves» (punto 136). El TJUE, por su parte y de forma análoga, afirma que «debido a la importancia creciente de los medios de comunicación electrónica, los datos que deben conservarse con arreglo a esta Directiva permiten a las autoridades nacionales competentes para la persecución de delitos disponer de más posibilidades para esclarecer delitos graves y, a este respecto, constituyen por tanto una herramienta útil para las investigaciones penales. En consecuencia, la conservación de tales datos puede considerarse adecuada para lograr el objetivo perseguido por dicha Directiva» (apartado 49).⁹¹³

relación al contenido esencial del derecho, estaría en relación a la proporcionalidad de la injerencia.

913. En el apartado 51, ya enmarcado en el análisis de la necesidad de la medida limitadora, se vuelve a insistir en que «la lucha contra la delincuencia grave, espe-

c.2). La necesidad de las limitaciones a los derechos fundamentales afectados

Que la medida de conservación de los datos de las comunicaciones prevista en la Directiva 2006/24 resulte adecuada para alcanzar intereses generales tales como la lucha contra la delincuencia grave, no justifica por sí mismo que la misma se considere necesaria a los efectos de dicha lucha. La inobservancia del presupuesto de necesidad de la medida de conservación de los datos relacionados con las comunicaciones electrónicas suscita la coincidencia del abogado general y del TJUE en sus apreciaciones sobre la validez o no de la Directiva 2006/24.

El abogado general fundamenta su conclusión acerca de la inobservancia del presupuesto de necesidad de las limitaciones establecidas, y por ende acerca de la invalidez de la Directiva 2006/24, en el período de conservación de los datos recabados señalado en el art. 6 de la misma. Como no podía ser de otro modo, la conservación de los datos es limitada en el tiempo. Pero existe al respecto una diferencia notable entre la Directiva 2002/58 y la que nos ocupa. En la primera, se prevé que los datos de tráfico tratados y almacenados por el proveedor de servicios y de una red pública de comunicaciones electrónicas «deberán eliminarse o hacerse anónimo cuando ya no sea necesario a los efectos de la transmisión de una comunicación» (art. 6.1). La Directiva que nos ocupa, en cambio, no condiciona el período de conservación de los datos a la necesidad de dicha conservación, sino que corresponde a los Estados miembros garantizar que las categorías de datos mencionadas en el art. 5 «se conserven por un período de tiempo que no sea inferior a seis meses ni superior a dos años a partir de la fecha de la comunicación» (art. 6). Además, formula el abogado general una propuesta clara y precisa acerca de lo que permitiría satisfacer el control de necesidad de la medida. En concreto, estima el abogado general que no encuentra argumentos que le convengan de la necesidad de prolongar la conserva-

cialmente contra la delincuencia organizada y el terrorismo, reviste una importancia primordial para garantizar la seguridad pública y su eficacia puede depender en gran medida de la utilización de técnicas modernas de investigación».

ción de los datos más allá de un año (punto 149).⁹¹⁴ Por todo ello, el art. 6 de la Directiva 2006/24 no supera el control de necesidad de la medida limitadora de un derecho fundamental y es, por lo tanto, incompatible con los arts. 7 y 52.1 de la Carta.

Como hemos adelantado anteriormente, el abogado general ubica sistemáticamente la falta de garantías que han de rodear a la conservación de datos conforme a la Directiva 2006/24 en el requisito de la previsión legal de las injerencias en los derechos fundamentales reconocidos en la Carta. El TJUE lo hace en el marco del análisis de la necesidad de la medida (las excepciones y restricciones a los derechos se han de establecer «sin sobrepasar los límites de lo estrictamente necesario»). Es necesario, pues, disponer de garantías suficientes para proteger los datos de carácter personal, particularmente cuando, como establece la Directiva 2006/24, los datos personales se someten a un tratamiento automatizado y existe un riesgo elevado de acceso ilícito a dichos datos.

Las garantías que echa en falta el TJUE para fundamentar que las restricciones impuestas por la Directiva 2006/24 van más allá de lo estrictamente necesario coinciden, en lo esencial, con las reclamadas por el abogado general:

- a) Se denuncia, por ejemplo, que la Directiva 2006/24 abarca de forma generalizada e indiscriminada a «todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico sin que se establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves». No se exige ninguna vinculación indiciaria de las perso-

914. Utiliza también como argumento a favor de su conclusión, el hecho de que el art. 12 de la Directiva 2006/24 permite a los Estados miembros a que amplíen de «forma limitada» el período máximo de conservación previsto en el art. 6 cuando «deba hacer frente a circunstancias especiales» que lo justifiquen. El Estado miembro ha de informar inmediatamente a la Comisión y a los restantes Estados miembro las medidas adoptadas y las razones para ello. La Comisión puede aprobar o rechazar dicha ampliación. La fijación por el art. 6 de un período máximo de dos años de conservación aunque no concurren circunstancias excepcionales, supone que dicho período no es necesario (puntos 150-151).

nas afectadas por la conservación de datos y los delitos graves. Tampoco se establece excepción alguna, por lo que se aplica también a personas cuyas comunicaciones estén sujetas a secreto profesional (el abogado general hacía referencia solo al secreto médico). Tampoco exige la Directiva ninguna relación entre los datos cuya conservación se establece y una amenaza para la seguridad pública; la conservación no se limita a datos referentes a un período temporal o zona geográfica determinados (apartados 57-59).

- b) Al igual que la Directiva 2006/24 no establece límites suficientes a la conservación de datos, tampoco fija criterios objetivos que permitan delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior con fines de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos que, debido a la magnitud y gravedad de la injerencia en los derechos reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta, «puedan considerarse suficientemente graves para justificar tal injerencia. Por el contrario, la Directiva 2006/24 se limita a remitir de manera general, en su artículo 1, apartado 1, a los delitos graves tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro».⁹¹⁵

915. Apartado 60. Abundando sobre este punto, añade en el apartado 62 que la Directiva «no establece ningún criterio objetivo que permita limitar el número de personas que disponen de autorización de acceso y utilización posterior de los datos conservados a lo estrictamente necesario teniendo en cuenta el objetivo perseguido». Tampoco supedita el acceso de las autoridades nacionales competentes a un control previo efectuado, bien por un órgano jurisdiccional, bien por un organismo administrativo autónomo, con el objeto de limitar el acceso y utilización de los datos a lo estrictamente necesario; ni se supedita a una solicitud motivada de dichas autoridades presentada en el marco de procedimientos de prevención, detección o enjuiciamiento de delitos. Tampoco se ha fijado obligación alguna a los Estados para incorporar tales limitaciones. Acerca de la gravedad de los delitos a los que se vincula la medida, apunta J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ que la primera iniciativa contenía el catálogo mínimo de 32 delitos siguiendo la estela de la Decisión marco 2002/584/JAI, sobre la orden europea de detención y entrega, «La retención de datos de tráfico...», cit., p. 3. Siguiendo con esta cuestión, el Grupo del Art. 29, en su Dictamen 4/2005, de 21 de octubre de 2005, sobre la propuesta de Directiva que nos afecta, consideró en aplicación del principio de proporcionalidad que la conservación de datos se destinara exclusivamente a la persecución de la delincuencia organizada y los delitos de terrorismo, p. 9.

La Directiva tampoco precisa las condiciones materiales y de procedimiento para el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior, sino que se limita a establecer que cada Estado miembro definirá el procedimiento que deba seguirse y las condiciones que deban cumplirse para tener acceso a los datos conservados de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad —art. 4— (apartado 61).

- c) En cuanto al período de conservación de los datos previsto en el art. 6 (mínimo de seis meses, máximo de dos años) se achaca en la sentencia que nos ocupa que no se establezca ninguna distinción entre las categorías de datos previstas en el art. 5 de la Directiva en función de su posible utilidad para el objetivo perseguido o de las personas afectadas o que tampoco se precisen criterios objetivos en los que basar una mayor determinación del período de conservación (apartados 63-64).
- d) La ausencia de garantías suficientes alcanza a las reglas relativas a la seguridad y a la protección de los datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicaciones que permitan asegurar una protección eficaz de los datos conservados contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso y utilización ilícitos respecto de tales datos. Por ejemplo, se remarca que, considerando la gran cantidad de datos cuya conservación exige la Directiva, el carácter sensible de los mismos y el riesgo de acceso ilícito, el art. 7 de la Directiva 2006/24 no establezca reglas específicas y adaptadas a estas circunstancias con el fin de «garantizar su plena integridad y confidencialidad», ni que se establezca una obligación concreta a los Estados miembros para su establecimiento (apartado 66). A ello se suma que tampoco se garantiza que los proveedores apliquen un nivel especialmente elevado de protección y seguridad a través de medidas técnicas y organizativas o algo tan básico en materia de protección de datos personales como la destrucción de los

datos al término de su período de conservación o la obligación de que los datos en cuestión se conserven en territorio de la Unión (apartados 67-68).⁹¹⁶

IV. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE LA DIRECTIVA 2006/24

Visto el pronunciamiento de la sentencia del TJUE declarando inválida la Directiva 2006/24, surge inevitablemente la cuestión esencial relativa a las repercusiones que una Directiva inválida causa en las disposiciones nacionales que pretende armonizar y que han sido adoptadas en virtud de la misma. No menos intrigante es la cuestión vinculada a la anterior, ¿qué ocurrirá con la ingente cantidad de datos conservados hasta ahora en su aplicación?

Nada dice al respecto el TJUE en la sentencia que nos ocupa. Sí lo hace el abogado general sobre esta trascendental cuestión. Tomando como fundamento el art. 266 TFUE y la jurisprudencia del propio TJUE partidaria de su aplicación analógica en el caso de la declaración de invalidez por el TJUE de un acto adoptado por las instituciones de la Unión (art. 267 TFUE), la resolución tiene como consecuencia jurídica obligar a dichas instituciones a adoptar las medidas necesarias para subsanar su ilegalidad.⁹¹⁷ El silencio del TJUE resulta menos explicable todavía si consideramos que el abogado general, en sus conclusiones, plantea la posibilidad de que el propio Tribunal, procediendo a la aplicación ana-

916. La no garantía de esta última obligación permitiría eludir el control del cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad mencionados por parte de una autoridad independiente como se exige expresamente en el art. 8.3 CDFUE y que el TJUE estima que constituye un elemento esencial del respeto a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

917. El párrafo primero del art. 266 TFUE dispone que «la institución, órgano u organismo del que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria a los Tratados, estarán obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». El propio abogado general cita en la nota n.º 111 la sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2008, asunto FIAMM y otros c. Consejo UE y Comisión CE (C-120/06 y C-121/06).

lógica del art. 264 TFUE, se pronuncie sobre los efectos definitivos del acto declarado inválido.⁹¹⁸

En concreto, el abogado general propone en sus conclusiones «suspender los efectos de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24, hasta que el legislador de la Unión adopte las medidas necesarias para subsanar la invalidez declarada, medidas que deberán adoptarse en un plazo razonable» (punto 158). Para ello, aduce que en los supuestos de declaración de invalidez de un acto de la Unión basados en una vulneración de los derechos fundamentales, la ponderación de los distintos intereses en juego debe realizarse con sumo cuidado. En el presente caso, alega, parece incuestionable la «pertinencia e incluso la urgencia» de los fines últimos de la restricción de los derechos fundamentales de que se trata. Por otro lado, siendo la Directiva 2006/24 inválida por la falta de regulación suficiente de las garantías que rigen el acceso a los datos recabados y conservados y su explotación, es posible que la misma (la falta de regulación) «pueda haberse corregido en el marco de las medidas de transposición adoptadas por los Estados miembros». Muestra de ello, añade, resulta de la documentación aportada al Tribunal de Justicia que «los Estados miembros han ejercido sus competencias con moderación en lo que respecta a la duración máxima de la conservación de los datos» (apartado 157).

En suma, parece querer decir el abogado general que la invalidez de la Directiva 2006/24 no significa necesariamente que la misma se transmita a las disposiciones nacionales de transposición por los Estados miembros, pues parece probable que estas disposiciones nacionales

918. El art. 264 TFUE dispone en su párrafo segundo que «el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos». Cita como fundamento de su propuesta la jurisprudencia del propio TJCE en los asuntos *Silos y Mangini Martini* (C-228/99), de 8 de noviembre de 2001, en cuyo apartado 35 se afirma que constituye jurisprudencia reiterada la aplicación analógica del art. 231 TCE (vigente entonces) en los casos de declaración prejudicial de invalidez de un acto de una institución comunitaria «cuando lo justifiquen consideraciones imperativas de seguridad jurídica». También cita la sentencia del TJCE en el asunto *Regie Networks* (C-330/07), de 22 de diciembre de 2008.

«corrijan» la ausencia de garantías causantes de la invalidez de la Directiva.⁹¹⁹

La cuestión es ciertamente compleja. Coinciden el TJUE y el abogado general en la causa principal de la estimación de incompatibilidad entre la Directiva 2006/24 y la Carta de Derechos Fundamentales: la ausencia de previsión de garantías suficientes y precisas en protección de los derechos fundamentales afectados que contrarresten o compensen la intensidad de la injerencia en los mismos. Los problemas derivan desde dos ángulos diversos. El principal, es el derivado de la base normativa que sirvió de fundamento a la Directiva 2006/24. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la desaparición del diseño en pilares dentro de la UE, esta cuestión quedaría solventada sin problemas. Los problemas derivan, en nuestra opinión, de la opción del legislador de la Unión a favor de estimar que el «objetivo preponderante» en su ámbito de aplicación era el de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, relegando a un segundo plano la finalidad última de dicha Directiva, que no era otra que favorecer el descubrimiento, la persecución y el enjuiciamiento de infracciones delictivas graves (léase delincuencia organizada o terrorismo), finalidad ajena al Derecho comunitario en ese momento.

Si nos fijamos en las objeciones planteadas, tanto por el TJUE, como por el abogado general, en el asunto, podemos percatarnos de que la ausencia de garantías suficientes y precisas denunciada, muchas veces se refiere a ámbitos en los que el legislador europeo carecía, entonces, de competencia. Por ejemplo, las carencias relativas a la ausencia de criterios objetivos que permitan delimitar el acceso de las autoridades nacionales competentes a los datos y su utilización posterior (calidad de dichas autoridades nacionales, esto es, intervención con mayor o menor

919. No es el caso de la Ley alemana de transposición de la Directiva que fue declarada inconstitucional porque el legislador alemán no ha configurado las garantías necesarias para que las medidas exigidas por la Directiva no supongan un menoscabo del secreto de las comunicaciones; el propio Tribunal Constitucional alemán consideró que la Directiva permite un suficiente margen de actuación al legislador alemán para transponer la Directiva garantizando los derechos fundamentales (marginales 185-186 sentencia de de 2 de marzo de 2010); *vid.* M. GONZÁLEZ PASCUAL, «La Directiva de retención...», *cit.*, pp. 597 y 602.

intensidad de autoridades jurisdiccionales o administrativas independientes; condiciones materiales y de procedimiento relativas al acceso a los datos por parte de las autoridades competentes, etc.).

Se le achaca a la Directiva 2006/24 que sobre este punto se limite a una mera remisión a lo que dispongan las disposiciones nacionales. A lo sumo, la Directiva dispone que en la tarea de concreción nacional del procedimiento y las condiciones materiales de acceso, se observarán los presupuestos de «necesidad y proporcionalidad, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho internacional público, y en particular el CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (art. 4). Ahora bien, ¿podía la Directiva en virtud del reparto competencial entre la Unión y los Estados miembros hacer algo más que la mera remisión al derecho nacional? La respuesta evidente la hallamos en el Considerando (25) de la Directiva 2006/24. Dice el mismo que, la presente Directiva «se entiende sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para adoptar medidas legislativas relativas al derecho de acceso y de utilización de los datos por parte de las autoridades nacionales *tal como determinen los mismos*. Las *cuestiones relativas al acceso* por parte de las autoridades nacionales a datos conservados con arreglo a la presente Directiva para las actividades contempladas en el artículo 3, apartado 2, primer guión, de la Directiva 95/46/CE, *quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario*. Sin embargo, pueden estar sometidas a la *legislación nacional o a una acción como las previstas por las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea*». Sí es cierto que en el mismo Considerando (25) se reiteran las condiciones en que dichas leyes nacionales o acciones se deben desarrollar conforme al art. 4 de la Directiva,⁹²⁰ pero la obligación de los Estados miembros de ser res-

920. En relación con la legislación nacional (o las acciones como las previstas en el título VI del TUE) relativa al acceso y utilización de los datos por parte de las autoridades nacionales (cuestión ajena al ámbito de aplicación del Derecho comunitario) el considerando (25) de la Directiva 2006/24 afirma que «dichas leyes o acciones deben *respetar plenamente los derechos fundamentales que se derivan de tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y están garantizados por el CEDH*. Con arreglo al artículo 8 del CEDH, según interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la injerencia de las autoridades públicas en el derecho a la vida

petuosos en su tarea con los derechos fundamentales no deriva, precisamente, de la Directiva, sino de compromisos internacionales asumidos por aquellos al respecto.

Lo que queremos significar es que si ya, el mero hecho de la conservación de los datos de tráfico vinculados a una comunicación electrónica, constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y, dependiendo de la naturaleza de los datos como es el caso, también en el derecho fundamental a la vida privada, la legislación europea solo podrá establecer las garantías vinculadas a estos actos, pero no las relativas al acceso y tratamiento posterior por parte de las autoridades nacionales competentes, pues en este caso, nos hallaríamos extramuros del ámbito de aplicación de una Directiva.

El otro gran inconveniente a la hora de satisfacer las garantías ausentes y reclamadas por el TJUE y por el abogado general, deriva de la propia naturaleza del acto de conservación de los datos. Si nos fijamos en las críticas formuladas, tanto por el abogado general como por el TJUE, en las mismas se echa en falta una mayor concreción de los presupuestos precisos para la conservación de los datos vinculados a las comunicaciones electrónicas. Por ejemplo, se aduce que la Directiva 2006/24 abarca de «manera generalizada» a todas las personas, medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico, «sin que se establezca ninguna diferenciación, limitación o excepción en función del objetivo de lucha contra los delitos graves». El reproche se concreta desde el punto de vista subjetivo en que no exige que «las personas cuyos datos se conserven se encuentren, siquiera indirectamente, en una situación que pueda dar lugar a acciones penales». Es decir, que se aplica a personas respecto de las que «no existen indicios que sugieran que su comportamiento puede guardar relación, incluso indirecta o remota, con delitos graves» (apartado 58). En el plano objetivo, se denuncia igualmente que no se exija ninguna relación entre los datos conservados y una amenaza para la seguridad pública, ni se establezca limitación

privada debe respetar los requisitos de necesidad y proporcionalidad y debe, por consiguiente, servir a propósitos específicos, explícitos y legítimos y ejercerse de una manera adecuada, pertinente y no excesiva en relación con el objeto de la injerencia».

alguna relativa a un período temporal o zona geográfica determinados (apartado 59).

Sin embargo, toda exigencia de conservación de datos condicionada a la concurrencia de alguna modalidad de indicios tanto subjetiva como objetiva en relación a hechos delictivos graves entra dentro del ámbito de aplicación procesal de cada Estado miembro. Esto es, volvemos al recurrente tema de la diferencia entre conservación de datos personales (materia de la Directiva), por un lado, y acceso a los mismos cuando resulte necesario para la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, por otro. La concurrencia de indicios relativos a la participación en la comisión en un hecho delictivo grave, entra de lleno en el ámbito procesal penal reservado, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a la competencia de los Estados miembros. Es decir, que para evitar una conservación de datos generalizada, meramente especulativa para el hipotético caso de que en un futuro puedan resultar útiles para la investigación y enjuiciamiento penal, se exigen por el abogado general y por el TJUE la concurrencia de indicios que no casan muy bien con la naturaleza «comunitaria» de la Directiva 2006/24. En definitiva, constituye una incongruencia exigir una mayor precisión sobre la concurrencia de indicios vinculados a hechos delictivos graves, cuando la relevancia de la Directiva está relacionada con la conservación de datos que pueden resultar útiles para el esclarecimiento y enjuiciamiento de hechos de cuya comisión no se tiene constancia en ese momento. Se trata de una conservación predictiva, esto es, de una conservación de datos que se ignora pueden resultar o no útiles en el futuro para el esclarecimiento y enjuiciamiento de hechos delictivos.⁹²¹ Por este motivo,

921. Inindiciaria en expresión utilizada por J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, consecuencia de la naturaleza predelictual de la medida de conservación generalizada contemplada por la Directiva, «La retención de datos de tráfico...», cit., pp. 1 y 4; también en «Comentarios a la Ley 25/2007...», cit., p. 4. El Tribunal Constitucional Federal alemán es de la opinión de que puede resultar constitucional un almacenamiento indiscriminado de datos relativos a las telecomunicaciones, siempre que se fijen con claridad las condiciones de acceso y tratamiento (marginal 214 de la sentencia de 2 de marzo de 2010) citado por M. GONZÁLEZ PASCUAL, quien califica la no exigencia de un fin determinado para el almacenamiento de los datos, como decisión novedosa y sorprendente, pues rompe con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto; de ha-

no parece que tenga mucho sentido la censura dirigida a la Directiva por parte de la sentencia del TJUE porque la conservación no se limita a «un círculo de personas concretas *implicadas* de una manera u otra en un delito grave, ni a personas que *por otros motivos podrían contribuir*, mediante la conservación de sus datos, a la prevención, detección o enjuiciamiento de delitos graves». ⁹²²

Donde sí cabe margen de mejora y procede atender las deficiencias que en materia de garantías presenta la Directiva 2006/24 en consideración del abogado general y el TJUE es en lo relativo a una mayor precisión de las reglas relativas a la seguridad y a la protección de los datos conservados por los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o redes públicas de comunicaciones, para poder así adecuarse a las exigencias derivadas del art. 8 de la Carta y que permitan asegurar una protección eficaz de los datos conservados contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso y utilización ilícitos respecto de tales datos.

Las deficiencias puestas de manifiesto sobre este punto (apartados 66-68) son perfecta y necesariamente atendibles: *a*) la aplicación por parte de los proveedores de servicios de un nivel especialmente elevado de protección y seguridad con el fin de garantizar su plena integridad y confidencialidad; *b*) imponer, por aplicación de las reglas generales sobre protección de datos, la destrucción definitiva de los datos al término de su período de conservación, y *c*) asegurar que los datos en cuestión se conservan en territorio de la Unión para poder así extender las garantías previstas en el art. 8 de la Carta, en concreto, el control

berse seguido la misma, la conclusión más probable habría sido la inconstitucionalidad de apartados de la Ley impuestos por la Directiva, por permitir un almacenamiento indiscriminado, de amplio alcance y sin fin específico; por este motivo, entiende la autora que la solución más adecuada habría sido plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, «La Directiva de retención...», cit., pp. 600 y 604-605.

922. Apartado 59. Sí podría tener sentido la limitación por exclusión contemplada en el apartado 58 relativa a los datos de las personas cuyas comunicaciones están sujetas al secreto profesional con arreglo a las normas de la legislación nacional. Sin ignorar las dificultades que la aplicación práctica de esta excepción podrían plantearse (acreditar la condición de profesional sujeto a guardar secreto o discriminar las comunicaciones generadas en el ejercicio de la tarea profesional y las que no, etc.).

del cumplimiento de tales normas sobre protección de datos por una autoridad independiente.

Este último sería en nuestra opinión el ámbito propio de actuación de la Directiva considerado desde la perspectiva previa a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En la actualidad, la separación entre lo que sería la conservación de los datos, por un lado, materia comunitaria, y lo que corresponde al acceso a los datos previamente conservados, por otro lado, competencia propia de cada Estado miembro, se ha difuminado parcialmente ante la posibilidad actual de adoptar mediante Directiva normas mínimas en una serie de materias (por ejemplo, derechos de las personas durante el proceso penal) en las que tendría cabida la que nos ocupa (art. 82.2 TFUE). El futuro instrumento jurídico a adoptar por las instituciones de la Unión para poder salvar la invalidez de la Directiva, podría extenderse a tratar todas las cuestiones que plantea la sentencia del TJUE y es probable que, con las precisas indicaciones que se contienen al respecto, ese haya sido en realidad uno de sus objetivos.

V. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 8 DE ABRIL DE 2014, EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

La Directiva 2006/24 fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.⁹²³ El precedente inmediato de esta ley lo constituye el art. 12 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.⁹²⁴ Este precepto, derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 25/2007, imponía a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de

923. Constituye el objetivo principal de la ley conforme se reconoce en el apartado 1, párrafo 3.º del preámbulo de la misma.

924. Ley que perseguía, igualmente, la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

datos la obligación de retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses. El objetivo último de la conservación de los datos era su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguarda de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los jueces o tribunales o miembros del Ministerio Fiscal que así lo requirieran. La comunicación de estos datos a las fuerzas y cuerpos de seguridad se haría conforme a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos.

Lo que pretendemos ahora es analizar si, como vaticina el abogado general Cruz Villalón en sus conclusiones, el ordenamiento español es de los que corrige las deficiencias imputadas a la Directiva y causantes de la declaración de invalidez (como hemos transcrito más arriba, los Estados miembros han ejercido sus competencias con moderación en lo que respecta a la duración máxima de conservación de los datos, según el abogado general).

Como hemos podido comprobar, la deficiencia de garantías suficientes achacada a la Directiva 2006/24 concierne tanto a lo que consiste en la conservación de los datos, como a lo relativo al acceso o cesión.⁹²⁵ Considerando la finalidad armonizadora de la Directiva 2006/24 y el reparto competencial entre las instituciones de la Unión y los Estados miembro en aquel momento, la lógica consecuencia será que el margen de actuación de estos últimos será más amplio en relación con el acceso o cesión de datos.

1. En relación a la conservación de los datos

a) Categoría de los datos a conservar

En relación con la conservación de los datos, la Ley 25/2007 sigue literalmente en su art. 3 la enumeración de la categoría de datos estable-

925. Expresión esta última que utiliza la Ley 25/2007 en lugar del término «acceso», pues en realidad no existe un acceso abierto a datos que se encuentran disponibles para los agentes facultados, sino que la cesión de los datos es el resultado de un procedimiento en el que tiene que concurrir un requerimiento previo «a través de la correspondiente autorización judicial» (arts. 1, 6 y 7 fundamentalmente).

cida en el art. 5 de la Directiva. La diferencia más notable radica en la extensión a dicha categoría de datos a conservar de los datos relativos a las llamadas infructuosas (art. 4.2).⁹²⁶

b) Período de conservación de los datos

La Directiva 2006/24 reconoce de forma expresa que una de las razones que impulsaron la adopción de la misma fue la existencia de diferencias legales y técnicas entre las disposiciones nacionales sobre conservación de datos derivada de la transposición de la Directiva 2002/58. En concreto se mencionan diferencias sobre los tipos de datos a conservar, así como las condiciones y los períodos de conservación, lo cual generaba obstáculos en el mercado interior (Considerando 5). De este modo, el art. 6 de la Directiva prevé la conservación por un período de tiempo que no sea inferior a seis meses ni superior a dos años a partir de la fecha de comunicación. El período máximo es susceptible de ampliación por los Estados miembros, si bien de forma limitada en el tiempo y cuando concurran circunstancias especiales que lo justifiquen; además, las medidas de ampliación pueden ser rechazadas por la Comisión (art. 12).

Sobre este punto también existe coincidencia de opiniones entre el abogado general y el TJUE en relación con la ausencia de criterios objetivos acerca de la determinación del período de conservación dentro del margen mencionado. El TJUE censura, por ejemplo, que no se establezca ninguna distinción entre las categorías de datos previstas en el art. 5 en función de su posible utilidad para el objetivo perseguido o de

926. Se entenderá, conforme a dicho precepto, llamada infructuosa aquella comunicación en el transcurso de la cual se ha realizado con éxito una llamada telefónica pero sin contestación, o en la que ha habido una intervención por parte del operador u operadores involucrados en la llamada. Se trata de una extensión contraria a lo recomendado por el Grupo del Art. 29 en su Dictamen 4/2005 sobre la propuesta de Directiva sobre la conservación de datos tratados en relación con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. Sobre este punto y las categorías de datos a conservar *vid.* J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, «Comentarios a la Ley 25/2007,...», cit. , pp. 3-4.

las personas afectadas (apartado 63).⁹²⁷ Como hemos tenido ocasión de comprobar, la excesiva duración del período máximo de conservación (dos años) sin que concurren circunstancias que lo justifiquen constituye, además, el principal motivo de crítica por parte del abogado general y el que funda, en definitiva, la incompatibilidad (del art. 6 de la Directiva) con los arts. 7 y 52.1 de la Carta. Por ser un dato que nos interesa destacamos que el abogado general se aventura a exponer lo que, a su juicio, resultaría un período máximo de conservación proporcionado: un año (punto 149).

La normativa española se aproxima a la propuesta formulada por el abogado general y establece, como regla general, una obligación de conservación por un período máximo de doce meses desde la fecha de la comunicación (art. 5 Ley 25/2007). Aproximándose aún más todavía a los planteamientos del TJUE, la normativa española prevé la posibilidad de «ampliar o reducir el plazo de conservación para determinados datos o una categoría de datos hasta un máximo de dos años o un mínimo de seis meses». Si esta posibilidad de ajustar el período de conservación a la categoría de los datos merece un balance positivo, no lo es tanto que la misma se pueda prever «reglamentariamente» y «previa consulta a los operadores» tomando en consideración circunstancias tales como el coste del almacenamiento y conservación (art. 5.1 Ley 25/2007).⁹²⁸

Período idéntico de conservación de los datos retenidos (doce meses) era el previsto en el derogado art. 12 Ley 34/2002. También se

927. Compartimos una vez más con J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ que la fijación de distintos plazos de conservación en función de la finalidad a la que se adscriba la cesión no resulta tan sencilla por el carácter inindiciario de la medida de conservación, «Comentarios a la Ley 25/2007...», cit., p. 6.

928. También se cita como criterio en el mencionado precepto «el interés de los mismos (datos) para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave». Este último criterio es el que, en nuestra opinión, debería tener preeminencia y es el que menciona expresamente el TJUE en su sentencia. Acerca del rango normativo, ya ha sido objeto de crítica, compartida por nosotros, que la totalidad o la mayor parte de la Ley 25/2007 no tenga el rango de Ley Orgánica por afectar directamente a derechos fundamentales. *Vid.* al respecto J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, «Comentarios a la Ley 25/2007...», cit., p. 5. La STS (Sala de lo Penal) 249/2008, de 20 de mayo (Marchena Gómez ponente) tilda de «clamorosa insuficiencia» la jerarquía normativa de dicha ley.

preveía en el mismo la posibilidad de que «reglamentariamente» se determinase el plazo durante el que deberán retenerse en cada supuesto dentro del máximo previsto, lo que en el contexto del apartado 4 del art. 12, parece referirse a las distintas categorías de datos según el servicio prestado.

c) La destrucción de los datos

Otra de las críticas que se formulan a la Directiva 2006/24 por parte del TJUE y del abogado general se centra en la ausencia de garantías relativas a la destrucción de los datos conservados. Afirma el TJUE que la Directiva no garantiza la «destrucción definitiva de los datos al término del período de conservación (apartado 67). En realidad, el art. 7 de la Directiva, bajo el título de «protección y seguridad de los datos» (otra fuente de ausencia de garantías), prevé que, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones adoptadas de conformidad con las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE, los Estados miembros «velarán» por que los proveedores de servicios cumplan en relación con datos conservados «como mínimo» una serie de principios de seguridad de los datos, entre los que se incluye que (letra d) los datos, «excepto los que hayan sido accesibles y se hayan conservado, se destruirán al término del período de conservación».

Ignoramos a qué garantías adicionales se refiere el TJUE, pero el mandato recogido en la Directiva parece claro. El problema puede derivar respecto de los datos que han sido cedidos o respecto de los cuales se ha producido el acceso por parte de los agentes facultados, pues quedan excluidos de la regla general de destrucción. Por ese motivo estimamos más justificada la objeción planteada por el abogado general en sus conclusiones en el sentido de que resultan necesarias una serie de garantías para estos últimos datos, es decir, aquellos que han sido objeto de cesión. Así, afirma que el legislador de la Unión habría debido establecer el principio de que «las autoridades facultadas para acceder a los datos tengan la obligación, por una parte, de eliminarlos cuando hayan dejado de ser útiles y, por otra, de informar de dicho acceso a las personas afectadas, al menos *a posteriori*, una vez excluido el riesgo de

que esa información pueda menoscabar la eficacia de las medidas que justifican la explotación de dichos datos» (punto 129).

Parece que a esta última categoría de datos se refiere el art. 5.2 de la Ley 25/2007 al disponer que la obligación de conservar los datos por un período máximo de doce meses prevista en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en el art. 16.3 de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, «sobre la obligación de conservar datos bloqueados en los supuestos legales de cancelación». El art. 16.3 LO 15/1999 dispone que la cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las administraciones públicas, jueces y tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de estas; cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.

d) Autoridades de control

Las críticas del TJUE se extienden igualmente a la ausencia en la Directiva de una obligación para que los datos se conserven en el territorio de la Unión. De ese modo, no estaría plenamente garantizado por una autoridad independiente el control del cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad exigido por el art. 8.3 de la Carta. Este control constituye un elemento esencial del respeto a la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (apartado 68). Aunque no se diga de forma expresa, parece entendible que la conservación de los datos se haga en territorio de la Unión si nos atenemos a la relación existente entre la Directiva que nos ocupa y las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE y sus respectivos ámbitos de aplicación, así como la definición de tratamiento de datos que se recoge en la normativa citada y que incluye la operación consistente en la conservación de los datos. Es más, el art. 9.1 de la Directiva encomienda a estas autoridades independientes de control la responsabilidad de controlar «la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por los Estados miembros de conformidad con el artículo 7 en relación con la seguridad de los datos conservados».

En la Ley 25/2007 es la Agencia Española de Protección de Datos la que asume la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las previsiones de la LO 15/1999 y de la normativa de desarrollo aplicables a los datos contemplados en la presente ley (art. 8.4).

La remisión a la LO 15/1999 que acabamos de mencionar adquiere pleno sentido en el contexto del precepto, pues existe un envío en bloque a dicha normativa en lo sustancial relativo a la protección y seguridad de los datos. Así, se establece que los sujetos obligados «deberán identificar al personal especialmente autorizado para acceder a los datos objeto de esta ley, adoptar las medidas técnicas y organizativas que impidan su manipulación o uso para fines distintos de los comprendidos en la misma, su destrucción accidental o ilícita y su pérdida accidental, así como su almacenamiento, tratamiento, divulgación o acceso no autorizados, *con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999*» (art. 8.1). Igualmente, las obligaciones relativas a las medidas para garantizar la calidad de los datos y la confidencialidad y seguridad en el tratamiento de los mismos «serán las establecidas en la *Ley Orgánica 15/1999*» (art. 8.2). Por último, se dispone con igual remisión que el nivel de protección de los datos almacenados se determinará de conformidad con lo previsto en la misma LO 15/1999 (art. 8.3).

No parece que la mera remisión en una cuestión tan trascendental a lo dispuesto en la LO 15/1999 de forma genérica constituya una fórmula adecuada. El TJUE reclama «reglas específicas y adaptadas a la gran cantidad de datos cuya conservación exige esta Directiva, al carácter sensible de estos datos y al riesgo de acceso ilícito a ellos» (apartado 66). Esta técnica legislativa contravendría, además, las propuestas del Grupo del artículo 29 que exigen la definición de unas normas mínimas relativas a las medidas de seguridad técnica y organizativa.⁹²⁹

929. Dictámenes 4/2005 y 3/2006, citados por J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, quien tampoco estima acertado que la falta de concreción se intente solventar acudiendo a la habilitación de desarrollo reglamentario concedido al Gobierno por la Disposición Final Tercera, por tratarse de garantías cuya trascendencia impone se establezcan legalmente, «Comentarios a la Ley 25/2007...», cit., p. 7. Igualmente crítico con esta opción J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, quien estima que la remisión en bloque a la

2. En relación a la cesión o acceso a los datos

a) *Gravedad de las conductas delictivas justificativas de la cesión de datos*

En relación al acceso o cesión de los datos conservados. Coinciden tanto el abogado general en sus conclusiones, como el TJUE en su sentencia, en que la intensidad de la injerencia en que consiste la conservación de los datos tal y como se prevé en la Directiva exigiría, por parte de esta última, la fijación mediante criterios objetivos y empleando un mayor grado de precisión, de las actividades delictivas que justifican semejante grado de injerencia en lugar de la genérica expresión «delitos graves». La Directiva se limita, en su art. 1.1, a remitirse a lo que se disponga al respecto en la legislación nacional de cada Estado miembro («tal como se definen» en la misma). Siendo criticable, resulta más comprensible la imprecisión e indeterminación de la Directiva en tal sentido que la resultante de la Ley 25/2007. La misma se limita en varios de sus preceptos a disponer que la finalidad última de la conservación de datos consiste en la cesión de los mismos a los agentes facultados para la «detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves». Surge la duda de si con esta expresión se refiere el legislador a lo que en sentido estricto califica como tales el CP (art. 13.1 en relación con el art. 33.2) o a lo que se ha interpretado por parte de la jurisprudencia cuando se aborda el respeto al principio de proporcionalidad en las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (afectantes, por ejemplo, al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad domiciliaria). La primera interpretación podría resultar más acorde con el sentido literal del art. 1.1 de la Ley 25/2007, pues se

normativa olvida que los datos de carácter personal de conservación obligatoria encuentran un difícil asiento en la determinación de los niveles de seguridad exigibles a los responsables de los ficheros; pues existen datos encuadrables en los tres niveles de seguridad; por todo ello, se precisaría una opción del legislador por el nivel de seguridad que al menos debería alcanzar el nivel medio, considerando la posibilidad de facilitar un perfil del individuo y por la posterior trascendencia procesal que podrán tener en el futuro, *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones...*, cit., pp. 501-502.

refiere a los delitos graves «contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales».⁹³⁰

En cualquier caso, queremos llamar la atención acerca de la frecuencia con que desde instituciones de la Unión se pone como señuelo de determinadas medidas restrictivas de derechos las manifestaciones más execrables de la delincuencia, a saber, la organizada y el terrorismo, para posteriormente hacer extensiva la aplicación de tales medidas a un abanico mucho más amplio de conductas delictivas, haciendo peligrar, en nuestra opinión, el debido respeto al principio de proporcionalidad.⁹³¹

b) Control por parte de un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa independiente

Coinciden también en sus objeciones el abogado general y el TJUE en que la Directiva tampoco establece ningún criterio objetivo que permita limitar el número de personas que disponen de la autorización de acceso y utilización posterior de los datos conservados a lo estrictamente necesario. En concreto se reclama que se limite el acceso o bien a las autoridades judiciales o cuando menos a autoridades independientes o

930. Afirma J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ que la constricción a los delitos graves, aunque deseable dadas las circunstancias, también es cuestionable, atendiendo, por ejemplo, a la especial idoneidad de este tipo de datos para la investigación de ciertos delitos, como los cometidos utilizando específicamente las comunicaciones electrónicas, «Comentarios a la Ley 25/2007...», cit., p. 10. Se ocupa extensamente de esta cuestión J. L. RODRÍGUEZ LAINZ, *Estudios sobre el secreto de las comunicaciones...*, cit., pp. 522-526. Uno de los motivos de declaración de inconstitucionalidad de la Ley alemana de transposición de la Directiva, fue precisamente que se excedía en la consideración de delitos graves, no solo a los previstos como tales en la legislación penal, sino también a los que emplearan medios electrónicos en su comisión; entendía el Tribunal Constitucional alemán que lesionaba el principio de proporcionalidad la calificación como graves de delitos por el medio empleado para su comisión, pues en estos casos no hay un bien jurídico identificable que justifique la injerencia (marginales 231-232 de la sentencia); *vid.* al respecto M. GONZÁLEZ PASCUAL, «La Directiva de retención de datos...», cit., pp. 596, 598 y 600.

931. Sin ir muy lejos, son varios los considerandos de la propia Directiva 2006/24 en los que se menciona que la conservación de los datos relativos al uso de las comunicaciones electrónicas constituyen una herramienta valiosa en la lucha contra las mencionadas manifestaciones graves de delincuencia (Considerandos 7 a 9).

autónomas, o, en su defecto, sometiendo las solicitudes de acceso al control de autoridades de tal naturaleza. Se queja incluso el TJUE que ni siquiera se establece en la Directiva una obligación concreta de los Estados miembros para que se fijen tales limitaciones.

Parece que la Ley 25/2007 satisface con creces la garantía reclamada por el abogado general y el TJUE en tal sentido. En efecto, las «autoridades nacionales competentes» a que se refiere el art. 4 de la Directiva, serían exclusivamente los «agentes facultados» previstos en el art. 6.2 de la Ley 25/2007: *a)* los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad cuando desempeñen funciones de policía judicial; *b)* los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial; *c)* el personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades, de acuerdo con lo previsto en la Ley 11/2002.⁹³²

En cualquier caso, la cesión de datos está condicionada al requerimiento previo a través «de la correspondiente autorización judicial» (arts. 1.1; 6.1; 7.1).⁹³³ La autoridad judicial no se ha de limitar, sin más,

932. La referencia a las funciones de Policía Judicial de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, aleja cualquier preocupación acerca de la interpretación del concepto «detección» utilizado tanto por la Directiva (art. 1.1) como por la Ley 25/2007 (art. 1.1) en relación con los fines últimos de la conservación de datos (junto con los fines de investigación y enjuiciamiento). No oculta su inquietud al respecto J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, por la proximidad de este concepto con el de prevención, lo que podría inducir a pensar que el hallazgo de delitos será susceptible de efectuarse al margen de la existencia de indicios de delito o con apoyo en simples sospechas sin base fáctica suficiente, «Comentarios a la Ley 25/2007...», cit., p. 5. La finalidad preventiva de la conservación fue eliminada como concesión a las exigencias del Parlamento Europeo, afirma este autor, pero la posterior incorporación de la finalidad de «detección» está llamada a convertirse en la «puerta de atrás» para incorporar *de facto* la finalidad preventiva, «La retención de datos de tráfico...», cit., p. 3. Las dudas, en cambio, se mantendrían en nuestra opinión en relación con el personal del Centro Nacional de Inteligencia habilitado como «agente facultado» en el art. 6.2 Ley 25/2007.

933. Por ello, afirma M. MARCHENA GÓMEZ que la autorización jurisdiccional confiere a los datos generados por las comunicaciones electrónicas un régimen reforzado de protección ajeno al criterio general de la LO 15/1999, de protección de datos personales. Por ello, la flexibilidad del régimen jurídico de autorización para la cesión de datos automatizados establecido por el art. 11.2.d) de dicha LO 15/1999 (habilitando al Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, jueces y tribunales y Tribunal de Cuentas),

a autorizar la cesión de datos a los agentes facultados para recibirlos, sino que ha de determinar en su resolución «de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad» los datos conservados que han de ser cedidos (art. 7.2 Ley 25/2007). Este momento de la materialización del juicio de necesidad y proporcionalidad resulta esencial.⁹³⁴ Llegado este momento, habrá que concretar los indicios de criminalidad existentes en ese momento contra el titular de los datos y justificar de alguna manera la grave injerencia en que consiste la conservación generalizada y carente de indicios o sospechas.⁹³⁵ Sin embargo, ha merecido la crítica por parte de la doctrina la diversidad de regulación legal prevista en la ley, pues si en los preceptos apuntados la cesión de datos a los agentes facultados se condiciona a la previa autorización judicial, la Disposición adicional única no establece expresamente este presupuesto para la cesión de los datos identificativos que deben hacer constar en un libro-registro los operadores de servicios de telefonía móvil que comercialicen servicios con sistema de activación mediante la modalidad de tarjetas prepago.⁹³⁶

VI. CONCLUSIONES

La Directiva 2006/24/CE ha sido particularmente polémica. Es un ejemplo de las dificultades que plantea en determinados casos deslindar los distintos ámbitos competenciales en el seno de la UE. Con la misma

no resulta ya aplicable cuando se trate de datos electrónicos generados en el transcurso de las comunicaciones, «La vulneración de los derechos fundamentales...», cit., p. 4.

934. Por ello la resolución habrá de ser motivada, M. MARCHENA GÓMEZ, *ibidem*.

935. Sin cansarnos de citar a J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, afirma este autor que «la justificación de la conservación generalizada en cuanto a los fines no es susceptible de un análisis exclusivamente centrado en el propio hecho de la conservación (ya de por sí rechazable, por inindiciaria), sino que debe realizarse de manera conjunta con la finalidad mediata, de forma que si esta es ilegítima también lo es la conservación», «Comentarios a la Ley 25/2007...», cit., p. 6.

936. *Vid.* al respecto J. J. GONZÁLEZ LÓPEZ, «Comentarios a la Ley 25/2007...», cit., pp. 8-9 y la STS 249/2008 (Sala de lo Penal), de 20 de mayo de 2008, que rechaza la posible excepción a la reserva jurisdiccional citada por este autor.

se persigue, de forma inmediata, la conservación de datos generados como consecuencia de las comunicaciones electrónicas; pero, de forma mediata, que dichos datos sean cedidos cuando resulte necesario para la detección, investigación y persecución de delitos graves. La primera finalidad entraría de lleno en el ámbito competencial del denominado «primer pilar» o comunitario. La segunda finalidad, en cambio, en el ámbito del título VI del TUE, esto es, la cooperación policial y judicial en materia penal, es decir, el «tercer pilar» o intergubernamental. Estas dificultades se trasladaron ya a la elección del instrumento normativo correspondiente. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no deberían surgir tales conflictos.

Más allá de esta cuestión, lo determinante en la Directiva que invalida el TJUE en su sentencia es que constituye una injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos de tal intensidad y gravedad que la misma ha de resultar particularmente proporcionada. Es, en concreto, la ausencia de garantías suficientes que compensen la gravedad de la injerencia lo que determinará tal pronunciamiento. Se echan en falta criterios objetivos, ya en la propia Directiva, ya impuestos a los Estados miembros, para limitar la magnitud de la incidencia en los derechos fundamentales a la vida privada y a la protección de los datos personales, considerando que la medida que recoge (o se impone a los Estados miembros) no es otra que la conservación indiscriminada y generalizada de los datos de tráfico de todas las comunicaciones electrónicas de la generalidad de los ciudadanos de la UE.

En una labor que excede de la que le corresponde, el TJUE destaca ya determinados ámbitos en los que las carencias resultan inaceptables e, incluso, el modo en que podrían ser resueltas. Lo mismo podemos decir de las conclusiones del abogado general, en las que podemos encontrar, incluso, una concreción acerca de lo que estima un plazo razonable de conservación.

La invalidez de la Directiva no tiene por qué afectar directamente a las legislaciones adoptadas como transposición de aquella, pues las mismas pueden haber corregido las carencias de dicha Directiva. Esta es la opinión del abogado general y del Tribunal Constitucional alemán al entender que la Directiva reconoce un margen de maniobra a

los legisladores de los Estados miembros. En concreto, la Ley 25/2007 española, mejora en varios de los apartados objeto de crítica lo previsto en la Directiva 2006/24. Por ejemplo, la fijación del plazo máximo de conservación en 12 meses (en lugar de los dos años), aunque se prevea la posibilidad de prórroga. A destacar igualmente, resulta la concreción de los agentes facultados para el acceso a los datos conservados y, sobre todo, la exigencia de una autorización judicial para que la cesión de los datos tenga lugar. Lo que sí se echa en falta, tanto en la Directiva como en la ley española, es una mayor concreción de garantías vinculadas a la conservación y seguridad de los datos. En el primer caso, porque esta materia constituye el ámbito competencial natural e indiscutible de la Directiva. En el segundo caso, porque no resulta suficiente una remisión genérica a lo previsto en la LO 15/1999, de protección de datos personales, en una materia que exige reglas específicas y particularizadas.

LA CONFORMIDAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

PROF.^a DR.^a M.^a DOLORES FERNÁNDEZ FUSTES
Profesora contratada doctora de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CONFORMIDAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL. 1. La conformidad en la fase intermedia o de alegaciones. a) *Requisitos*. b) *Efectos*. 2. Conformidad durante la audiencia. a) *Requisitos*. b) *Efectos*.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN

El interés superior del menor prima como elemento determinante tanto del procedimiento como de las medidas a adoptar en el modelo de justicia penal juvenil vigente en España. De ahí que todo el sistema penal de menores debe estar orientado a buscar lo que es mejor para el menor, para su reeducación y resocialización, lo que exige incorporar al proceso penal de menores una serie de adaptaciones o especialidades procesales, que permitan que la respuesta penal ante la delincuencia juvenil se adapte a lo que aconseja el interés del menor en cada caso, es decir, que permitan adoptar las decisiones y medidas más beneficiosas para la reeducación del menor en atención a sus circunstancias persona-

les, educativas y sociales. Precisamente, es aquí es donde entra en juego el denominado principio de oportunidad.

El principio de oportunidad, al igual que su contrapuesto, el de legalidad, nos indica en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal. Así, ante la sospecha de la comisión de una infracción penal, el principio de legalidad, que rige con carácter general en nuestro sistema procesal penal, obliga al inicio del correspondiente proceso penal sin que el Ministerio Fiscal pueda solicitar, ni el juez conceder, el sobreseimiento, salvo que desaparezcan los indicios de criminalidad contra el presunto delincuente. Frente a esto, el principio de oportunidad, pese a la existencia de indicios claros de criminalidad, permite que se desista de la incoación del procedimiento o incluso que se le ponga fin de forma anticipada cuando este ya está en marcha. La aplicación de este principio de oportunidad está basada en razones de política criminal debiendo analizarse en el caso concreto si la incoación del proceso o su terminación anticipada pueden resultar beneficiosas para el imputado en particular, para la víctima y para la sociedad en su conjunto.⁹³⁷

En el marco del sistema procesal penal juvenil, el principio de oportunidad supone otorgar al Ministerio Fiscal y al juez un margen de discrecionalidad para que, con la ayuda del equipo técnico, busquen y apliquen en cada caso la solución que mejor se ajuste a las exigencias del interés del menor. No obstante, es necesario precisar que esta discrecionalidad del juez y del fiscal es limitada puesto que en nuestro derecho rige la oportunidad reglada. Esto implica que será la propia ley la que fije las condiciones en las que el juez y el fiscal pueden hacer uso de esta discrecionalidad.⁹³⁸ Esta limitación en la aplicación del principio

937. Sobre el principio de oportunidad puede verse S. CALLEJO CARRIÓN, «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *Diario La Ley*, n.º 6366, 24 de noviembre de 2005, p. 2 (www.laley.net); A. LIBANO BERISTAIN, *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 35 y ss.

938. Véanse los arts. 18 y 19 LORPM. La limitación en la aplicación del principio de oportunidad prevista en la LORMP contrasta con la previsión contenida en el art. 15.1.1.ª Ley 4/1992, de 5 de junio, según el cual «los que por razón de sus cargos tuvieran noticia de algún hecho que pudiera estar comprendido en el número 1 del art. 9 (delitos y faltas) deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual acorda-

de oportunidad contrasta con la previsión contenida en el art. 15.1.1.^a Ley 4/1992, de 5 de junio, que dejaba en manos del fiscal la incoación del expediente sin ninguna limitación («los que por razón de sus cargos tuvieran noticia de algún hecho que pudiera estar comprendido en el número 1 del art. 9 (delitos y faltas) deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual acordará, *en su caso*, la incoación del oportuno expediente...»). Esta concepción amplia del principio de oportunidad chocaba con los principios de legalidad y seguridad jurídica ante la falta de establecimiento de requisitos concretos para la no incoación del proceso penal.

La regulación del principio de oportunidad atiende no solo al interés superior del menor, sino que además trata de hacer efectivos el principio de subsidiariedad o intervención mínima del Derecho penal buscando otras posibles soluciones que sean menos represivas y más educativas para el menor infractor. A este respecto, no debe olvidarse que en muchas ocasiones, determinadas infracciones penales tipificadas en el Código Penal para los adultos, no tienen necesariamente que ser sancionadas también cuando son cometidas por los menores de edad; por el contrario, el proceso penal debe ser la última opción a tener en cuenta en determinados casos, debiendo intentarse la descriminalización de conductas penales de escasa entidad o la búsqueda de soluciones alternativas que traten de resolver el conflicto penal de forma extrajudicial. Por ejemplo, pensemos en las conductas imprudentes tipificadas en el Código Penal, puesto que en muchas ocasiones la comisión de esa conducta por un menor se debe exclusivamente a la inmadurez propia de la edad juvenil.

Una vez dicho lo anterior, debe partirse en todo caso de un premisa clara en cuanto en nuestro proceso penal de menores rige, con carácter general, el principio de legalidad. Así, en distintos preceptos de la LORPM se contienen manifestaciones de este principio: a) la responsabilidad penal del menor solo surge por la comisión de hechos tipifica-

rá, *en su caso*, la incoación del oportuno expediente...». Se trata de una interpretación amplia del principio de oportunidad, ya que no se establecían los requisitos concretos para la no incoación del proceso penal, sino que se dejaba en manos del fiscal la incoación del expediente sin ninguna limitación.

dos legalmente como delitos o faltas (art. 1 LORPM); *b*) solo se pueden imponer al menor las medidas que prevé la Ley (art. 7 LORPM); *c*) tales medidas solo se pueden imponer al menor siguiendo el procedimiento previsto legalmente (art. 43 LORPM); y *d*) las medidas impuestas se deben ejecutar en la forma prevista por la LORPM y en los reglamentos de desarrollo (art. 43 LORPM).

Ahora bien, pese a la vigencia del principio de legalidad, en la LORPM se prevén varias manifestaciones del principio de oportunidad reglada en distintos momentos del proceso e incluso de la fase de ejecución de las medidas impuestas.

Así, antes del inicio de la fase de instrucción propiamente dicha, y tras la práctica de las diligencias preliminares, el fiscal puede acordar el desistimiento de la incoación del expediente conforme a lo previsto en el art. 18 LORPM. Una vez iniciado el expediente de reforma, va a ser posible que se decrete el sobreseimiento del expediente por diferentes razones: sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (arts. 19 LORPM); sobreseimiento del expediente en interés del menor a propuesta del equipo técnico (art. 27.4 LORPM) y sobreseimiento por algunas de las causas previstas LECRIM (art. 30.4 LORPM). Durante la fase intermedia del proceso o al inicio de la fase de audiencia es posible la terminación anticipada del proceso por conformidad del menor y de su abogado (arts. 32 y 36 LORPM). Por último, una vez dictada la sentencia en la que se imponga al menor infractor alguna de las medidas legalmente previstas, el principio de oportunidad reglada se manifiesta, por un lado, en la posibilidad de suspensión condicional de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM) y, por otro lado, en la eventual sustitución de las medidas impuestas por otras más adecuadas (arts. 51 y 14 LORPM).

II. LA CONFORMIDAD EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

La conformidad se puede definir como «modo de poner fin al proceso penal que supone la aceptación por el acusado de los hechos, de

la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil exigida».⁹³⁹ Ahora bien, teniendo en cuenta que la conformidad supone un acto de disposición, también puede decirse que nos encontramos ante «un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada».⁹⁴⁰

La finalidad de la conformidad en el proceso de menores no es solo la economía procesal, sino también la conveniencia de evitar el menor los efectos estigmatizantes que le podría causar el desarrollo de la audiencia. En este sentido la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre en su apartado VIII.2 subraya que la conformidad «es algo más que un instrumento procesal puesto al servicio de una razón de economía procesal (...) la evitación de la audiencia puede contribuir de modo decisivo al proceso de formación del menor».

La LORPM prevé dos tipos de conformidad dependiendo del momento en que se manifieste:⁹⁴¹

- a) La conformidad en la fase intermedia o de alegaciones (art. 32)⁹⁴²
- b) La conformidad en la audiencia (art. 36)

Según la Circular 1/2000 de la FGE «la respectiva ubicación sistemática de los artículos 32 y 36 autoriza un entendimiento con arreglo al cual la LORPM estaría pensando en dos secuencias bien diferenciadas. Un primer momento en el que la conformidad tendría como vehículo formal el escrito de alegaciones de la defensa —art. 32— y un segundo

939. V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés y Gimeno), Tirant lo Blanch, Madrid, 1997, p. 799.

940. V. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, con Cortés y Moreno, Tirant lo Blanch, Madrid, 1997, p. 328.

941. Lo mismo ocurre en el proceso penal de adultos, donde la conformidad se puede manifestar o bien durante la fase intermedia o bien al inicio de las sesiones del juicio oral.

942. Reformado por LO 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

momento en el que esa conformidad se exteriorizaría al inicio de las sesiones de la audiencia, al responder el menor a las preguntas que a tal efecto ha de formularle el juez —art. 36—».

1. La conformidad en la fase intermedia o de alegaciones

El primer momento en el que se puede manifestar la conformidad es en la fase intermedia o de alegaciones. El art. 32 LORPM dispone que «si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7, y hubiera conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el juez de Menores en los términos del artículo 36, este dictará sentencia sin más trámites».

a) Requisitos

A la luz de este precepto podemos deducir que para que la conformidad manifestada en la fase intermedia o de alegaciones surta efecto deberán concurrir los siguientes requisitos:

El primer requisito exigido por el art. 32 LORPM se centra en la medida sancionadora que solicita la acusación. Así, la conformidad solo cabe cuando la medida solicitada en el escrito de alegaciones de la acusación sea alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del art. 7: tratamiento ambulatorio; asistencia a centro de día; permanencia de fin de semana; libertad vigilada; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares y otras personas que determine el juez; convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; prestaciones en beneficio de la comunidad; realización de tareas socioeducativas; amonestación; privación de permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de licencias administrativas para caza o para cualquier tipo de armas; inhabilitación absoluta.

Por tanto, debe tratarse de una medida que no conlleve una restricción del derecho fundamental a la libertad, quedando excluidos todos aquellos casos en los que se solicite el internamiento en cualquiera de sus modalidades.

El segundo requisito consiste en que la conformidad se manifieste con el escrito de alegaciones que contenga la acusación más grave. Este requisito no aparece expresamente previsto en el art. 32 LORPM. No obstante, tenemos que tener en cuenta que el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal, por tanto, junto con el escrito de alegaciones del fiscal están los escritos de alegaciones de la acusación particular, por lo que para que la conformidad surta efectos y ponga fin al proceso será necesario que se manifieste con el escrito de alegaciones que contenga la acusación más grave, esto es, que solicite la medida de mayor gravedad, ya que de otro modo la conformidad manifestada no surtiría efecto alguno y sería necesario celebrar la audiencia.

El tercer requisito exige que haya conformidad del menor y de su letrado. Debido al carácter dual que presenta el derecho de defensa en el proceso penal, para que la conformidad surta efecto será necesario, como requisito ineludible, que la manifiesten tanto el menor, en el ejercicio de su autodefensa, como su abogado, encargado de la defensa técnica. Esto es así, ya que la defensa penal tiene como especial característica su carácter dual, pues está integrada por dos sujetos procesales: el abogado defensor que ejercita la defensa técnica y su defendido que puede actuar su defensa privada o autodefensa.⁹⁴³

En cuarto lugar, será necesario que haya conformidad también de los responsables civiles. Como hemos adelantado, tras la reforma introducida por la LO 8/2006, la pretensión civil se va a tramitar conjuntamente

943. V. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 150. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.*, entre otras, la STS (2.^a) de 26 de marzo de 1998 (TOL228.711) donde se afirma que la conformidad para surtir efectos ha de ser «de doble garantía, pues se exige inexcusablemente anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados -en la hipótesis contemplada en el artículo 655- o confesión de acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio — artículos 688 y SS LECRIM.—».

con la pretensión penal en el proceso penal de menores. Por ello será necesario que además de la conformidad del menor y su letrado se manifieste la aquiescencia de los demás responsables civiles. Tenemos que tener en cuenta que en el proceso penal de menores aparecen siempre además del menor otros terceros responsables civiles, como es el caso de los padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho que, tal y como se establece en el artículo 61.3 de la ley, responderán solidariamente con el menor de los daños causados. Como consecuencia de esta falta de conformidad, se celebrará la audiencia pero solo para debatir acerca de la responsabilidad civil.

El siguiente requisito se refiere a los aspectos formales, es decir, cuando y como ha de manifestarse la conformidad del menor y de su letrado durante la fase intermedia o de alegaciones. El art. 32 LORPM dispone que la conformidad «se expresará en comparecencia ante el juez de Menores en los términos del art. 36». No obstante, por la fase procesal en la que nos encontramos parece lógico pensar que dicha conformidad deberá manifestarse primero en el escrito de alegaciones de la defensa,⁹⁴⁴ en el que deberá constar necesariamente el consentimiento del menor. Por ello consideramos que, a tenor de lo dispuesto en el art. 784.3 LECRIM, según el cual «en su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación...», el escrito de alegaciones de la defensa debe estar también firmado por el menor, cuando en el mismo se manifieste la conformidad.

Sin embargo, ello no basta para que el juez de Menores dicte sentencia de conformidad, ya que el art. 32 prevé que la conformidad se expresará en una comparecencia. Llegados a este punto el problema consiste en determinar como se debe interpretar el término «comparecencia».

Una interpretación literal de este precepto conduciría a pensar que habría que esperar a la celebración de la audiencia prevista en el

944. Vid. G. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, *El Proceso Penal de Menores (Funciones del Ministerio Fiscal y del juez de Instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares)*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 125; R. GRACIMARTÍN MONTERO, «La fase de audiencia», en *La responsabilidad penal de los menores*, AA. VV., Zaragoza, 2003, p. 167.

art. 36, esto es, al inicio de las sesiones del juicio oral, para que el menor, su abogado y, en su caso, los responsables civiles pudieran ratificar la conformidad inicialmente manifestada en el escrito de alegaciones de la defensa.

Sin embargo, como acertadamente puntualiza la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, ya mencionada, esto podría plantear «un problema práctico nada desdeñable. Y es que, no faltarán casos en que, aun constando la conformidad, el órgano judicial habrá de practicar todas y cada una de las citaciones para la audiencia, a sabiendas de que esta, con toda probabilidad, no llegará a celebrarse».

Es lógico que el legislador haya previsto la necesidad de que la conformidad manifestada en el escrito de alegaciones de la defensa deba ser ratificada ante el juez de Menores, ya que este controlará que la conformidad cumple todos los requisitos y que además ha sido manifestada de forma consciente y libre por el menor. Sin embargo, consideramos que no es necesario esperar a la celebración de la audiencia, sino que bastaría la celebración de una comparecencia a la que deberían acudir todas las partes y cuyo contenido estaría limitado a la ratificación de la conformidad y a los controles judiciales sobre la misma.

Así en esta comparecencia, tal como prevé el art. 36, se debería informar al menor, en lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de los hechos delictivos de los que se le acusa, de las medidas solicitadas y de la responsabilidad civil que se le exige, para a continuación preguntarle si se ratifica en la conformidad manifestada en el escrito de alegaciones de la defensa. De esta forma el juez de Menores podrá comprobar que el menor comprende el alcance de su conformidad y que, por tanto, la manifiesta de manera consciente y libre.⁹⁴⁵

b) Efectos

Si se cumplen los requisitos que hemos mencionado, la conformidad será vinculante para el juez, que deberá dictar sentencia imponiendo

945. *Vid.* R. GARCIMARTÍN MONTERO, «La fase de audiencia...», *op. cit.*, p. 168.

la medida más grave solicitada por las acusaciones y aceptada por la defensa. Por tanto consideramos que producida la conformidad, el órgano jurisdiccional carece de facultades discrecionales para acordar una medida distinta a aquella con la que se conformó tanto el menor como su abogado, porque la conformidad implica la aceptación del contenido del escrito de alegaciones de la acusación que contiene la medida más grave.

Por último, debemos analizar qué sucede en aquellos supuestos en los que el menor y su letrado disienten únicamente sobre la responsabilidad civil. Según el art. 32 LORPM «cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad».

Se trata de aquellos supuestos en los que la conformidad se limita a la pretensión penal y se discrepa con la pretensión civil. En este caso, las pruebas y los debates de la fase de audiencia se van a limitar únicamente a la responsabilidad civil.

Lo mismo sucede, como hemos adelantado, cuando los que no estuvieran conformes fueran los responsables civiles, ya que el mismo art. 32 *in fine* prevé que en este caso «se sustanciará el trámite de audiencia solo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquellas».

Está claro, por tanto, que pese a la conformidad del menor con la pretensión penal y civil, la disconformidad de los demás responsables civiles, bien por no aceptar la condición de responsable civil, bien por no aceptar la cuantía indemnizatoria, determina la necesidad de continuar el procedimiento para debatir y probar todos los aspectos referentes a su responsabilidad civil.

2. Conformidad durante la audiencia

El segundo momento en el que se puede manifestar la conformidad es al inicio de la audiencia, en donde el legislador ha previsto un trámite obligatorio que responde al principio de consenso y tiene como finali-

dad determinar si el menor y su Letrado se muestran conformes con los hechos y con la medida o medidas interesadas por las acusaciones en sus respectivos escritos de alegaciones.

En consecuencia, *ex art. 36*, el secretario judicial deberá explicar al menor, en el lenguaje más llano posible y haciendo todos los esfuerzos necesarios para hacerse comprender, cuáles son los hechos que se le imputan, la medida que se solicita, detallando su contenido, forma de cumplimiento y duración, y la responsabilidad civil que se pide para él.

De esta forma el legislador ha querido que se informe oportunamente al menor y, por tanto, que este tenga pleno conocimiento del verdadero alcance de los hechos que ha cometido y de las consecuencias que se van a producir.

La diferencia entre la conformidad manifestada durante la fase intermedia y esta conformidad manifestada durante la audiencia es que esta última puede extenderse a cualquiera de las medidas previstas en el art. 7 de la LORPM. Así, como veíamos, en la conformidad manifestada en la fase intermedia se limita la posibilidad de conformarse solo con las medidas del art. 7.1 LORPM que no supusieran el internamiento del menor. Sin embargo, en esta conformidad manifestada en la audiencia el legislador no ha previsto ningún límite en el art. 36 LORPM, por lo que se puede interpretar que en principio esta conformidad puede extenderse a cualquiera de las medidas del art. 7 LORPM, incluidas las medidas de internamiento en cualquiera de sus modalidades.

No obstante, entendemos que si la medida solicitada es la de internamiento en régimen cerrado, la conformidad solo será procedente cuando su duración no exceda de seis años de duración (*vid. arts. 655 y 787 LECRIM*).

Además, es importante tener en cuenta que en la actualidad el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio en el ejercicio de la acción penal, por lo que puede estar personado en el proceso el acusador particular. En estos casos la conformidad se deberá manifestarse con el escrito de alegaciones que contenga la medida de mayor gravedad, porque de otro modo no surtirá efecto alguno y se continuará con la tramitación del procedimiento.

a) Requisitos

Como acabamos de señalar, en la audiencia propiamente dicha, el secretario judicial deberá explicar al menor en el lenguaje comprensible y adaptado a su edad cuales son los hechos que se le imputan y la causa en que se fundan. Asimismo, le informará de las medidas y la responsabilidad civil solicitadas en los escritos de alegaciones por el Ministerio Fiscal, la acusación particular y el actor civil detallando, el contenido de dichas medidas, su forma de cumplimiento y su duración.

A continuación, el juez preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Llegados a este punto se pueden dar las siguientes situaciones.

En primer lugar, que el menor muestre su conformidad tanto con los hechos como con la medida solicitada. En este caso, si el menor mostrase su conformidad con ambos extremos, será también necesario que el letrado del menor manifieste su conformidad.

En el caso de que el letrado no estuviera de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el juez decidirá sobre la continuación o no de la audiencia, debiendo en este caso razonar su decisión en la sentencia.

En segundo lugar, puede ocurrir que el menor se declare autor de los hechos pero no esté conforme con la medida solicitada por las acusaciones. En este caso, según el art. 36.2 LORPM, «se va a sustanciar el trámite de audiencia solo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes» (*vid.* art. 688 LECRIM).

Por último, podría ocurrir que el menor o el responsable civil no estuvieran conformes con la responsabilidad civil solicitada. En este caso, se sustanciará el trámite de la audiencia solo en lo relativo a la responsabilidad civil, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella.

b) Efectos

Como acabamos de adelantar, en el supuesto de que el menor se muestre conforme con los hechos y la medida que se pide, el juez deberá oír a su letrado y a los responsables civiles para que manifiesten si están de acuerdo o no con la conformidad prestada.

En el supuesto de que todos muestren su conformidad, según el art. 36.2 LORPM, el juez de Menores «podrá dictar resolución de conformidad». Esta expresión utilizada por el legislador permite interpretar que la conformidad manifestada no vincula al juez a dictar sentencia de conformidad con la medida más grave. Por lo que el juez podrá acordar la duración de la medida que estime conveniente, llegando incluso a la absolución.⁹⁴⁶

Por último consideramos que, a tenor de lo previsto en el art. 787.3 LECRIM, si el juez de Menores considerara incorrecta la calificación formulada o entendiera que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó ese escrito con la medida más grave para que manifieste si se ratifica o no en él y solo si la parte requerida modificara su escrito en términos tales que la calificación sea correcta y la medida solicitada la procedente y el menor prestara de nuevo su conformidad, el juez de Menores podrá dictar sentencia de conformidad.⁹⁴⁷

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALLEJO CARRIÓN, S., «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *Diario La Ley*, núm. 6366, 24 de noviembre de 2005 (www.laley.net).

946. En este sentido *vid.* V. GIMENO SENDRA, «El proceso penal de menores», *La Ley*, n.º 6, 2001, pp. 1335 y ss; J. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, «De la fase de audiencia», en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Civitas, Navarra, 2001, p. 381.

947. *Vid.* J. A. TOMÉ GARCÍA, *El procedimiento penal del menor (Tras la ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 172.

- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «De la fase de audiencia», en *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Civitas, Navarra, 2001.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, con Cortés y Moreno, Tirant lo Blanch, Madrid, 1997.
- «El proceso penal de menores», *La Ley*, núm. 6, 2001, pp. 1335 y ss.
- GRACIMARTÍN MONTERO, R., «La fase de audiencia», en *La responsabilidad penal de los menores*, AA. VV., Zaragoza, 2003.
- LIBANO BERISTAIN, A., *Los delitos semipúblicos y privados. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés y Gimeno), Tirant lo Blanch, Madrid, 1997.
- *Derecho Procesal Penal*, (con Cortés Domínguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TOMÉ GARCÍA, J. A., *El procedimiento penal del menor (Tras la ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*, Aranzadi, Navarra, 2003.

LOS (FUTUROS) NUEVOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

PROF. DR. H. C. JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat Jaume I de Castellón (España)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS PREVISIONES DEL FUTURO ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. 1. Derechos no procesales. 2. Derechos procesales penales. 3. Derechos procesales no penales.- III. EN ESPECIAL, LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA NUEVA MEDIACIÓN PENAL.

En la presentación de este libro he tenido la oportunidad de exponer unas líneas sobre la poderosa e influyente personalidad del Dr. Barrientos. Debo decir ahora que como jurista el tema de la víctima del delito era uno de sus preferidos, especialmente por la situación de un grupo de víctimas muy vulnerables en su país, los indígenas, a quienes siempre que tuvo ocasión en sus escritos, en sus conferencias, y, sobre todo, en sus sentencias como presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, atendió y protegió. Sirva este escrito sobre la situación jurídica de la víctima del delito en España como modesto pero muy merecido homenaje a su persona.

I. INTRODUCCIÓN

La visión española de la víctima del delito en el proceso penal puede abordarse desde diversas perspectivas, pero destaca ante todo la de su situación jurídico-procesal actual, que es paradójicamente «ideal» si la comparamos con los países que mayor influencia jurídica tienen en mi país, como Alemania, Italia y Estados Unidos, así como en la inmensa mayoría de los demás.⁹⁴⁸

Pero eso no quiere decir que no se planteen muchos problemas en determinados aspectos. Es particularmente remarcable, por poner el ejemplo más importante, la lucha de la víctima por el reconocimiento de sus derechos en determinados delitos en los que como persona resulta muy vulnerable (acoso sexual, agresión sexual, violación, acoso laboral, trato degradante, menoscabo grave de la integridad, actos hostiles y humillantes, vejaciones y maltrato psicológico, y violencia de género), lo que afecta especialmente desde el punto de vista procesal a la investigación y prueba de los mismos.

España no ha cambiado todavía su sistema de enjuiciamiento criminal, basado en el proceso penal francés acusatorio formal o mixto, al sistema adversarial de origen anglosajón, principalmente al que se considera hoy modelo, el proceso penal federal de los Estados Unidos de América. Lo ha intentado, pero en el momento de escribir estas páginas todavía no lo ha logrado.

La verdad es que si atendiéramos exclusivamente a la situación jurídico-procesal penal de la víctima del delito, la regulación actual no debería ser modificada demasiado profundamente (naturalmente siempre habría cosas que mejorar), o al menos no tan drásticamente como un cambio de sistema supondría. Más bien deberían modificarse algunas actitudes prácticas de los poderes públicos en la investigación de ciertos delitos con víctimas vulnerables, una reconsideración del valor probatorio de la declaración de la víctima cuando es testigo, y una mayor efectividad de las medidas de pro-

948. Véase GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2014, *passim*.

tección cuando la víctima está realmente en peligro. Con ello sería prácticamente suficiente.

La pregunta inicial que deberíamos hacernos, antes de entrar en este tipo de cuestiones, es qué papel tiene reservada la víctima del delito en nuestro proceso penal o qué papel debería tener reservado por mejor decir. Deberíamos empezar por preguntarnos qué interés tiene la víctima en participar en el proceso penal, qué quiere realmente.

Esta pregunta puede contestarse desde dos puntos de vista. Una primera respuesta, más bien propia del romanticismo jurídico liberal, diría que la víctima es parte de la sociedad, pero que al ser la parte más dañada por la comisión del delito tiene como miembro de dicha sociedad un derecho legítimo y prioritario a que la paz social quede restablecida cuanto antes, por lo que su interés primordial es controlar el juicio contra el autor del delito, participando en él de la manera más amplia posible. Quiere por tanto que se le restituya en la dignidad que el autor del delito ha puesto en tela de juicio y, de paso, que la sociedad vuelva a la tranquilidad y paz puestas en peligro por el delito y su autor.

Pero una segunda respuesta, mucho más cercana a la realidad, aunque no niega el romanticismo, lo aparca hasta casi oscurecerlo, porque deduce de la práctica que el único interés de la víctima es en verdad que se dejen las cosas como estaban antes de la comisión del delito, es decir, quiere solo que se le repare en lo material o económico, y a ser posible también en lo ideal o moral.

En mi opinión, el tema es más complejo, porque si observamos esa misma realidad, la víctima quiere alguna, algunas o todas estas cosas:

- a) Que se le preste asistencia personal inmediatamente tras la comisión del delito.
- b) Que se le informe jurídicamente de sus derechos en manera comprensible.
- c) Que se le garantice protección frente a ese delincuente en todo momento.
- d) Que se le restituya la cosa robada, hurtada o dañada.
- e) Que se repare el daño material que ha sufrido.
- f) Que se le indemnice por daños morales.

- g) Que se detenga al autor del delito, se le enjuicie y se le condene.
- h) Que el autor del delito reconozca los hechos y le pida perdón.
- i) Que se cumpla lo acordado, en su caso.

A ser posible lo querría todo, por eso la clave está en decidir qué nivel de influencia puede tener la respuesta a estas preguntas en el desarrollo del proceso penal.

La mejor vía de analizar esa concreción es observando los derechos de la víctima del delito en el proceso penal, tanto si decide ser parte como si no, deduciendo de su conducta lo que realmente quiere.

Tan solo una observación previa a su estudio: En cuanto a los derechos actuales de la víctima del delito, tanto sus derechos fundamentales, contemplando en ellos los procesales y los no procesales, como sus derechos ordinarios, con igual subdivisión también, no voy a entrar en esta materia, porque he tenido ocasión de tratar el tema ampliamente en un reciente libro, al que me remito.⁹⁴⁹

II. LAS PREVISIONES DEL FUTURO ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

Entremos ya en el núcleo principal de este artículo. La legislación española en materia de víctimas del delito va a ser reformada por imperativo legal. Ese imperativo es la obligada adaptación a España de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo,⁹⁵⁰ que va a ser transpuesta mediante una ley ordinaria, llamada Ley del Estatuto

949. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, Ed. Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 234 y ss.

950. Véase DE HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al Ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal* 2014, n.º 34, pp. 1 y ss.

Jurídico de la Víctima del Delito, que en el momento de escribir estas líneas ha iniciado su tramitación parlamentaria.⁹⁵¹

Contiene una Exposición de Motivos, 35 artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria general, y siete disposiciones finales. Está previsto que entre en vigor a los seis meses de su publicación oficial en el BOE.

Es importante llamar la atención ya en estos momentos sobre el hecho de que el texto español va mucho más allá de la trasposición de la Directiva citada, que se contiene en varios preceptos del PLEVICT y en las modificaciones que en el mismo se ordenan de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código Penal (mediante sus disposiciones finales segunda y tercera básicamente), porque se pretende dar una respuesta lo más amplia posible a las víctimas, excediendo del ámbito estrictamente jurídico al social.

El PLEVICT recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas, que se va desarrollando posteriormente a lo largo del articulado y que se refiere, tanto a los servicios de apoyo, como a los de justicia reparadora que se establezcan legalmente, y a las actuaciones a lo largo del proceso penal en todas sus fases —incluidas las primeras diligencias y la ejecución—, con independencia del resultado del proceso penal. En ese catálogo general, se contemplan, entre otros, el derecho a la información, a la protección y al apoyo en todo caso, el derecho a participar activamente en el proceso penal, el derecho al reconocimiento como tal víctima y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio.⁹⁵²

Obviamente, se requiere un desarrollo de los derechos de las víctimas, porque son muchos y algunos de difícil clasificación. Lo abor-

951. Abreviado PLEVICT. El correspondiente Anteproyecto de Ley fue presentado al Consejo de Ministros el día 1 de agosto de 2014 para su aprobación, teniendo en cuenta el informe del Consejo de Estado (y los demás antecedentes), lo que así sucedió, convirtiéndose en proyecto de ley ordinaria, remitido el día 2 de agosto a Las Cortes y publicado oficialmente, una vez calificado, en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados con fecha 5 de septiembre de 2014 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A Proyectos de Ley, N.º 115-1, identificación 121/000115).

952. Exposición de Motivos, apartado IV.

damos a continuación, pero fijándonos estrictamente en los derechos procesales de la víctima, sea o no parte en el proceso, por ser en este aspecto en donde está el núcleo principal de la futura ley.

En general el art. 3 PLEVict establece y desarrolla con detalle una serie de derechos de las víctimas, que podríamos llamar derechos ordinarios.⁹⁵³ Los derechos que se recogen son claros, aunque formulados con carácter excesivamente general algunos, como el derecho a participar en el proceso penal. Por eso se concretan en el articulado más adelante. Requieren además desarrollo reglamentario, lo cual, en lo que a lo procesal en particular se refiere puede ser inconstitucional si afecta a su contenido esencial.

Como tal listado es claramente imperfecto y, además, es incompleto o al menos no es del todo claro en qué consiste algún derecho o cómo debe aplicarse. Es incompleto porque debería haberse mencionado expresamente el derecho más importante para la víctima, el de su indemnización, que puede lograrse o no a través de la justicia restaurativa, sí mencionada, y por ello debería haberse recogido expresamente.⁹⁵⁴

En cualquier caso, los derechos recogidos en este precepto necesitan en su mayor parte de complementación con lo dispuesto en normas internacionales sobre determinadas víctimas vulnerables, que la norma ni deroga, ni puede derogar.⁹⁵⁵

El propio texto regula detalladamente en el título I lo que llama «derechos básicos» (arts. 4 a 10), que afectan tanto a si la víctima es parte en el proceso penal como si queda fuera del proceso penal, mientras que en el título II, bajo la denominación «Participación de la víctima en el proceso penal», regula, entre otros temas, una serie de derechos estrictamente procesales (arts. 11 a 18).

953. Este precepto es transposición del art. 1.1 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

954. Como propuso el Consejo de Estado, *V Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 16.

955. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, cit., pp. 227 y ss.

Por ello resulta más fácil de analizar una clasificación de los derechos básicos de la víctima si distinguimos entre derechos no procesales y derechos procesales. Al menos sabremos dónde ubicar cada uno de ellos. Es más, dentro de los procesales deberíamos distinguir entre derechos procesales penales y derechos procesales no penales.

Los derechos extraprocesales o básicos de la víctima tienen legalmente una justificación,⁹⁵⁶ esencialmente que esta pueda obtener información sobre qué hacer, y protección y asistencia inicial e inmediata frente a los daños causados.

Mientras que los derechos procesales o a causa de su participación en el proceso penal, se explican legalmente por la necesidad de reforzar los derechos actualmente existentes o en implementar nuevos derechos, especialmente en aquellas fases del proceso, como en la ejecución de la pena, en los que hasta ahora no tenía ninguno.⁹⁵⁷

1. Derechos no procesales

Se regulan dos, el derecho de la víctima de una catástrofe, calamidad o suceso con gran número de víctimas a que no se le perturbe mientras decide qué hacer una vez ha sufrido el delito; y el derecho de la víctima a acceder a los servicios de asistencia y apoyo.

a) Derecho a no ser molestada por abogados y procuradores en búsqueda fácil de clientes cuando sea víctima de una catástrofe, calamidad pública o sucesos con elevado número de víctimas que puedan constituir delito

El PLEVICT recoge este derecho en su art. 8, que regula el período de reflexión en garantía de los derechos de la víctima.⁹⁵⁸ De película norteamericana, pero «Made in Spain», porque esta norma no está en la

956. Que se expone en el apartado v de la Exposición de Motivos.

957. Véase el apartado vi de la Exposición de Motivos.

958. Este precepto es novedad propia del Proyecto de Ley Orgánica, sin referente alguno.

Directiva 2012/29 y por tanto es cosecha propia. El eufemismo del título legal del precepto lo dice todo. Se quiere acabar con la mala imagen profesional de que el abogado venda sus servicios en el lecho de muerte de las víctimas en los hospitales. Pero solo durante un mes. Y si es la víctima la que los ha solicitado, la prohibición no existe.

En definitiva, se trata de garantizar el derecho de la víctima a escoger libremente a su abogado y procurador, sin agobios ni presiones mediáticas producidas por la catástrofe o calamidad sufrida, que sin duda habrá afectado a su estado de ánimo. El problema es que una disposición semejante ya existe en nuestro Ordenamiento Jurídico, pues tanto el Estatuto General de la Abogacía de 2001 (art. 25.2, c), como el Código Deontológico de la Abogacía Española de 2002 (art. 7.2, e) la prevén específicamente.⁹⁵⁹ Por ello no es este el lugar de su regulación y debería salir del PLEVICT en su tramitación parlamentaria.

b) Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo

Este segundo derecho no solamente se concreta en la regulación del mismo, sino que establece además las normas básicas por las que se regularán los Servicios de Asistencia y Apoyo y los profesionales que formarán parte de ellos.

1. El derecho de acceder se regula en el art. 10 PLEVICT.:

Resulta fácilmente comprensible que articular un derecho de acceso de la víctima a la justicia puede quedar en meras palabras idealizadas si no se ponen los medios para que dicho acceso sea efectivo. En el caso de las víctimas, como respecto a los ciudadanos en general, dado que no todos tienen las mismas posibilidades (ni la misma inteligencia o facilidad de comprensión), la canalización de este derecho tiene lugar fuera de instancias procesales, bien en el seno de un organismo público

⁹⁵⁹. Por eso el Informe del Consejo General de la Abogacía, citado en el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 8, pide su supresión, lo que no ha sido atendido.

creado *ad hoc*, bien en una oficina de asistencia a las víctimas de naturaleza privada.

Para que sea realmente efectivo, la ley garantiza que el acceso sea gratuito y confidencial. Que no se especifique qué familiares de la víctima tienen este derecho puede crear problemas aquí, pues no sabemos para quiénes será gratuito y para quiénes no.⁹⁶⁰ Dada la prohibición de que la aplicación de esta ley cause más gasto público (Disposición final 6.^a), se tendrá que organizar con los medios ahora existentes, lo cual, a la vista de la situación económica actual, puede significar sencillamente que el derecho de acceso quede francamente impedido.

Como su desarrollo se tiene que hacer reglamentariamente, espere-mos a comprobar la imaginación del legislador para evitarlo. Creo que se echará mano de los servicios ya existentes, como los de atención a las víctimas de la violencia de género, lo que creará más problemas que solucionará, por ejemplo, su colapso o mitigación de la atención particularizada y priorizada a las mismas.

La gran ventaja de esta organización específica es que la víctima puede recibir, además de información jurídica, un apoyo individualizado que le ayude a resolver, si los tiene y es el caso, sus problemas psicológicos, sociales y económicos derivados del hecho delictivo que ha sufrido. Es un paliativo, que debería ser muy eficaz, de la victimización primaria en la que se encuentra ya incurso desde la comisión del delito, porque se trata de «desvictimizarla» cuanto antes.

Lo que hace por tanto el PLEVICT es acoger en España el concepto de victimo-asistencia en forma organizada y con carácter general, al igual que tantos países que manifiestan una verdadera preocupación por la protección de las víctimas, y no solo respecto a ciertas víctimas como ocurría hasta ahora,⁹⁶¹ o con base en iniciativas demasiado tímidas y

960. Véanse el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 26; y el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 18.

961. Nos referimos a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual: Art. 16 Ley 35/1995, de 11 de diciembre.

sectorializadas.⁹⁶² Se funda en el concepto de asistencia integral aplicado a la víctima.⁹⁶³ Para Europa es clave la Recomendación 8/2006, de 14 de junio,⁹⁶⁴ además de la Directiva 2012/29. No olvidemos finalmente que nuestra desgraciada experiencia terrorista ha desarrollado un concepto asistencial a la víctima de estos terribles delitos desde hace mucho tiempo, lo que nos da una experiencia en esta materia para afrontar el futuro.⁹⁶⁵

La posibilidad de que al lado de instituciones públicas, puedan asistir a la víctima organizaciones privadas facilita que muchas organiza-

962. Desde finales del siglo pasado se pusieron en marcha oficinas de asistencia a las víctimas de delito, de naturaleza pública, en determinados juzgados. Oficialmente todo empieza a moverse a partir de 1995, pero antes hubo iniciativas amparada por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia o la respectiva Comunidad Autónoma: Valencia capital en 1985 fue la pionera (http://www.mjusticia.gob.es/BUSCADIR/ServletControlador?apartado=buscadorPor-Provincias&ente=4625093350000&lang=es_es&origen=&tipo=ATV&provincia=46). Su éxito ha sido muy relativo. Puede obtenerse más información, en lo que afecta al Estado, en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774766880/EstructuraOrganica.html>.

963. Surgido en la ONU en 1985. *Vide* la Declaración de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985, sobre los principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y de abuso de poder, Resolución 40/34, se puede consultar en: <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi2.htm>. Se ha editado también un «Manual de Justicia sobre el Uso y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para Víctimas del Delito y Abuso de Poder», que se puede consultar en: <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/12-A-4.pdf>.

964. Sobre asistencia a las víctimas de delitos. Véase el texto oficial en inglés en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1011109&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>; y una traducción privada de la misma en: <http://es.slideshare.net/mariadaza3958/recomendacin-2006-8-ct-mtros-consejo-de-europa-traduccin>.

965. Recordemos que desde 2011, y con fundamento en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo (art. 51), existe una oficina pública de asistencia a la víctima de los delitos de terrorismo en la Audiencia Nacional, a cargo del Ministerio de Justicia, m que incluso es contactable electrónicamente. Véase en: https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/ciudadano/servicios/para_ti/victimas/victimas_terrorismo!/ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3gzT1dTz6BgExNjA0szA08vgwBjc0N-nAwwwM6B8JLJ8qLuJgadxWJhrglevgYGGATG6DXAAR0K6w0Guxa3CxRy_fIAxujyq670N8cuDfAeSx-N-P4_83FT9gtzQCINMzywTR0VFAPsqSjs!/dl3/d3/L2dBISE-vZ0FBIS9nQSEh/.

ciones no gubernamentales puedan dedicarse a este loable fin, porque son menos rígidas y permiten una mayor cercanía con la víctima, siempre que su personal esté realmente especializado.⁹⁶⁶

2. La organización del acceso:

Es la concreción del denominado genéricamente derecho al apoyo, y se define en el PLEVICT en la creación de unos servicios de asistencia y apoyo a cargo de las Administraciones Públicas y unas Oficinas de Asistencia a las Víctimas (arts. 27 a 33). No entramos en esta cuestión por ser puramente orgánica.

2. Derechos procesales penales

El PLEVICT es en tema de derechos procesales penales más prolífico, pues establece hasta siete derechos procesales, algunos de ellos a su vez con derechos específicos de concreción y desarrollo, prácticamente todos ellos regulados y desarrollados por la LECRIM, con lo cual existe en muchos aspectos una duplicación normativa clara que en la práctica puede conllevar problemas importantes de interpretación.

Pero el problema más grave no es ese, porque como veremos algunos de los derechos que establece no se aplican a la víctima únicamente cuando es parte procesal, sino que pueden ser aplicados también cuando no es parte todavía o incluso cuando ha decidido no ser parte en absoluto. Esto hace que este apartado sea de muy difícil sistematización, lo que sin duda alguna dificulta su aprendizaje y, sobre todo, su práctica correcta.

Los derechos procesales penales previstos por el PLEVICT son los siguientes:

966. Algunas ONG han alcanzado una importancia muy remarcable, por ejemplo, la Victim Support inglesa (<https://www.victimsupport.org.uk/>), o la Weisser Ring alemana (<https://www.weisser-ring.de/internet/>).

a) *Derecho a entender y ser entendida en las actuaciones procesales penales desde la interposición de la denuncia*

El art. 4 PLEVICT regula el derecho de la víctima a entender y ser entendida.⁹⁶⁷ Este derecho tiene una formulación lingüística discutible, porque en castellano el derecho a entender y ser entendido es en realidad el derecho a comunicarse con alguien. Y el derecho a comunicarse con alguien puede perfectamente ser una manifestación del derecho a ser informado (el propio art. 4, I admite que ello incluye «la información previa»). La literalidad del texto europeo en la transposición no está justificada en mi opinión.

Pero dada la regulación legal, debemos entrar en ella. Lo que se prevé en esta norma es precisamente una manifestación del derecho a ser informada que tiene la víctima (contemplado en el artículo siguiente), consistente en poder comunicarse con las autoridades judiciales, fiscales y policiales una vez iniciado el proceso, para lo que habrá recibido información desde el primer contacto con dichas autoridades.

La comunicación interactiva tiene lugar con ocasión de cualquier actuación procesal que se realice desde la denuncia hasta el final del proceso.

Este derecho consiste en que la víctima debe recibir comunicaciones orales o escritas por parte de las autoridades⁹⁶⁸ que intervienen en el proceso, y también por parte de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, expresando en ellas en lenguaje claro y sencillo el contenido pertinente al acto, comunicación que se extiende incluso a su representante legal o a la persona que le asista⁹⁶⁹ si se trata de un me-

967. Este precepto es transposición del art. 3 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

968. El *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 7, propuso que se añadiera a autoridad, «funcionario», pero no ha sido aceptado de momento.

969. El Informe del Consejo General de la Abogacía, citado en el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el

nor de edad o persona con capacidad judicialmente complementada. Por tanto, tiene derecho a ser informada por escrito y verbalmente en forma transparente.

La prescripción del art. 4, II-c) PLEVict está desubicada, pues que la víctima pueda gozar del acompañamiento, además de su abogado (Exposición de Motivos, apartado V, II, y art. 16), de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios, es tema muy importante para ella, por el apoyo, la confianza y tranquilidad que le pueda prestar esa persona, pero no es una cuestión de «entendimiento».

*b) Derecho a la información desde el primer contacto
con las autoridades competentes a partir del momento previo
a la presentación de la denuncia*

El art. 5 PLEVict regula el derecho de las víctimas a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes.⁹⁷⁰ No cabe duda que el derecho a la información es, desde luego en los momentos iniciales tras la comisión del crimen y surgimiento del *status* de víctima para una persona, el más importante.

La ley es muy explícita, y no requiere de demasiado comentario ya que no son disposiciones complejas, aunque el problema puede estar en su práctica, porque ante la actual saturación de los juzgados de instrucción, imponer una obligación periódica de información a la Oficina Judicial, se supone aunque no se diga que es el órgano competente para ello, que debe actualizarse en cada fase del proceso (art. 5.2) no es fácil de cumplir, salvo que se trate de información escrita que automáticamente se mande al *e-mail* de la víctima por una base de datos, convenientemente elaborada.

Consejo de Estado, cit., p. 8, es contrario a esta persona que asiste a la víctima, pues dice que esa función la puede cumplir perfectamente su abogado.

970. Este precepto es transposición del art. 4 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

El Consejo General del Poder Judicial ha propuesto que esa información se dé por expertos,⁹⁷¹ pero no ha sido atendida, quizás porque el legislador entienda que ya está previsto en el art. 30 implícitamente al exigir a la autoridad una formación especial, pero no habría sido redundante remarcarlo.

En resumen, este derecho de la víctima consiste en recibir de la autoridad competente información, desde el primer contacto que se produzca con ella, sin dilaciones indebidas y adaptada a su persona y al delito cometido, teniendo en cuenta también los daños producidos, sobre:

- 1.º Las medidas de asistencia y apoyo disponibles para ella.
- 2.º Su derecho a denunciar los hechos y procedimiento pertinente.
- 3.º Su derecho a facilitar elementos de prueba a la autoridad.
- 4.º Su derecho a asesoramiento y defensa jurídica, de confianza o gratuita.
- 5.º Medidas de protección a su disposición y procedimiento.
- 6.º Su derecho de reparación (indemnizaciones, servicios de justicia restaurativa disponibles).⁹⁷²
- 7.º Servicios de interpretación y traducción.
- 8.º Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles, en caso de que los necesite se supone.
- 9.º Ejercicio de sus derechos si reside fuera de España.
- 10.º Medios de impugnación a su disposición.
- 11.º Modo de contactar con la autoridad judicial y fiscal.
- 12.º Cómo obtener el reembolso de los gastos judiciales.⁹⁷³
- 13.º Derecho a ser notificada del desarrollo del proceso penal en la dirección de correo electrónico o, en su defecto, en una di-

971. Véase el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 25.

972. Como dice el Consejo, debería haberse indicado también cómo obtener esos servicios, v. *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 16.

973. Información añadida respecto al Anteproyecto a instancias del Consejo General del Poder Judicial, v. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 25.

rección postal/domicilio, que haya indicado la víctima en su solicitud expresa al respecto.

El Ministerio Fiscal ha propuesto que se informe también a la víctima sobre las funciones que realiza el público ministerio en el proceso penal que le afectan, especialmente su función tuitiva,⁹⁷⁴ petición no atendida.

c) Derechos específicos de la víctima como denunciante a obtener un resguardo validado y a la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita

El art. 6 fija los derechos de la víctima como denunciante.⁹⁷⁵ Es obvio que todas las personas tienen derecho (art. 24.1 CE) y también la obligación de denunciar un delito, salvo excepción legalmente prevista (arts. 259, 260 y 261 LECRIM), y especialmente la víctima. A ello no se refiere este precepto, cuyo título oficial es engañoso. Lo que regula es el derecho a ser asistida por los servicios de intérprete y traducción en el momento de denunciar si no habla el castellano, y a recibir un resguardo de la denuncia, aunque debería bastar devolver a la víctima la copia sellada de la misma en mi opinión.⁹⁷⁶

No se olvide que si la primera autoridad de contacto de la víctima es la Policía al formular la denuncia, entran en juego los derechos de información y comunicación que en esta ley se regulan y estamos comentando, por tanto, no se recibirá solo esa copia escrita, sino

974. Véase el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 8.

975. Este precepto es transposición del art. 5 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

976. Coincidente con la opinión del *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., pág. 16; y con la del Consejo General del Poder Judicial, v. *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 25, que no ha sido atendida.

mucho más, una vez se haya formulado la denuncia y admitida por la Policía.

Finalmente, téngase en cuenta, porque no podemos entrar en ello aquí, que el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, en trámite parlamentario en estos momentos igualmente, modifica la LECRIM en su art. 1 en temas de interpretación y traducción en los procesos penales.⁹⁷⁷

d) Derecho a ser informado sobre la causa penal

El art. 7 PLEVict recoge con detalle el derecho de la víctima a recibir información sobre la causa penal.⁹⁷⁸ Se trata de un precepto muy extenso, pero muy importante, porque afecta sobre todo a la víctima que haya decidido no ser parte en el proceso penal, permitiéndole estar informada en todo momento sobre su desarrollo, no solo a efectos de conocimiento, sino también a efectos de una actuación procesal explícita cuando la ley lo permita, por ejemplo, interponer un recurso.

Para que esa información sea pertinente, la víctima debe pedirlo expresamente mediante la solicitud a que se refiere el art. 5.1, m) (art. 7.1, I PLEVict, de lo que no ha sido informada).⁹⁷⁹ Puede revocarla sin problema alguno (art. 7.2). La exigencia de solicitud previa es razonable si

977. Deben considerarse también el art. 3, que modifica la LOPJ en cuanto a la habilitación como intérprete, y la Disposición Adicional Única, que regula el Registro Oficial de Traductores e Intérpretes Judiciales, de esta Ley Orgánica.

978. Este precepto es transposición del art. 6 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

979. Debería ser informada de ello la víctima expresamente, pero el art. 5 PLEVict no lo recoge, a pesar de haber sido puesto de manifiesto por el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 9.

ha sido informada de ello explícitamente la víctima, lo que parece que garantice el art. 5.1, m), citado expresamente en el precepto.

Se notifica en el correo electrónico que proporcione la víctima, o, si no tiene, algo muy difícil de imaginar hoy, en la dirección de correo ordinario indicada en su caso. Es aplicable supletoriamente el art. 162 LEC. Si reside fuera de la Unión Europea y no consta ninguna de esas dos direcciones, la notificación es diplomática (ar. 7, III PLEVICT).

La información se refiere estrictamente a resoluciones judiciales, desde los inicios del proceso penal hasta la finalización de la ejecución (en este caso, también a resoluciones de la autoridad penitenciaria). En concreto:

- 1.º Auto denegando el inicio del proceso penal.
- 2.º La sentencia que ponga fin al procedimiento, se supone que se refiere a la definitiva (primera instancia) y a la firme (apelación o casación).
- 3.º Autos de prisión y de posterior puesta en libertad del infractor.
- 4.º Providencia en que se comunique la fuga del imputado, acusado o reo.⁹⁸⁰
- 5.º Autos sobre adopción o modificación de medidas cautelares personales cuyo fin fue garantizar la seguridad de la víctima.
- 6.º Resoluciones o decisiones de cualquier autoridad judicial o penitenciaria que afecten a sujetos condenados por delitos cometidos con violencia o intimidación y que supongan un riesgo para la seguridad de la víctima.
- 7.º Resoluciones durante la ejecución de la pena en caso de condena por determinados delitos muy graves a los que se refiere el artículo 13 (v. *infra*).

Téngase en cuenta que:

- 1.º El lugar y celebración del juicio se notifica por escrito a toda víctima, por tanto, también a la que no sea parte, por el se-

980. La redacción legal en este punto del art. 7.1, c) *in fine* debería mejorarse notablemente, pues es muy confusa. Lo dicho en el texto es mucho más claro y preciso.

cretario, e igualmente el día y lugar de celebración de la vista de apelación (arts. 785.3 y 791.2 LECRIM). Así, el art. 7.1, I es en punto al juicio oral de la primera instancia más restrictivo que la legislación vigente, lo que no es admisible y debe corregirse.⁹⁸¹

- 2.º Los autos de prisión y de posterior puesta en libertad del infractor, la providencia en que se comuniquen la fuga del imputado, acusado o reo, y los autos sobre adopción o modificación de medidas cautelares personales cuyo fin fue garantizar la seguridad de la víctima, se notifican a las víctimas de la violencia de género de oficio, por tanto, sin necesidad de que la propia víctima lo pida (art. 7.3 PLEVict).

De manera impropia se prevé que estas resoluciones judiciales y penitenciarias se hagan también a la víctima que haya decidido ser parte en el proceso (art. 7.1, III), lo que es obvio, porque como parte procesal debe garantizársele en todo caso el principio de contradicción y en consecuencia viene notificada de todas las resoluciones judiciales que se dicten. Y es obvio igualmente que se comunican a su procurador. Sobra por tanto este párrafo, ya que la notificación personal no es necesaria.⁹⁸²

No sé muy bien por qué la ley no quiere que se notifique la resolución completa, porque sería lo adecuado. Pero no, solo su parte dispositiva y un breve resumen del fundamento de la misma (art. 7.1, II). Más trabajo para la Oficina Judicial, sin posibilidad alguna de aumento de medios, ni de recursos humanos ni materiales.

Finalmente, nada dice la ley, pero deberían notificarse a la víctima también aquellas resoluciones o hechos procesales que impliquen un

981. Sobre esto advirtieron tanto el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., pág. 10; como el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 17.

982. Para el Consejo General del Poder Judicial también es criticable, v. el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 27.

progreso importante en la causa,⁹⁸³ por ejemplo, el hallazgo del bien robado, o también un grave contratiempo, por ejemplo, el decretamiento de una nulidad procesal con retroacción de actuaciones.

e) Derecho a la traducción e interpretación

El derecho de la víctima a la traducción e interpretación se reconoce en el art. 9 PLEVICT.⁹⁸⁴ Se trata de un desarrollo del art. 231 LOPJ específicamente para la víctima. Se regula en la actualidad en los arts. 398 y 762-8.^a LECRIM, entre otras normas aplicables, incluida la profusa normativa internacional y supranacional.⁹⁸⁵ No se olvide tampoco la transposición de la Directiva 2010/64/UE, actualmente en tramitación en el Parlamento español, que modifica la LECRIM en estos aspectos.⁹⁸⁶

No deben hacerse comentarios superfluos porque la disposición es clara, e importante en un país tan cosmopolita como España. Si no se habla ni entiende la lengua judicial española (español o castellano y, en su caso, lengua autonómica), poca información se puede recibir y probablemente ningún derecho pueda ejercerse correctamente, lo que implica según la jurisprudencia internacional y española una clara vulneración del derecho de defensa y del derecho al proceso con todas las garantías, si se trata del imputado o acusado, pero si se trata de la víctima el derecho constitucional en juego es el derecho a la tutela ju-

983. Así, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 10.

984. Este precepto es transposición del art. 7 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

985. Art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 6.3, a) y e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos; y Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

986. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, cit.

dicial efectiva,⁹⁸⁷ de ahí la obligación de coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos de la víctima ofreciéndole los servicios de traducción e interpretación.

El derecho se extiende a quienes hablan o comprenden el castellano o lengua autonómica en su caso, pero tienen dificultades y limitaciones auditivas o de expresión oral, para que queden cubiertos los sordos, mudos y ciegos, así como a las personas con discapacidad que afecte a esos sentidos (art. 9.1, a)-II).

El servicio se presta a una persona estrictamente por ser víctima de un delito. No importa que sea o no parte, no importa que comparezca como testigo. Pero la aplicación preferente del art. 9, como es lógico, se produce cuando la víctima no sea parte. Tampoco importa ante qué autoridad (Policía, Fiscalía, juez) declara o de qué autoridad recibe información, lo que incluye a los servicios de asistencia y apoyo.

El derecho consiste en intérprete gratuito y en traducción gratuita. El primero para cuando tenga que declarar o el acto sea oral y necesite escuchar y participar, bien presencialmente, que es lo aconsejable para garantizar mejor los derechos constitucionales del imputado o acusado, bien por videoconferencia (at. 9.2); el segundo para cuando deba recibir determinados escritos o tenga que presentarlos, permitiendo la ley por cierto que no se traduzca el escrito y sea sustituido por un resumen oral de su contenido (art. 9.3).

La traducción gratuita parece limitarse por la ley a las resoluciones previstas por el art. 7.1 y art. 12, y a la información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos, lo cual puede ser problemático en la práctica si ese resumen no es correcto o la traducción no es buena, pudiendo presentar la víctima una moción para que se considere esencial un documento (art. 9.1, b) y c). ¿Gratuitamente también en este último caso? Si no lo es, al menos provisionalmente, el derecho es dudosamente ejercitable.

Por tanto, la interpretación es un derecho que debe reconocerse a la víctima durante todos los actos orales en los que deba intervenir y por

987. S TEDH de 19 de diciembre de 1989 (caso *Kamasinski v. Austria*); y S TC 71/1988, de 19 de abril, entre otras muchas.

toda su extensión, mientras que la traducción es un derecho concreto, para determinados actos escritos.

La negación de este derecho por la Policía o por el juez es recurrible conforme al art. 9.4 y 5 PLEVICT. ¿Y si lo deniega la Fiscalía? No está resuelto, por lo que debería ser equivalente a cuando lo deniega la Policía.

La ley es, finalmente, muy generosa en la extensión de este derecho, como demuestra la propia lectura del precepto. Eso honra al Ministerio de Justicia, pero el Ministerio de Hacienda se va a encargar de que la ley no se cumpla, porque una extensión tan amplia del derecho de traducción e interpretación como la regulada en este precepto cuesta mucho dinero, y la ley se autoimpone un costo de aplicación cero (Disposición final 6.^a). Sin comentarios, por tanto.

f) Derecho de la víctima a participar en el proceso penal como parte ejerciendo la acción civil e interponiendo la pretensión penal

Este derecho, regulado en el título II PLEVICT se descompone a su vez en varios derechos, algunos de los cuales son propios de las víctimas que sean parte y otros de las víctimas que no sean parte en el proceso penal, existiendo finalmente otros que se afectan por igual, tanto si es parte como si no. Llamamos la atención por tanto respecto a lo indicado *supra* en cuanto a la dificultad que esta técnica legislativa comporta para el intérprete.

Pero antes de entrar en materia debemos fijarnos en una cuestión lingüística. La ley habla de derecho de participación activa de la víctima en el proceso penal, sin duda alguna influenciada totalmente por la Directiva 2012/29. En puridad, el derecho de participación activa debería ser en España su derecho a ser parte penal y civil en el proceso penal, pero entonces el PLEVICT no se entendería siempre bien, porque su mayor impacto está previsto para cuando la víctima decide no ser parte.

Por ello habría que distinguir cuando la víctima sea parte, de cuando no lo sea, sabiendo que en varias ocasiones el precepto se aplica a ambos supuestos, lo que remarcaremos específicamente.

Así y en concreto, debemos analizar estos derechos desde los siguientes puntos de vista:

A) Como parte procesal

El PLEVICT desarrolla el derecho genérico de participación en cuatro derechos específicos en sus arts. 11 y 14 a 16:

a') Derecho a una participación activa en el proceso penal como parte penal y civil

El primero hace referencia a la participación activa en el proceso penal, y se regula en el art. 11 PLEVICT.⁹⁸⁸ Quizás esta norma podía haberse incardinado en los arts. 109 bis y 110 LECRIM aprovechando la Disposición Final 2.^a de dicha futura ley. También modificando el 761 LECRIM.

Por lo demás su contenido es claro pues constitucionalmente la víctima tiene derecho a ser parte acusadora particular en el proceso penal y por tanto esta norma lo que hace es confirmarlo (apartado a), añadiendo un derecho obvio si es parte, el de aportar pruebas e información ante la autoridad pública de persecución (apartado b).

La regulación de cómo se persona y comparece adquiriendo la cualidad de parte es la prevista en nuestra LECRIM con las realidades prácticas que en los últimos tiempos se han producido a la vista del art. 761.2: denuncia manifestando su voluntad de ser parte, querrela clásica, escrito específico o comparecencia *apud acta*.

Pero no se resuelve el término *ad quem*, es decir, hasta cuándo puede personarse como parte y hasta cuándo puede aportar pruebas e informar en la investigación. Si aplicamos la regla general hoy vigente, para personarse el momento procesal último debería ser el inicio del acto del juicio oral, compareciendo personalmente en la sesión, puesto que tanto en el proceso penal ordinario por delitos más graves como en el proceso

988. Este precepto es transposición del art. 10 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

abreviado, y por ende, en todos los demás por delito, la acusación ya se ha presentado (con base, reconozco de difícil interpretación conjunta, en los arts. 110 y 785.3 LECRIM). Y para aportar pruebas e informar no siendo parte, el momento procesal último debería ser antes de que se dicte la apertura del juicio oral, pero no es claro por lo que debería decirse específicamente.⁹⁸⁹

Pero esto va a cambiar, acogiendo la más moderna jurisprudencia, con la introducción del nuevo art. 109 bis LECRIM por la Disposición final 2.^a PLEVict.

La importancia del art. 11, b) reside por ello, desde otro punto de vista, en el caso de que la víctima haya decidido, o todavía no tenga claro, no ser parte en el proceso penal, pues entonces su derecho a participar inicialmente sí tiene sentido, ya que la ley le permite colaborar con la investigación desde su punto de vista, de manera que sea más eficaz para garantizarle en el futuro una adecuada restitución, reparación e indemnización por los daños físicos, psíquicos y morales sufridos. Se eleva a rango de ley lo que ya sucede en la realidad, pues la Policía siempre busca la colaboración de la víctima y recoge como material probatorio todo lo que esta le proporciona que pueda servir a ese fin.

b') Derecho al reembolso de gastos

El art. 14 regula el derecho al reembolso de gastos de las víctimas.⁹⁹⁰ Un derecho lógico, del que habrá sido previamente informada (art. 5.1, 1) PLEVict), porque dado que forzosamente se ha visto ubicada en el estatuto jurídico de la víctima de un delito, no puede exigírsele que además tenga que pagar los gastos y costas procesales derivados de su participación en el proceso.

989. Véase el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., pp. 30-31.

990. Este precepto es transposición del art. 14 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

Para ello es necesario que la sentencia condene en costas y que el acusado haya sido condenado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el fiscal no hubiera acusado, tras la revocación del sobreseimiento gracias a un recurso interpuesto por la víctima.

Debe entenderse que no se considera entre esas resoluciones la decisión del Ministerio Fiscal de no continuar adelante con sus diligencias de investigación internas,⁹⁹¹ para lo que tiene un plazo de seis meses una vez abiertas, pues la víctima puede entonces denunciar el hecho ante el juez (art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981).

Dada la redacción legal, el derecho al reembolso debe ser aplicable tanto si la víctima ha sido parte como si no. Aquí se emplea derecho a participar en el doble sentido a que nos referíamos anteriormente, lo que dificulta enormemente la ubicación sistemática de este precepto. Dado, no obstante, que su importancia práctica es mayor cuando se ha sido parte, preferimos optar por esta vía.

La víctima deberá justificar los gastos procesales (*v. gr.*, consultas previas con un abogado, preparación de alguna prueba). Se supone que el procedimiento de reembolso deberá establecerse reglamentariamente, salvo que se acuda directamente a las normas sobre tasación y exacción de costas para su pago.

Esta norma hay que relacionarla con lo dispuesto en el art. 126.2 del Código Penal, reformado a su vez por la Disposición final 3.^a de esta ley orgánica.

c') Derecho a la justicia restaurativa

El importante art. 15 establece el derecho de la víctima a los servicios de justicia restaurativa. Merece un apartado especial, por lo que nos remitimos inmediatamente a lo que decimos *infra*.

991. El *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 17, pidió sin éxito alguno que se aclarara este punto.

d³) Derecho a la justicia gratuita

Finalmente se reconoce en el art. 16 el derecho de la víctima a la Justicia gratuita.⁹⁹² Con base en los arts. 14, 24.1 y 119 CE se establece un derecho de acceso gratuito a la justicia de la víctima. Si decide ser parte en el proceso, se aplican sin problema alguno las disposiciones pertinentes de la LECRIM y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita,⁹⁹³ pero el art. 16 es más efectivo si se aplica a la víctima que decida no ser parte, porque entonces es cuando realmente puede ejercer los derechos que la ley le concede no siendo parte con plenas garantías de asesoramiento jurídico sobre los mismos.

La solicitud se presenta o ante el funcionario o autoridad que le haya proporcionado la información o ante la Oficina de Asistencia a las Víctimas.

Por lo demás, el procedimiento continúa ante el Colegio de Abogados. Pero esto no es correcto, porque también debe intervenir el Colegio de Procuradores ya que el PLEVICT no limita ningún derecho de los reconocidos en el art. 6 Ley 1/1996, por tanto, la víctima tiene derecho a todo el contenido del beneficio de asistencia jurídica gratuita fijado legalmente, especialmente a todos los que realmente le son útiles, a saber:

- 1.º Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso.
- 2.º Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial.
- 3.º Exención del pago de tasas judiciales, así como del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.
- 4.º Asistencia pericial gratuita.

992. Este precepto es transposición del art. 13 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

993. Por cierto, está pendiente de aprobación parlamentaria la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Habrá que estar al tanto de sus disposiciones aplicables para la víctima.

A la que hay que añadir la exención de pago a los testigos que declaren a su cargo.⁹⁹⁴

B) Sin ser parte

A pesar de su ubicación, y teniendo en cuenta la advertencia anterior sobre las grandes dificultades de sistematización de este tema, los siguientes tres derechos específicos de participación en el proceso penal no son tales, porque la víctima no es parte en el proceso penal, de ahí que debemos distinguirlos de los anteriores. Es cierto que una vez cumplido el derecho, la víctima tiene una opción de intervenir o participar en el proceso penal, por ejemplo interponiendo un recurso, pero si tiene este derecho es precisamente porque no es parte.

a') Derecho a que se le comuniquen el auto de sobreseimiento y a impugnarlo

El primer derecho de la víctima que decide no ser parte es el de comunicación y revisión del sobreseimiento de la investigación a su instancia, de acuerdo con el art. 12 PLEVict.⁹⁹⁵ Esta norma, que hay que poner en relación con el art. 636 LECRIM, también reformado por el PLEVict en su Disposición final 2.^a, es importante, porque evita el desamparo judicial de la víctima, al menos en una primera fase del proceso, ya que es informada de que el juez ha dictado auto de sobreseimiento, libre o provisional, en la causa por el delito que ella ha sufrido. La paralización perjudicial para la víctima se remedia concediendo a la misma derecho al recurso.

994. Conforme a la interpretación práctica al uso y jurisprudencia sobre la Ley 1/1996, cit. Hago un breve estudio de esta ley en GÓMEZ COLOMER, J. L., *El nuevo régimen del beneficio de la asistencia jurídica gratuita*, revista *La Ley*, 1996, t. II, pp. 1579-1587, al que me remito.

995. Este precepto es transposición del art. 11 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

Los autos de sobreseimiento se notifican siempre a las víctimas directas a estos efectos, lo hayan pedido o no. Por eso no aparecen ya recogidos en el art. 7.1 PLEVICT, pues se daba una contradicción aparente ya que en un precepto tenían que haberlo pedido expresamente y en el otro no.

La comunicación se produce a la víctima que haya denunciado el hecho, y al resto de víctimas directas que, no habiéndolo denunciado, resulten conocidas y se sepa su domicilio. También a las víctimas indirectas en caso de fallecimiento o desaparición de la persona causada por el delito, conforme a lo ya explicado (art. 12.1, I y II).

La limitación establecida al permitir al Juez prescindir de la comunicación a los familiares de la víctima muerta o desaparecida no es ajustada al art. 11 de la Directiva 2012/29, que no establece tal límite. Como es restrictiva, se puede decir que la transposición no es ajustada a la norma comunitaria.⁹⁹⁶ Los términos «esfuerzos desproporcionados» presentan dificultades interpretativas más que evidentes por su carácter subjetivo.⁹⁹⁷

El recurso procedente es el fijado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, generalmente apelación (art. 779.1-1.^a LECRIM, modificado por el PLEVICT), pero también es posible casación en los casos del art. 848, II (art. 636 LECRIM, modificado recordemos por el PLEVICT). Se tramita, por tanto, conforme a sus normas sin especialidad alguna.

Pero el plazo debería ser el común a todas las partes (5 días, si entendemos aplicable el art. 212 LECRIM; o 10 días si entendemos aplicable el art. 790.1 LECRIM), y no el de 20 días, tanto si la víctima ha sido parte como si no que propone el PLEVICT (arts. 636, VI y 779.1-1.^a último párrafo LECRIM, modificados por el PLEVICT). La razón que está detrás de esta ampliación solo se podría justificar respecto a la víctima que no haya sido parte, porque entonces necesitará más tiempo para conocer la

996. Los Consejos piensan lo mismo, v. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., pp. 32-33; y Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 19.

997. Véase el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 19.

causa y, ante todo, buscar abogado, pero es difícilmente creíble que una víctima informada del proceso contra su agresor no sepa cómo están las cosas, con lo que no necesitaría tanto tiempo. Y la víctima que hasta aquí no ha querido saber nada del proceso penal, seguirá sin querer saber nada con toda seguridad, por mucho que lamente el sobreseimiento y aumente su desconfianza en la justicia.⁹⁹⁸

No se exige que previamente se persone (art. 12.2), por lo que su personación ante el juez o tribunal se produce compareciendo e interponiendo directamente el recurso, pero debe postularse correctamente, ya que la ley no prevé, ni puede prever excepción alguna al respecto tratándose de recursos. Esto significa que la víctima debe estar asistida por abogado y procurador. Es carga suya si va a recurrir resolver el tema de su postulación, sin perjuicio de su derecho a la asistencia jurídica gratuita.

b') Derecho a recurrir resoluciones dictadas durante la ejecución de la pena

El segundo derecho es el derecho de la víctima a participar en la ejecución de la pena, reconocido en el art. 13, una importante novedad legislativa que no viene exigida por la Directiva 2012/29, puesto que nada dice al respecto, aunque la víctima deba ser informada de la causa, lo que incluye la ejecución, conforme al art. 6, y deba ser informada específicamente de la puesta en libertad o fuga del penado (art. 6.5). Tampoco existe norma similar en ninguno de los países de nuestro entorno cultural influyentes jurídicamente.⁹⁹⁹

Puede radicar su introducción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que afirma modernamente que la pena también

998. Véase el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., pp. 33-34.

999. Este precepto fue el único motivo de discrepancia en el seno del CGPJ, v. el *Voto particular al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., pp. 3-13. En suma lo que proponen los discrepantes es que no se altere el actual sistema porque el cumplimiento de las penas es potestad exclusiva del Estado, y que por tanto solo el penado y el MF puedan recurrir las decisiones del JVP, como ocurre ahora.

tiene, al lado de su finalidad constitucional de resocialización, una finalidad retributiva, lo que daría pie a la intervención de la víctima.¹⁰⁰⁰

Estamos ante una norma importantísima, muy extensa, pero de contenido fácilmente explicable, aunque no indiscutible, ni justificable sin reparos. No olvidemos que la jurisprudencia ha apoyado la exclusión legal de la participación de la víctima en la fase de ejecución del proceso penal hasta ahora, porque no tiene derecho constitucional alguno a ello.¹⁰⁰¹ No se olvide tampoco que si se ha mantenido esa postura por nuestros tribunales no es porque les diera igual qué pensara la víctima, o porque considerase que la tutela judicial efectiva no se extiende a la ejecución, sino muy al contrario, porque no existía tal desprotección, ya que el Ministerio Fiscal está obligado a proteger legalmente a la víctima también en esta fase, con base en el art. 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, en el art. 541.1 LOPJ (que se refiere a las víctimas como «ciudadanos»), y en los arts. 105, 108, 110 y, sobre todo, el art. 773.1, I LECRIM.

El derecho de participación de la víctima en la ejecución de la pena de alguna manera nos tenía que llegar, porque ha sido una de las luchas más importantes en los Estados Unidos de los movimientos a favor de las víctimas, y hasta que no se ha logrado no se ha cejado en su empeño.¹⁰⁰² Pero no ha pasado en la línea que estamos exponiendo a los países europeos más importantes,¹⁰⁰³ ni es norma europea todavía, como hemos dicho. Llega ahora a España, único país de los estudiados en donde la ejecución de la pena forma parte del contenido de la función jurisdiccional (art. 117.3 CE), por tanto, en España la ejecución de la pena es competencia de un juez.

1000. SS TS 12/2011, de 2 de febrero (RJ\2011\324), y 783/2012, de 25 de octubre (RJ\2012\9869), ambas en su Fundamento de Derecho Primero.

1001. El *Voto particular al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., pp. 9-10, recoge un resumen de esta jurisprudencia.

1002. Vide GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, cit., pp. 103 y ss.

1003. Véase GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, cit., pp. 145 y ss. (Alemania), y 172 y ss. (Italia).

Lo que se pretende con esta norma es que la víctima sea oída mediante la concesión de un derecho al recurso específico antes de que, en la ejecución de la pena impuesta al autor del delito que le causó los daños y perjuicios, se dicten resoluciones firmes que puedan afectar a sus derechos al favorecer al condenado o incluso ponerlo en libertad antes de tiempo o cuando proceda sin contraprestación alguna, lo que puede contribuir a su victimización o incluso significar un riesgo serio de su seguridad personal.

Una puesta en libertad antes de tiempo del condenado no ajustada a la ley, sin haber sido la víctima completamente reparada en los daños y perjuicios sufridos, podría afectarle también negativamente si no se prevé expresamente esta cuestión.

Supone por tanto un cambio radical respecto a la Disposición adicional 5.^a LOPJ, modificada en 2003, que únicamente permite recurrir resoluciones en ejecución al condenado y al Ministerio Fiscal.

La base de partida es doble:

1.^a Que la víctima pida expresamente ser notificada de las resoluciones señaladas en el art. 13.1; y

2.^a Que la víctima anuncie el recurso al secretario judicial antes de interponerlo, en los términos del art. 13.1, c)-II, no siendo necesario abogado para ello (art. 13.1,c)-III).

Las resoluciones concretas son, atendido el art. 13.1, a), las siguientes:¹⁰⁰⁴

a) El auto del JVP que clasifica al penado en tercer grado, en los siguientes delitos: homicidio, aborto del artículo 144, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo cometido con violencia o intimidación, terrorismo y trata de seres humanos.

1004. El *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 37, pidió que se ampliara la participación de la víctima en la ejecución pudiendo recurrir el auto suspensivo o sustitutivo de la pena privativa de libertad y cuando se decida la indemnización que le afecte.

b) El auto del JVP acordando que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena, con los condicionantes expuestos en esta norma.

c) El auto del JVP por el que se conceda al penado la libertad condicional, en los casos fijados por esta norma.

Obsérvese que se trata de resoluciones únicamente del juez de Vigilancia Penitenciaria. Aunque en la ejecución española intervienen otros jueces que deciden, básicamente el tribunal sentenciador, esta norma no les es aplicable. Quizás por ello no se prevea el recurso contra la resolución de suspensión o de sustitución de las penas privativas de libertad (arts. 80, 81, 88 y 89 CP), porque es competencia del juez sentenciador.¹⁰⁰⁵

No se ha incluido la propuesta de la FGE de que también se notificaran los cambios de segundo a tercer grado del penado, previo a su libertad condicional,¹⁰⁰⁶ dado el interés de la víctima de que no contribuya ello a adelantar la libertad condicional, que se presenta sin solución de continuidad.

La limitación a determinados delitos en el caso del auto del JVP que clasifica al penado en tercer grado no se explica fácilmente, pues aunque es claro que se trata siempre de delitos graves y que en ellos la víctima seguramente haya sufrido especialmente, el *numerus clausus* excluye en todo caso otros supuestos en que podrían darse las mismas explicaciones. La no inclusión específicamente de los delitos en materia de violencia de género es muy llamativa, salvo que se considere que están incluidos en los de homicidio, lesiones o contra la libertad sexual. Pero pienso también en delitos de tráfico en los que el conductor causante del homicidio iba bebido o drogado, o en delitos de fraude

1005. El *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 15; y el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 20, no comparten esta exclusión.

1006. Véase el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 16.

bancario masivo, ejemplos ambos tenidos en España recientemente con enorme repercusión social, y me resisto a creer que no estemos ante supuestos semejantes para la víctima superviviente o para los ciudadanos que han perdido todos sus ahorros.

Me pregunto entonces, a la vista de estas objeciones, por qué el listado de delitos del art. 13.1, *a*) no coincide con el del art. 23.2, *b*). Sería todo mucho más fácil, dado que la gravedad del hecho y los perjuicios causados a la víctima se medirían por los mismos patrones.

Tampoco es correcta la técnica de no referirse específicamente al delito regulado en un artículo concreto del Código Penal, porque la referencia a denominaciones de títulos legales de capítulos o a bienes protegidos en general puede plantear muchas dudas interpretativas.

Complementariamente, la víctima puede pedir en su recurso las medidas de protección necesarias para garantizar su seguridad si se ha decretado la libertad condicional del condenado, si este lo ha sido por delito del que pueda inferirse ese peligro (art. 13.2, *a*).

También puede proporcionar información al juez en su recurso para que tome la decisión más acertada a la hora de resolver en sede penitenciaria, las cuestiones a que se refiere el precepto. Esto recuerda claramente a las *Victim Impact Statements* norteamericanas, solo que no se realizan en una vista oral, porque no está prevista, sino en un recurso escrito, y no influyen en la cuantía de la pena, porque esta ya ha sido fijada en la sentencia, sino que pretenden tener incidencia en materia de beneficios penitenciarios.¹⁰⁰⁷

El recurso puede ser o reforma, o apelación, o ambos a la vez, o incluso casación, dependiendo de las disposiciones de la LECRIM y de la Ley General Penitenciaria, y se tramita conforme a las mismas sin especialidad alguna, salvo el plazo (quizás demasiado amplio, por las razones antes indicadas, pues es de 15 días, art. 13.1, *c*) II PLEVICT, lo que es innecesario si la víctima ha sido parte, y en todo caso, habría que homogeneizarlo con el plazo de 20 días del art. 636 LECRIM).

1007. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, cit., pp. 103 y ss.

La ley no exige que la víctima haya sido parte en el proceso penal, lo que ha sido criticado ante la trascendencia del derecho que aquí se le está otorgando específicamente,¹⁰⁰⁸ pues aunque no esté prohibido por la legislación actual, lo cierto es que en la práctica la víctima nunca interviene en la ejecución de las penas, dado que no se entera de su desarrollo porque no tiene ninguna posibilidad de enterarse.

El problema que plantea este derecho de la víctima es que por un sector jurídico importante se entiende que se podría conseguir un efecto no deseado, y es la utilización del recurso por parte de la víctima para continuar, o incluso aumentar, en todo caso para seguir extendiendo su venganza personal contra quien le ha causado el daño.

Esta objeción, sensata y fundada, se obvia de dos formas: primera, la víctima no puede condicionar en ninguna forma la decisión penitenciaria que se adopte, por tanto el juez es siempre quien tiene la última palabra; y segunda, la rehabilitación social del condenado es independiente de la opinión de la víctima, y además tiene protección constitucional (art. 25.2 CE) frente a todos, incluida la propia víctima. En mi opinión, si en la práctica se garantiza la aplicabilidad de estos razonamientos, las venganzas no tienen cabida jurídica alguna, aunque se deseen por la víctima.

También se objeta que, puesto que la ejecución de la pena es de competencia pública, por un juez como acabamos de ver, la intervención de la víctima privatiza en cierto sentido esta fase final del proceso penal porque se hacen valer sus intereses particulares, lo que puede poner en peligro los principios de rehabilitación y reinserción social del condenado, ya que la intervención de la víctima podría ser decisiva para retrasar esa vuelta a la normalidad de la persona que ya ha pagado su culpa. Se objeta, en otras palabras, que la víctima pueda interferir el monopolio estatal del derecho de penar.¹⁰⁰⁹

1008. Véase el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 36; y el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 21.

1009. El *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., pp. 19-20, si bien el Consejo de

Es fácil contestar a esta objeción, dado que no creo que vuelva la privatización de la justicia solo por este tema. Creo que la respuesta debe ser igual que en la objeción anterior y basarla en la competencia del juez para decidir, quien no puede dejarse influir por estas cuestiones. Si se aduce por la víctima riesgo para su seguridad, debe probarse para que el juez deniegue el beneficio, y ello no es privatizar la ejecución de la pena.

Finalmente, sorprende y mucho que tratándose de un recurso la ley excluya la necesidad de complementar su postulación. Al menos el abogado debería ser de obligada exigencia, porque lo es para todas las partes personadas atendido el art. 221 LECRIM. Una vez más, el noble deseo de facilitar a una persona el acceso a la justicia lo es a costa de posibilitar que lo haga mal, por ignorar cómo hacerlo, dando un trabajo suplementario a los jueces al tener que suplir sus seguras deficiencias, que no ayuda en nada a una sana práctica de esta ley. Justificar por qué está en peligro su seguridad como víctima puede ser bastante complicado. El abogado ayuda decisivamente a que ni siquiera llegue a los tribunales esa petición si no consigue justificarse en el estudio previo, y ayuda a que se estime el recurso si está justificada pero es difícil de articular, lo que es el caso casi siempre.¹⁰¹⁰

c') Derecho a presentar denuncias en España siendo extranjero por delito cometido en el extranjero

Finalmente, el art. 17 PLEVICT se dedica a las víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la Unión Europea.¹⁰¹¹ No re-

Estado comete un grave error al considerar que la ejecución de la pena «no forma parte ya del proceso penal propiamente dicho», ignorando el art. 117.3 CE, por eso debe leerse su opinión al respecto con mucha prevención en este punto.

1010. El *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 17; y el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 21, está también preocupado por esta cuestión.

1011. Este precepto es transposición del art. 17 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen

quiere de mayor comentario. Se trata de facilitar a esas víctimas que el delito sea perseguible en España, siguiendo a la Directiva 2012/29, y si finalmente no puede ser perseguido en España, se remite al Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito para que actúe.

C) Sea o no sea parte. Derecho de protección

El PLEVICT regula cuatro derechos de las víctimas, cuya característica común es que afectan a su derecho a ser protegida, y se aplican tanto si la víctima decide no ser parte en el proceso penal, como si decide serlo.

La preocupación máxima del PLEVICT es establecer un derecho general de protección de la víctima, tanto si es parte en el proceso penal, como si va a serlo y todavía no lo es, como si nunca ha pensado en personarse, por tanto, válido sea o no sea parte, como antes hemos dicho.

La Exposición de Motivos realiza unas reflexiones generales al respecto.¹⁰¹² Este derecho general de protección se manifiesta en cuatro modalidades: 1.º derecho a la protección física (art. 19); 2.º derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor (art. 20); 3.º derecho a protecciones específicas durante la fase de investigación del crimen (art. 21); y 4.º derecho a la protección de la intimidad (art. 22).

a') Derecho a la protección física

El primer derecho de las víctimas es el derecho a la protección, que es, obviamente, el que afecta con carácter general a la integridad física y psíquica, pero no solo. Se regula en el art. 19 PLEVICT.¹⁰¹³

Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

1012. En su apartado VII.

1013. Este precepto es transposición del art. 18 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

Se trata de una norma destinada a la Policía, a la Fiscalía y al Poder Judicial, pues establece con carácter general la obligación de estas autoridades de proteger:

- 1.º La vida de la víctima y de sus familiares.
- 2.º La integridad física y psíquica de la víctima.
- 3.º La libertad de la víctima.
- 4.º La seguridad de la víctima.
- 5.º La libertad e indemnidad sexuales de la víctima.
- 6.º La intimidad de la víctima.
- 7.º La dignidad de la víctima.

Esta protección debe dispensarse especialmente cuando se reciba declaración a la víctima o a sus familiares, o cuando deba testificar en juicio.

Su fin es obvio, a pesar de ello la ley nos dice que se pretende evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada.

b') Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor

El segundo derecho reconocido por el PLEVict, muy importante atendida la realidad práctica, pues se trata de evitar el contacto entre víctima e infractor. Se regula en el art. 20.¹⁰¹⁴ Está indicado en ciertos casos, sobre todo cuando la víctima lo es de un delito provocado por la criminalidad organizada, especialmente por terroristas o mafiosos, o cuando la víctima lo es de un delito de naturaleza sexual, o cuando es víctima de la violencia de género, casos todos ellos en los que el contacto con su agresor puede significar para la víctima un peligro real de su vida e integridad física. Hay que relacionar esta disposición por tanto con la medida de protección del art. 25.1 a) PLEVict.

La norma se refiere a evitar el contacto en dependencias, pero debería ser mucho más precisa, afectando a todos los locales y lugares donde

1014. Este precepto es transposición del art. 19 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

tengan lugar actos orales en los que en situaciones normales autor del delito y víctima coincidirían, y también a la preparación de los mismos y después de su finalización. Por tanto, en todos aquellos casos en los que una orden de alejamiento no pueda aplicarse y el peligro de contacto sea real.

Claro que, en el caso de que no existan tales dependencias aún, ¿qué hacemos? Pues cumplir el espíritu de la ley como sea ubicando al agresor y a su víctima en despachos o salas diferentes, porque en mi opinión, si ello no se respeta, al no preverse sanción alguna para el responsable de que exista la sala, que no sabemos quién es, la norma carece de relevancia alguna, y la victimización secundaria para la víctima sería segura.

c') Derecho a protecciones específicas durante la fase de investigación del crimen

El PLEVICT establece unas protecciones específicas en el art. 21, bajo el título general de «Protección de la víctima durante la investigación penal».¹⁰¹⁵ Las protecciones que dispensa esta norma son lógicas. Nos llama la atención que puedan estar acompañadas, además de por su abogado, por una persona de su elección (art. 21, c), medida muy positiva porque esa es la persona en la que más se va a apoyar toda víctima que tenga que pasar por los diferentes trances judiciales, ya que se tratará de la persona con la que más confianza tenga. Lo que sorprende es que ese derecho pueda ser limitado «para garantizar el correcto desarrollo de la misma». Al no darse causas de exclusión en la ley, no sabemos muy bien qué quiere decir la frase, ni imaginamos cómo puede interferir negativamente el acompañante, ya que ello perjudicaría sin duda a la víctima a la que acompaña.

También destaco el deseo legislativo de que la víctima declare el menor número de veces, cuanto antes, y, en definitiva, que como mucho con una exploración médica debe bastar.

1015. Este precepto es transposición del art. 20 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

d') Derecho a la protección de la intimidad

Finalmente, se protege con carácter especial el derecho a la protección de la intimidad de la víctima en el art. 22 PLEVICT.¹⁰¹⁶ La protección de la intimidad por las autoridades descritas en el precepto es específica para la víctima y sus familiares, por ello se centra básicamente en que su identidad no sea conocida. Si es una víctima «normal» la vulneración de la intimidad, siempre grave, puede ser sin embargo menos perjudicial, pero si se trata de un menor de edad o de una persona discapacitada necesitada de especial protección, la vulneración de su intimidad puede ser letal, de ahí la especial referencia en el texto legal a esta cuestión.

Parece adecuado, como ha propuesto la FGE,¹⁰¹⁷ que no se difunda, ni a las demás partes ni a nadie, únicamente al órgano jurisdiccional, su domicilio y demás datos de interés que puedan hacer inútil esta norma, como su correo electrónico, red social, etc.

Téngase en cuenta que hay un desarrollo específico de la protección de la intimidad en el propio PLEVICT al reformar en su Disposición final 2.^a los arts. 681, 682 y 707 LECRIM, que comentamos *infra*.

e') Medidas de protección específicas de las víctimas vulnerables

Las medidas de protección de las víctimas se fijan en los arts. 25 y 26 PLEVICT. La ley distingue entre medidas de protección aplicables a cualquier víctima, y medidas aplicables solo a menores de edad y discapacitados en su calidad de víctimas esencialmente vulnerables con evaluación positiva favorable a una protección especial.

1016. Este precepto es transposición del art. 21 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

1017. Véase el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 21.

1.º Las medidas de protección aplicables a cualquier víctima se regulan en el art. 25 PLEVict,¹⁰¹⁸ teniendo en cuenta la compatibilidad expresa con otras medidas específicamente aprobadas para víctimas concretas, como las medidas de protección de las víctimas de la violencia de género previstas en los arts. 61 y ss. LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Las medidas son por sí mismas claras. La ley distingue ente la fase de investigación y la fase de enjuiciamiento:

1. Para la fase de investigación, las tomas de declaraciones deben realizarse en lugares especialmente diseñados, por la misma persona, que puede no ser el juez o el fiscal, sino un profesional con formación especial, y en determinados casos (delitos de violencia de género y libertad o indemnidad sexual) del mismo sexo.
2. Para la fase de enjuiciamiento, y también en resumen, medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el agresor, medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima salvo que el juez o tribunal dispongan lo contrario, y celebración de la vista oral sin presencia de público, aunque sí pueden estar presentes personas que acrediten un especial interés en la causa.

Las medidas relativas a evitación de preguntas sobre su vida privada y ausencia de público en la vista también podrán ser adoptadas durante la fase de investigación (art. 25.2, d)-II PLEVict), en tanto sean aplicables se supone.

No sabemos quiénes son las personas que pueden acreditar un especial interés en la causa para que no se les aplique la exclusión de la publicidad del juicio oral o de la vista. Podemos pensar en aquella persona de su elección que la puede acompañar y que no es su abogado (art. 4,

1018. Este precepto es transposición del art. 23 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

c) PLEVict), pero dada la amplitud de la expresión, también podría ser la Administración, un profesional, un particular, relacionado con la víctima o no. Demasiado genérico, vale la pena precisar, pensando, claro en excluir a aquéllos que al asistir pueden perjudicar a la víctima.¹⁰¹⁹

Si la víctima comparece como testigo, pueden adoptarse además alguna de las medidas previstas en el art. 2 LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales (art. 25.3), a saber, las tres siguientes:

- a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave.
- b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.
- c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Debe entenderse, finalmente, que el concepto de víctima que se emplea aquí es tanto el directo como el indirecto del art. 2 PLEVict, para que incluya a los familiares en los casos en los que las disposiciones del art. 25 les sean de aplicación. No habría estado de más, como ha propuesto el Consejo de Estado, que se dijera expresamente. Ello habría respetado mejor la Directiva 2012/29.¹⁰²⁰

2.º Las medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de un delito, a efectos de garantizar su máxima protección, sobre todo frente

1019. Llama la atención sobre este problema el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 22.

1020. Véase el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 22.

a los peligros que entraña su declaración, se regulan en el art. 26, a relacionar con los arts. 433 y 448, III LECRIM, también reformados por el PLEVict.¹⁰²¹

En resumen, las declaraciones de estas víctimas especialmente vulnerables serán grabadas (pudiendo ser reproducidas en el juicio), y tomadas por expertos (art. 26.1). Se intenta evitar que declaren en el juicio oral, reproduciéndose en él la prueba preconstituída, lo que por un lado evita una segura victimización secundaria, pero por otro, entraña ciertamente si es regla general un riesgo de vulneración de los derechos constitucionales del acusado al negarse así la debida confrontación que produce la inmediación. Con ciertos límites, se admiten jurisprudencialmente estas restricciones constitucionales a favor de la víctima menor de edad.¹⁰²²

Además, se le nombrará por el juez de Instrucción¹⁰²³ un defensor judicial a instancias del Ministerio Público, si la víctima tiene conflicto con sus representantes legales, o con uno de ellos no estando en condiciones el otro de asumir la representación legal, y si no está acompañada o se encuentra separada de quienes ejerzan la patria potestad o cargo tutelar (art. 26.2).

Particularmente en cuanto a los menores de edad víctimas de delito contra la libertad o indemnidad sexual, se les protegerá mediante las mismas medidas que a cualquier víctima en la fase de investigación previstas en el art. 25.1, con excepción de toma de declaración por persona del mismo sexo (art. 23.3 PLEVict, apartado que no debería figurar en este precepto, sino en el art. 26).

Finalmente, todas las medidas de protección acordadas con base en los arts. 25 y 26 son renunciables por la víctima (art. 24.2, II PLEVict,

1021. Este precepto es transposición del art. 24 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

1022. Véanse las Sentencia TJUE caso Pupino, y la STS núm. 290/2012, de 23 abril (RJ2012\5759), entre otras muchas.

1023. O por el juez de Menores aunque no lo diga la ley, v. el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., p. 45.

precepto que igualmente estaría mejor ubicado o en el art. 25 o en el art. 26).

Por otra parte, la especial protección es un criterio jurídico que debe ser valorado específicamente. No es un criterio general aplicable únicamente por ser una víctima incardinada en un grupo concreto de seres desfavorecidos. Por tanto, cada víctima tiene que ser sometida a un análisis personal, familiar, laboral y de entorno social, antes de que se le pueda aplicar una medida de protección específica de las recogidas en los arts. 25 y 26, acabadas de analizar.

Ese análisis se regula mediante reglas específicas, consistentes básicamente en la necesidad de que la víctima sea sometida previamente a un procedimiento de evaluación, cuyo resultado determinará sus necesidades especiales de protección o las rechazará. Se regula en los arts. 23 y 24.

1.º Procedimiento de evaluación:

Se establece en el art. 23, es individual y su fin es determinar las necesidades especiales de protección de determinadas víctimas.¹⁰²⁴ Es un precepto importante porque nos da una idea, incompleta¹⁰²⁵ pero aproximada, de qué víctimas son para el legislador especialmente vulnerables, en función de la consideración de sus características personales, la naturaleza del delito y gravedad de los perjuicios causados considerando particularmente siete delitos muy graves, y las circunstancias del delito, especialmente si es violento.

1024. Este precepto es transposición del art. 22 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

1025. El *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 21; y el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas del Delito* elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, cit., pp. 42-43, pidieron, sin éxito alguno, que se incluyeran los delitos de homicidios, lesiones graves y los de detenciones ilegales y secuestros, porque podrían ser incluidos en las desapariciones forzadas. El *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 22, les apoya.

2.º Competencia y procedimiento de evaluación.

Se regula en el art. 24,¹⁰²⁶ que requerirá de desarrollo reglamentario. La medida la valora por regla general el juez competente para la instrucción durante la fase de investigación, y el juez o tribunal competente para el juicio oral, y también por el fiscal en los procesos en que sea competente para instruir, decretándose mediante auto, siempre actualizable.

3. Derechos procesales no penales: devolución de bienes, en razón de título de propietario, tanto si ha sido parte como si no

El PLEVICT regula un derecho procesal civil, la devolución de bienes incautados en el proceso penal a la víctima que sea su propietaria, tanto si ha sido parte como si no (art. 18).¹⁰²⁷ Podría haber regulado más, por ejemplo, establecer un baremo específico de daños teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la víctima en función de la agresión, a efectos de fijación de la indemnización económica concreta e igual para todos,¹⁰²⁸ pero no lo ha hecho.

Si es parte en el proceso penal es un derecho superfluo, porque ya está regulado en el art. 2.4.^a, c) del Real Decreto 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción, con base en los arts. 334, 338 y 770.3 LECRIM, aunque ahora es mucho más claro y tiene rango de ley. Por tanto, es más bien aplicable a cuando la víctima no es parte o todavía no lo es.

1026. Este precepto es transposición de varios preceptos de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo (arts. 1.2, 8.1 y 3, 22.6. y 7).

1027. Este precepto es transposición del art. 15 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

1028. Sorprendentemente, en España el valor de las víctimas es desigual. Las víctimas de la violencia de género perciben indemnizaciones diez veces menor a la de las víctimas del terrorismo, v. la detallada información que ofrece el Diario El País, lunes 12 de mayo de 2014, p. 18.

Obviamente, la víctima tiene que demostrar que es la propietaria del bien o bienes para obtener su restitución sin demora. Puede imponérsele una obligación de conservación de los mismos, para que estén disponibles si el juez o tribunal los reclaman.

Pero lo importante es que ese derecho puede ser denegado en uno de estos dos casos:

- 1.º Si el bien es imprescindible que permanezca a disposición del juzgado o tribunal a efectos de un correcto desarrollo del proceso penal (art. 18, II); o
- 2.º Si la conservación del bien en el proceso es necesario por investigarse técnicamente un accidente, se supone que en un proceso penal por delito contra la seguridad vial, aunque la ley no lo dice (art. 18, III).

Hay que estar, finalmente, a lo dispuesto en los arts. 284 y 334 LECRIM, modificados por la Disposición final 2.ª del PLEVICT. El art. 334 regula además el recurso que debe caber al prever el art. 18 una denegación del derecho. Quizás por ello debería haberse llevado este art. 18 a la LECRIM y no estar ubicado aquí.

III. EN ESPECIAL, LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y LA NUEVA MEDIACIÓN PENAL

El importante art. 15 establece el derecho de la víctima a los servicios de justicia restaurativa.¹⁰²⁹ No podemos entrar aquí en desarrollar el concepto, contenido, modalidades, requisitos, procedimiento, resolución, ejecución y efectos de la Justicia restaurativa.¹⁰³⁰ Únicamente debemos fijarnos en

1029. Este precepto es transposición del art. 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/AI del Consejo.

1030. Me remito a BARONA VILAR, S., BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos: «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho procesal*, Ed.

lo que atañe a la víctima, porque para la víctima en la mayor parte de los casos lo que importa es la reparación civil y no la condena penal del autor del delito que ha sufrido.¹⁰³¹ Y una manera de ser reparado rápidamente y sin mucha complicación es a través de la mediación penal, la manifestación más importante, aunque no la única, de la Justicia restaurativa.¹⁰³²

La ley abre esta posibilidad, aunque para su plena implementación se requiere, primero que la mediación penal se autorice en general para adultos¹⁰³³ por una ley, lo que de momento no es el caso en España¹⁰³⁴, y segundo, un desarrollo reglamentario adecuado.

Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; y de la misma autora, BARONA VILAR, S. (ed.), *La mediación penal para adultos: Una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EE. UU., Inglaterra y Gales, Países Escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Consúltese también CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) / CATALINA BENAVENTE, M.A. (coord.), *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 501 y ss.

1031. Mi papel como miembro del grupo de trabajo del Ministerio de Justicia encargado de elaborar un estatuto integral de la víctima en 2013, habiendo asistido en solo dos ocasiones, se contrajo a la redacción de un borrador de texto legal sobre la Justicia restaurativa. Lo tengo en mi poder y fue enviado al Ministerio de Justicia por e-mail el día 6 de enero de 2013. Constaba de 44 artículos, muchos de ellos necesitados de complementación con lo dispuesto en el Anteproyecto de nueva LECRIM que en esos momentos se estaba elaborando en el seno del mismo Ministerio, pero que yo no conocía. Se seguía a rajatabla la obligación de transposición de la Directiva 2012/29. Obviamente no ha sido publicado. En líneas generales puedo decir que no ha sido tenido en cuenta por el Ministerio. Hago referencias a él en mi artículo GÓMEZ COLOMER, J. L., *Notas sobre la Justicia procesal (alternativa, negociada, transaccional, restaurativa o reparadora). Un nuevo subsistema de Justicia para aliviar al sistema de Justicia Judicial*, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (ed.), «Justicia Restaurativa y Violencia de Género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004», Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago 2015, p. 169 y ss. Tampoco he sido consultado como experto cuando el Ministerio decidió publicitarlo selectivamente en 2013.

1032. Sobre las últimas novedades en cuando a la mediación penal en España, v. ARMENGOT VILAPLANA, A., *La incorporación de la mediación en el proceso penal español*, La Ley Penal 2014, n.º 106, pp. 91 y ss.

1033. Para menores delincuentes ya lo está por el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

1034. Como la reforma integral de nuestro enjuiciamiento procesal penal está ahora paralizada, va a ser el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, sede poco adecuada porque no es la norma básica de nuestro proceso penal, hoy en tramitación parlamentaria, la norma habilitante de la mediación penal en nuestro país, que requerirá sin duda desarrollo reglamentario, el mínimo imprescindible.

Qué duda cabe que si eso no ocurre definitivamente, o mientras tanto, las disposiciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pueden resultar parcialmente aplicables.

Para que la mediación sea admisible deben cumplirse los requisitos del art. 15.1, que no son ni pocos, ni en algún punto fáciles de cumplir:

- 1.º La mediación no debe estar legalmente prohibida a causa del delito cometido.¹⁰³⁵
- 2.º El autor del delito debe haber reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad y prestar su consentimiento para la mediación;
- 3.º La víctima, una vez «exhaustivamente informada» (una evidente exageración conceptual), debe estar también de acuerdo; y
- 4.º Muy importante, el desarrollo de la mediación no debe entrañar riesgos para la seguridad de la víctima ni causarle más daño.¹⁰³⁶

No resuelve el legislador español si la mediación será admisible en todos los delitos o solo en algunos de ellos, porque en este caso no proporciona un listado. Obviamente, lo que se diga en el procedimiento de mediación es confidencial. Los mediadores están sujetos a secreto profesional, y los resultados obtenidos no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes (art. 15.2).

La mediación es siempre voluntaria, razón por la que el consentimiento para participar en ella es revocable en cualquier momento por cualquier parte (art. 15.3).

Finalmente, y es importante porque no se ha transpuesto la Directiva 2013/29 aquí y ello es ilegal, el acuerdo alcanzado conforme al art. 12.1, d) de la misma, podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro pro-

1035. Lo que sucede explícitamente en casos de violencia de género, en los que la mediación penal está prohibida (art. 44.5 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

1036. Exigencia no prevista en la Directiva 2012/29, como destaca acertadamente el *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito* emitido por el Consejo de Estado, cit., p. 21.

ceso penal.¹⁰³⁷ De mantenerse en España la regulación del PLEVICT, ello no será posible, al menos de inmediato.

La novedad fundamental de esta norma es que la víctima pueda ser reparada rápidamente y sin mucha complicación a través de la mediación penal, la manifestación más importante, aunque no la única, de la justicia restaurativa.

El derecho a la reparación es tan relevante que en realidad es el único derecho que en definitiva le importa, sin que se malinterpreten estas palabras. Si es parte, lucha ella misma por este derecho, si no lo es lo asume el Ministerio Fiscal, con cierta intervención de la víctima. Consiste, en su caso, en recuperar el bien mueble intacto (restitución), ser reparada económicamente en el daño causado, bien en su persona (física o psíquicamente), bien en sus bienes y derechos (económicos y morales), e indemnizada por los perjuicios sufridos.

Como en suma se trata de obtener una tutela reparadora y restaurativa de sus bienes y derechos económicos, la cuestión es atender al patrimonio del autor del delito y, si no tiene, o complementariamente, a fondos públicos de indemnización, en el supuesto obviamente de que existan.

Pero para lograr del autor la restauración/reparación se requiere en el proceso penal moderno de instituciones que equilibren mejor las disfunciones del sistema, de manera tal que todos paguen un precio, la víctima cediendo en sus pretensiones y el autor del delito obteniendo una ventaja jurídica más ventajosa que la consecuencia jurídica del delito que le habría correspondido de aplicarse la ley estrictamente.

El diseño del sistema compensatorio de reparación exige hoy la articulación de órganos públicos de mediación, conciliación y restauración, y de organismos privados con fines específicos en la materia, por ejemplo, las instituciones del ADR, conciliación, acuerdo, mediación civil y mediación penal (sobre ella, v. específicamente *infra* el apartado IV). No todos están ni permitidos ni desarrollados, pero el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito va a darles un gran impulso.

1037. El *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito*, elaborado por el Consejo Fiscal de la Fiscalía General del Estado, cit., p. 18, denuncia expresamente también.

Hasta que ello sea una realidad, la víctima parte de una posición relativamente ventajosa frente a actos de favorecimiento de la situación jurídica del imputado/acusado en una negociación, porque para que ello sea posible, debe estar completamente reparada, lo que condiciona, parece que razonablemente, la eficacia de la institución alternativa. Se articula mediante instituciones en las que la víctima influye en las alternativas a la persecución (principio de oportunidad), en la negociación sobre la pena (conformidad), y en la continuidad en la ejecución de la pena (suspensión).

Muchos de estos derechos están ya reconocidos en la ley, aunque sea en forma deficiente. Lo que va a hacer el Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito es recogerlos, mejorarlos y ampliarlos para colocar a la víctima en el siglo XXI, en todos aquellos aspectos en que en España, con su situación particular ideal de poder ser parte acusadora penal y parte civil, pueda resultar más beneficiada, especialmente si decide no ser parte en el proceso penal. Entramos en este tema a continuación.

La reparación e indemnización (justicia restaurativa) es la manifestación más concreta, una vez ha ejercido la víctima su derecho de acción, del derecho a la tutela judicial efectiva, porque facilita de manera adecuada su pronta satisfacción.¹⁰³⁸

De momento podemos hablar en España de principio de oportunidad (alternativas a la persecución) o de justicia negociada (conformidad), tanto si es parte como si no, porque el acuerdo final requiere de su concurso. Una institución como la mediación penal todavía no está permitida en España, salvo en menores como indicamos, y en algunos casos también recogidos, como en temas de violencia de género, está expresamente prohibida.¹⁰³⁹ En el extranjero hay diferentes

1038. Conceptualmente es imprescindible la consulta de GALAÍN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 87 y ss.

1039. Sobre los diferentes sistemas de reparación de la víctima vigentes en España, v. FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, cit., pp. 413 y ss. Sobre la incipiente mediación desde hace 15 años, v. DE VICENTE REMESAL, J., *La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: Posibilidades actuales y perspectivas de futuro*, en SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Política Criminal y nuevo Derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)», Ed. Bosch,

posibilidades, distinguiéndose claramente los países anglosajones de los demás.¹⁰⁴⁰

En su articulación, no debe caerse en el error de querer hacer amigos al delincuente y a la víctima.¹⁰⁴¹ Se trata de otra cosa, y ni la amistad es lo principal, ni necesaria en este punto.

Tampoco atendemos a una posible culpa de la víctima en la producción del hecho delictivo de cara a mitigar o impedir su restauración. Este apasionante tema sustantivo,¹⁰⁴² en el que no podemos entrar, debería tener repercusión en la fase de restauración de la víctima porque al fin y a la postre estamos ante un caso en el que la víctima es también autor (por ejemplo, el dueño del bar que sirve gratuitamente alcohol a una persona, copa tras copa, habiendo apostado con ella sobre su resistencia y capacidad para beber un libro de *whisky*, siendo ingresada

Barcelona, 1997, pp. 173 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Sobre la mediación y la conciliación en el sistema penal español: Situación y perspectivas de futuro*, en CASTILLO MANZANARES, R. (dir.) / CATALINA BENAVENTE, M. A. (coord.), «Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación», Ed. La Ley, Madrid 2011, págs. 501 y ss.; VARONA MARTÍNEZ, G., *Justicia criminal a través de procesos de mediación: Una introducción*, en AA. VV., «Las víctimas en el proceso penal», cit., pp. 37 y ss.; VARONA MARTÍNEZ, G., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*, en OLAIZOLA NOGALES, I. / FRANCÉS LECUMBERRI, P. (coord.), «Jornadas de Justicia Restaurativa», Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2011, pp. 13 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS, V., «Principios y garantías de la mediación penal desde el enfoque resocializador y victimológico», *Revista Penal*, n.º 31, 2013, pp. 22 y ss.; y GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P. M., *La regulación de la mediación penal en España: Opciones legislativas y contenidos mínimos*, en GÓMEZ COLOMER J. L. / BARONA VILAR, S. / CALDERÓN CUADRADO, P., «El Derecho Procesal español del siglo xx a golpe de tango», cit., pp. 1005 y ss.

1040. Véase TAMARIT SUMALLA, J. M., *La reparación de la víctima en el Derecho penal (estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Ed. CEJIFE G. Catalunya y F. Jaume Callís, Barcelona 1994, pp. 21-48.

1041. Hace muchos años y con mucha razón lo dijo FAIRÉN GUILLÉN, V., *Derecho Presente y Futuro II Tendencias actuales del Derecho Procesal Penal*, en «Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional, t. III (La Reforma Procesal Penal 1988-1992)», Edersa, Madrid, 1992, p. 28.

1042. Por todos, CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 18-22; y SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la «victimología»*, en AA. VV., *La victimología*, cit., pp. 28 y ss.

al día siguiente como consecuencia del alcohol ingerido en un hospital en donde perdió parte del estómago y del intestino delgado tras una complicada operación quirúrgica, ¿es responsable penalmente solo él del hecho, o lo es también la víctima que se embriagó?), pero nuestro ordenamiento actual nada dice al respecto. El Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito sí prevé una devolución de las ayudas recibidas por la víctima dándose determinados requisitos, entre los que no se recoge este.¹⁰⁴³

Pero la vía más efectiva es hoy, y por mucho tiempo al parecer, el ejercicio de la acción civil acumuladamente a la penal, de manera que como víctima perjudicada pueda instar su reparación directamente.¹⁰⁴⁴

La razón de esta regulación especial reside en que la mediación, como institución autocompositiva que requiere una implicación directa, voluntaria y consciente de las partes enfrentadas, implica un cambio de perspectiva en la manera de resolver el conflicto que está detrás de todo delito entre su autor y la víctima, que afecta a muchas instituciones procesales, incluido obviamente el procedimiento, pero sobre todo a los principios más importantes del proceso penal y, desde luego, a una nueva manera de entender el Estado el ejercicio del *ius puniendi*.¹⁰⁴⁵ En España, además, debe vigilarse especialmente que las competencias normativas atribuidas a la comunidades autónomas en materia de mediación sumen y no resten en ese nuevo entendimiento de cómo resolver la cuestión jurídica que está detrás.

No olvidemos, a la hora de analizar la futura mediación penal que se va a tener que regular en España, que si analizamos históricamente la cuestión y observamos los países que nos rodean jurídicamente, el desarrollo de la mediación se corresponde con el desarrollo de los

1043. Consúltese GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito*, cit., pp. 371 y ss.

1044. Véase FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., *La intervención de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la acción civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 223 y ss.

1045. Véase BARONA VILAR, S., *El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*, en TAMARIT SUMALLA, J. M. (coord.), «Víctimas olvidadas», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 229 y ss.

derechos de la víctima del delito, pero que en nuestro país precisamente al poder ser parte la víctima en el proceso penal como acusadora particular, muchos de los problemas que se pretenden resolver con la mediación, se resuelven ya en España perfectamente en el seno del propio proceso penal, con lo cual *a priori* su impacto va a ser mucho menor. Pero también es cierto que en España su espacio va a quedar asegurado mientras el proceso penal se desarrolle tan lentamente como sucede hoy en día, y quienes públicamente intervinieren en él contribuyan decisivamente a ese pésimo funcionamiento. En otras palabras, si el sistema de justicia judicial no funciona en España, entonces hay que buscar alternativas, y la mejor hoy en día es la justicia procesal (la no judicial), destacando entre sus instituciones la mediación penal. El problema no va a ser, pues, de articulación, sino de encaje.¹⁰⁴⁶

La clave de ello reside en que la mediación penal es la vía idónea para que la víctima obtenga su reparación, que como hemos afirmado en páginas precedentes es la cuestión que más preocupa a la víctima en el fondo.

Su funcionamiento se justifica de manera fácilmente entendible. Se desacraliza la acción penal, el proceso penal y su amenaza (la pena) deja de existir, al menos momentáneamente, y la contienda se entabla en forma diferente, adoptando la forma de reconocimiento de un conflicto por ambas partes, en el que una persona ha causado un daño a otra, que debe ser ante todo reparado de una manera personalizada y concreta en función de su entidad.

La mediación penal se desarrolla fuera del proceso penal, pero su decisión incide directamente en él porque si hay acuerdo implica su terminación, al menos parcialmente. Esta mediación, llamada intraprocesal porque el proceso penal ya está en marcha y todavía no ha terminado mediante sentencia firme, es la más importante en la práctica porque

1046. Véase GÓMEZ COLOMER, J. L., *Notas sobre la Justicia procesal (alternativa, negociada, transaccional, restaurativa o reparadora)*. Un nuevo subsistema de Justicia para aliviar al sistema de Justicia Judicial, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (ed.), «Justicia Restaurativa y Violencia de Género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004», Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2015, pp. 169 y ss.

es lo usual, dado que los delitos públicos exigen su persecución por el principio de necesidad.¹⁰⁴⁷

El mediador no es un juez, ni un fiscal, ni debería ser un abogado penalista, ni siquiera un jurista, aunque no me oponga a que sea un abogado. Pero parece papel más para expertos, por ejemplo del campo de la criminología o de la psicología social. Su función principal no es llegar al acuerdo, que es muy importante porque si fracasa el proceso penal resultará más largo y complejo que si no hubiera tenido lugar, sino garantizar que la negociación se produce en términos de igualdad, para que el autor del delito no la aproveche para victimizar a la víctima todavía más.

Obtenida la reparación, la víctima deja de tener interés en el proceso penal, que seguirá, en función del delito cometido y de la negociación alcanzada, y siempre que el control judicial sea satisfactorio, para llegar a una condena, probablemente, del autor del delito, mucho más satisfactoria para este, o al menos no tan importante como la que habría correspondido de no haberse alcanzado la mediación, de manera que las funciones constitucionales resocializadora y rehabilitadora de la pena se cumplan mejor. Colaborar con la justicia y reparar a la víctima siempre debe ser, al menos, una atenuante, y en España así es (art. 21.5 CP).

El juez penal controla el acuerdo de mediación. La vía más común es, si la ley permite que el proceso deje de existir, la del sobreseimiento libre, y si el juicio oral ya está abierto, la utilización de la conformidad (de momento, a salvo de que la futura ley introduzca una vía propia) y su reflejo en la sentencia conforme a las normas aplicables, en lo que ahora no entramos.

Resulta por ello absolutamente imprescindible, como decíamos *supra*, que la futura ley de mediación penal regule, mediante un listado de *numerus clausus*, qué delitos permiten acogerse a esta solución alterna-

1047. También tiene importancia la mediación en fase de ejecución penal, porque en España tenemos normas que condicionan beneficios penitenciarios e incluso la propia libertad a la reparación de la víctima (arts. 4.4, 80, 81, 88, etc. CP), pero para la víctima puede ser demasiado tarde, de ahí que los esfuerzos mayores deban concentrarse en la mediación intraprocesal.

tiva, ya que no pueden ser todos porque socialmente ello sería reprochable.¹⁰⁴⁸ Política criminal, principio de legalidad y principio de oportunidad juegan aquí un papel distinto a la persecución judicial del delito, pero no por ello dejan de existir como principios esenciales del proceso penal y de la mediación penal.¹⁰⁴⁹ Si atendemos además a las víctimas especialmente vulnerables que reconoce el futuro Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito, esta cuestión tiene una importancia crucial, pues ante ellas la sensibilidad social es más elevada.

No considero apropiada la mediación cuando hay un único autor y numerosas víctimas (terrorismo, narcotráfico, etc.), por resultar demasiado difícil de manejar. De ahí que la futura ley de mediación penal debe prever también causas objetivas de exclusión de la mediación.

Tampoco cuando el autor del delito es insolvente, para lo que su capacidad económica deberá determinarse antes de la mediación, porque entonces la reparación de la víctima, el fin principal de la mediación penal, es imposible, y únicamente saldría beneficiado el autor del delito, lo que sería, además de injusto, inmoral.

Asímismo, debe concretarse la voluntariedad de la mediación, de manera que por esta razón nunca pueda ser impugnada por nulidad. Por ello, debe regularse en qué términos se entiende que el autor ha reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad y en qué términos debe prestar su consentimiento para la mediación. Igualmente ha de preverse específicamente, como es obvio, en qué términos la víctima debe prestar su conformidad para la mediación. También es consecuencia de la voluntariedad y debe por ello regularse que no cualquier revocación será admisible, estableciéndose causales concretas, para que la justicia no esté en manos del capricho.

1048. Recordemos que en casos de violencia de género, como consecuencia de ese sentir social que recoge la Política Criminal del Gobierno, la mediación penal está hoy prohibida legalmente (art. 44.5 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

1049. Este es uno de los grandes temas que se discuten a la hora de autorizar al mediación penal en España. La postura doctrinal mayoritaria es no permitirlo para todos los delitos, sino establecer límites derivados de la gravedad de los hechos o de los bienes jurídicos protegidos, v. BARONA VILAR, S., *El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España*, cit., pp. 242-246.

La confidencialidad, a la que nos hemos referido *supra*, debe ser regulada expresamente y, sobre todo, castigada penalmente su vulneración por el mediador. La vulneración por parte del autor del delito debería implicar la pérdida de beneficios procesales y sustantivos, y por parte de la víctima, se debería tener por no hecha, quedando a expensas del proceso penal su reparación. Se trata en suma de garantizar a toda costa el principio de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

UN CASO COMPLEJO DE RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

PROF. DR. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. DOCTRINA GENERAL.- II. EL CASO COMPLEJO DE LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESA. 1. Tesis de la responsabilidad civil solidaria (aplicación preferente del art. 8 de la Ley 18/1982). 2. Tesis de la responsabilidad civil subsidiaria (aplicación preferente del art. 120.4.º CP).- III. EN SÍNTESIS.

I. DOCTRINA GENERAL

En ciertos momentos históricos la naturaleza penal o civil de este tipo de responsabilidad fue tema controvertido, pero hoy, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1092 del Código civil, su naturaleza no penal, es decir, su naturaleza civil, está fuera de toda duda. En este sentido, el art. 1089 del Código Civil dispone que «las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

Ahora bien, como es de sobra conocido, por motivos pragmáticos de origen histórico, la responsabilidad civil *ex delicto* se regula en el Código Penal español, actualmente en los arts. 109 a 122. Esta circunstancia —insisto— no condiciona su citada naturaleza civil. Así, el art. 109 CP señala que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta «obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados». De aquí que con carácter previo es menester diferenciar entre *daños* y *perjuicios*, entendiendo los primeros los causados a las cosas, y por los segundos los restantes males ocasionados por la infracción penal.¹⁰⁵⁰

La jurisprudencia exige que los perjuicios queden probados por quien los alega, pues la indemnización civil ha de operar sobre realidades concretas, y no respecto a hipótesis, futuros perjuicios, o simples supuestos posibles pero inseguros.¹⁰⁵¹ Igualmente ha tratado de establecer qué personas pueden considerarse perjudicadas por el delito, lo que deviene cuestión esencial para determinar el actor civil en caso de aseguradoras.¹⁰⁵²

En este sentido es importante destacar, por si en algún momento cobra interés en el presente asunto, la Instrucción 8/91, de 8 noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre notificación a las personas que no han sido parte en el proceso penal.

Con arreglo al art. 110 del Código Penal, la responsabilidad civil derivada del delito comprende: *a)* la restitución; *b)* la reparación del daño, y *c)* la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Esta enumeración tiene carácter gradual y escalonado. De modo que lo primordial es la restitución de los efectos del delito y, únicamente cuando la misma no sea posible, o cuando las cosas recuperadas hayan sufrido demérito o deterioro, con la consiguiente devaluación, procederá la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios, siendo improcedente fijar daños y perjuicios cuando los efectos del delito se hayan recuperado o restituido sin tara o depreciación apreciables.¹⁰⁵³

1050. MONTÉS PENADÉS, V. en «Comentarios al Código Penal de 1995»; vol. 1, coord. T. S. Vives Antón, Valencia, Tirant, 1996, pp. 570 y ss.

1051. STS 16-05-1998.

1052. SSTS 24-02-2005 y 01-03-2007.

1053. STS de 13 de octubre de 1990.

De este modo, resulta claro que el orden de prelación del art.110 CP reviste carácter preceptivo para el juzgador, no para las partes, dado el carácter privado de la institución, sin que pueda decretarse la indemnización si la restitución resultara posible. En cualquier caso la regulación legal obliga a delimitar los supuestos que establece. No obstante, en este caso, no creo que sea relevante ni necesario.

Así pues, basta con recordar los aspectos esenciales de la *indemnización de perjuicios materiales y morales*, que «comprenderá no solo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros» (art. 113 CP). A este respecto, al incluirse los perjuicios materiales dentro de la indemnización, puede producirse confusión con la reparación del daño. El criterio de distinción parece que puede articularse entendiendo como daños los causados en las cosas y como perjuicios los restantes males producidos por el delito. A su vez, los perjuicios pueden consistir tanto en el «daño emergente» como en el «lucro cesante».¹⁰⁵⁴

Así se pronuncia generalmente la jurisprudencia, al señalar que el daño es el menoscabo real de las cosas, mientras que el perjuicio es el menoscabo económico derivado de este daño.¹⁰⁵⁵

El problema real de la indemnización de los perjuicios se concreta en los de carácter moral, cuya evaluación no siempre resulta clara, pero que deberá realizarse atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión producida, sin que parezca oportuno el establecimiento de criterios rígidos de carácter general. Ahora bien la jurisprudencia suele diferenciar entre el *daño moral* en sentido estricto (dolor moral) y el *daño moral indirectamente económico*, que aminora la actividad personal y debilita la capacidad para generar riqueza.¹⁰⁵⁶

En efecto, la jurisprudencia define ampliamente el *daño moral* en sentido estricto, como el precio del dolor, esto es, el sufrimiento, el pesar, la amargura y la tristeza que el delito puede originar a la víc-

1054. Cfr. ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAC: «Compendio de Derecho penal. Parte General», Valencia, Tirant, 4.^a ed., 2014, pp. 419 y ss.

1055. STS 06-05-1999.

1056. SSTS 20-10-2006; 02-01-2007.

tima o a sus allegados.¹⁰⁵⁷ No es necesario que el dolor o daño moral en general se haya tenido que concretar en alteraciones patológicas o psicológicas. Así, por ejemplo se ha admitido como tal el estrés producido a funcionarios de prisiones por una larga detención ilegal de los internos, o el sufrimiento debido a una futura intervención quirúrgica.¹⁰⁵⁸ Respecto a los baremos y criterios de valoración, ha de atenderse a lo solicitado por la acusación y a las circunstancias personales acreditadas del ofendido.¹⁰⁵⁹ La indemnización por daños morales se extiende además de al ofendido, a sus familiares, que no hay que confundir con sus herederos, y a las personas vinculadas por una relación análoga de afectividad.¹⁰⁶⁰

En cuanto a las *personas responsables civilmente*, lo serán todas aquellas declaradas criminalmente responsables. En este sentido se habla de una responsabilidad civil directa para todos los responsables penales, cualquiera que sea su título de participación en el delito (arts. 109 y 116 CP). Sin embargo, no toda comisión de una infracción penal genera responsabilidad civil, pues para ello es preciso que al daño penal siga un daño civil. Y esto no ocurre en todas las infracciones penales. Así, por ejemplo, en algunos delitos de peligro y en los de omisión propia, tradicionalmente la jurisprudencia ha entendido que, por su propia naturaleza, no se ocasionan daños civiles.

Pero junto a la responsabilidad civil directa, el Código Penal también regula la *responsabilidad civil subsidiaria*. En el art. 120 CP se contempla la regla general, que contiene dos grandes grupos: el primero, que declara responsables civiles subsidiarios a los que de algún modo han tenido culpa o negligencia (padres o tutores, o empresarios respecto a sus empleados), y un segundo grupo fundado en una actuación que ha incrementado el riesgo. También existen varios supuestos especiales: casos de pluralidad de responsables penales, que son responsables solidarios entre ellos, y subsidiarios respecto a los demás (art. 116 CP); responsabilidad de las aseguradoras (art. 117 CP).

1057. STS 16-05-1998.

1058. SSTS 30-11-1998 y 21-04-1999.

1059. SSTS 17-11-1997; 20-10-2006.

1060. STS 19-12-1997.

En este ámbito existe abundante jurisprudencia que abarca cuestiones tan dispares como los supuestos y amplitud de la cobertura;¹⁰⁶¹ seguro obligatorio; acción directa contra el asegurador;¹⁰⁶² responsabilidad supletoria del Consorcio de Compensación de Seguros;¹⁰⁶³ derecho de repetición;¹⁰⁶⁴ de entidades bancarias;¹⁰⁶⁵ de la empresa;¹⁰⁶⁶ del Estado y la comunidad autónoma;¹⁰⁶⁷ de otros colectivos.¹⁰⁶⁸

Generalmente la exención de responsabilidad criminal comporta también la exoneración de la responsabilidad civil. Pero los arts. 118 y 119 CP contienen las siguientes excepciones, en las que a pesar de la exención de responsabilidad penal si nace una responsabilidad civil: trastorno mental (art. 20.1.º CP); intoxicación plena (art.20.2.º CP); alteración de la percepción (art. 20.32.º CP); estado de necesidad (art. 20.5.º CP); miedo insuperable (art. 20.6.º CP); error invencible (art. 14 CP).¹⁰⁶⁹

También existen normas especiales, en el art. 122 CP, para aquellos que se hubieran enriquecido sin causa, esto es, que sin participar en el delito hubieran obtenido algún beneficio del mismo.¹⁰⁷⁰ Esta es la figura denominada de partícipes a título lucrativo, fundada en la obligación civil destinada a impedir el enriquecimiento injusto. Por ello mismo alcanza solo hasta el importe del provecho personal obtenido, pero no a la indemnización de todos los perjuicios.¹⁰⁷¹

1061. STS 04-12-1998.

1062. STS 04-07-1997.

1063. STS 04-12-1997.

1064. STS 28-05-1999.

1065. SSTS 22-03-2007; 30-04-2007.

1066. STS 04-06-2007.

1067. SSTS 30-05-2007; 08-01-2007.

1068. STS 22-11-2006.

1069. Extensamente se analizan estos supuestos en ROIG TORRES: *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Valencia, Tirant, 2010, pp. 423 y ss.

1070. STS 21-12-1999.

1071. ROIG TORRES: «*La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*», Valencia, Tirant, 2010, pp. 434 y ss.

II. EL CASO COMPLEJO DE LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESA

Resulta muy complejo determinar el alcance de la responsabilidad civil en el caso de las uniones temporales de empresa (en adelante UTE). Es decir, aquellas formadas por diversos socios para acometer un proyecto comercial que se prolonga durante un tiempo más o menos determinado.

Partiré de una hipótesis: un escenario de condena penal a uno de los socios en su calidad de gerente único de una UTE, y precisamente por las actividades desarrolladas en el ejercicio de este cargo. En estos casos es clara su responsabilidad civil directa si finalmente es declarado autor o partícipe de las diversas infracciones penales investigadas. Pero la cuestión aquí planteada es, si en caso de insolvencia parcial o total de esta persona y de la sociedad a la que representa, esta responsabilidad civil pudiera derivarse a la UTE e incluso a los otros socios integrantes de la misma.

En el art. 8, «Requisitos», de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial regional, se dispone en su apartado e) 8: «La responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros».

Por tanto, inicialmente la respuesta es afirmativa, esto es, se derivaría la responsabilidad civil hasta la UTE, habida cuenta del precepto transcrito contenido en la Ley 18/1982, y supuestamente también conforme a la normativa disciplinada en el Código Penal ya analizada en el apartado anterior.

Sin embargo, primariamente deberíamos determinar si esa responsabilidad civil derivada de delito se puede establecer conforme a la citada norma especial; o bien, segunda alternativa, cabe argumentar que prevalecen las normas generales del Código Penal, porque en esta materia de responsabilidad civil derivada de delito son preferentes y desplazan a la Ley de 1982. La primera opción nos conduce a una responsabilidad inicialmente subsidiaria pero que después se transforma en solidaria.

Por el contrario, de admitirse la segunda vía, quedaría expedita la apreciación de las reglas ordinarias del Código Penal; esto es, nos hallaríamos en un supuesto general de responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4.º CP. Las diferencias de seguir una u otra vía son notables, como se expone a continuación.

1. Tesis de la responsabilidad civil solidaria (aplicación preferente del art. 8 de la Ley 18/1982)

La responsabilidad civil por los actos de la UTE es solidaria e ilimitada de los partícipes por los actos en beneficio en común. Dos sentencias sobre el tema siguen esta calificación, que declara la responsabilidad solidaria entre todos los que conforman la UTE.¹⁰⁷²

Esta tesis comporta la previa declaración de responsabilidad penal del gestor y en consecuencia también como responsable civil directo. Ahora bien, en caso de impago de este, la responsabilidad civil se deriva primero subsidiariamente a la UTE, y al llegar a esta se transforma en responsabilidad civil solidaria e ilimitada. Ello como consecuencia de su especial naturaleza al carecer de personalidad jurídica.¹⁰⁷³

Así pues, esta exégesis conduce a que, en relación a una UTE, se considera que sus integrantes responden frente a terceros personal e ilimitadamente conforme al art. 8 e) de la ley.¹⁰⁷⁴ Esta responsabilidad descansa en que la UTE carece de personalidad jurídica, si bien puede comparecer en juicio como tal ente sin personalidad jurídica (art. 6.1.5.ª LEC).

En definitiva, esta alternativa se estructura del siguiente modo: Primero, si el socio-gerente de la UTE es declarado responsable criminal lo

1072. SAP de Navarra de 30 de marzo de 2010 y también la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de diciembre de 2010.

1073. Al respecto *vid.* BIUREU GUARRO: *Asociaciones y uniones de empresas*, Madrid, 1991; SERRANO TERRADES: «Uniones de empresas», RCDI, n.º 476, 1970, pp. 9-36; VICENT CHULIA: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971.

1074. Así, JIMÉNEZ SÁNCHEZ y otros: «*Derecho mercantil*», 1, p. 456, Madrid, 1999.

será por tanto también responsable civil directo. Segundo, en caso de impago, subsidiariamente responde la UTE. Y, tercero, al alcanzar una UTE, todos los socios que la integran son responsables solidarios de la cuantía impagada por el responsable criminal, de modo que puede ejecutarse indistintamente sobre cualquiera de ellos. En definitiva, esta tesis conduce a una expansiva declaración de responsabilidad civil solidaria e ilimitada.

2. Tesis de la responsabilidad civil subsidiaria (aplicación preferente del art. 120.4.º CP)

El régimen general contenido en el Código Penal establece que, los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno. De modo que, en este asunto, el primer responsable civil sería siempre el socio-gerente de la UTE condenado penalmente por el o los delitos correspondientes.

Cuando son varios los autores no cabe declararla conjunta, debiendo fijarse la cuota de cada uno¹⁰⁷⁵ a efectos internos,¹⁰⁷⁶ salvo imposibilidad de fijarla por la actuación poco transparente de los autores¹⁰⁷⁷ o cuando uno es autor y otro cómplice.¹⁰⁷⁸ Puede apreciarse un mayor protagonismo de algún responsable¹⁰⁷⁹ según la incidencia de su conducta en la producción del daño¹⁰⁸⁰ y, pese a las cuotas, es solidaria frente al perjudicado independientemente del lucro obtenido.¹⁰⁸¹

1075. STC 119/2003, 15-6; TS 1372/2003, 30-10 y 2376/2001, 17-12.

1076. SSTS 298/2003, 14-3 y 895/1995, 26-9.

1077. STS 495/2003, 2-4.

1078. STS 785/2004, 22-6.

1079. STS 59/2001, 22-1.

1080. STS 318/2003, 7-3.

1081. STS 867/2002, 29-7.

Pero la diferencia fundamental con respecto a la anterior tesis, descansa en que la responsabilidad *ex art.* 120 CP es solamente subsidiaria, lo que supone simplemente escalonar el derecho del perjudicado y las obligaciones de los responsables, por lo que solo tiene lugar cuando el deber impuesto al que es responsable principal no se cumple o no se puede cumplir.¹⁰⁸²

Por consiguiente, de apreciar este criterio, el esquema quedaría como sigue: primero, si el socio-gerente es declarado responsable criminal lo será por tanto también responsable civil directo. Segundo, en caso de impago, subsidiariamente responde la UTE. Y, tercero, al alcanzar una UTE, como quiera que la responsabilidad civil *ex delicto* es exclusivamente subsidiaria, se detiene en ella por la cuantía impagada, pero no puede extenderse ni ejecutarse solidariamente a los socios que la integran. En suma, la responsable subsidiaria es la UTE, pero no las sociedades que la constituyen.

Para tratar de aplicar esta tesis, cabe argumentar que, en materia de responsabilidad civil derivada de delito, tienen preferencia las normas que la regulan en el CP, de forma que, en este caso, se aplicaría el art. 120.4 CP. Así, primero, se declararía la responsabilidad civil directa del responsable penal (conforme a la cuota establecida por su grado de participación); segundo, en caso de impago, se derivaría subsidiariamente a la UTE. Es decir, se aplicaría el régimen general de responsabilidad civil del CP, y no la Ley especial de 1982.

El art. 120.4.º CP disciplina un modelo de responsabilidad civil *ex delicto* en los siguientes términos: «Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

El fundamento de esta regla de responsabilidad civil trae causa de la clásica doctrina civil de la *culpa in eligendo* o *in operando*. Sin embargo, la jurisprudencia ha evolucionado hacia una ampliación signifi-

1082. Cfr. DIEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, pp. 618-619, Madrid, 1984.

cativa de su ámbito de aplicación.¹⁰⁸³ En efecto, pues en la actualidad se opera con una responsabilidad cuasi objetiva,¹⁰⁸⁴ vinculada en la *teoría del riesgo o aprovechamiento de la actividad*.¹⁰⁸⁵ De suerte que, quien se beneficia de la actuación de otra persona ha de responder de los daños que de tal actuación se deriven —*cuius comoda, eius incommoda*—. ¹⁰⁸⁶ Por consiguiente, nace con la simple actuación del autor con anuencia del responsable civil,¹⁰⁸⁷ aunque la actividad desarrollada por aquel no genere beneficios.¹⁰⁸⁸ Es suficiente con la comprobación general de la tenencia de empleados, dependientes o gestores.¹⁰⁸⁹

Para poder establecer esta clase de responsabilidad civil, doctrina y jurisprudencia precisan la presencia de los siguientes requisitos:¹⁰⁹⁰

a) En primer término se requiere una relación jurídica o de hecho, de dependencia onerosa o gratuita, duradera o esporádica.¹⁰⁹¹ Se entienden incluidos el mandato tácito, el beneplácito, la anuencia o la conformidad.¹⁰⁹² También la simple colaboración que genere beneficios.¹⁰⁹³ A efectos penales, prevalece la relación efectiva o material, y no la meramente formal.¹⁰⁹⁴

b) En segundo lugar, se exige que el declarado responsable criminal haya ejercido funciones atribuidas o encomendadas dentro de la relación jurídica, ya se trate de las funciones *normales* u ordinarias, o incluso de funciones extraordinarias o *anormales*. No obstante lo afirmado, es obvio que la comisión de una conducta delictiva siempre supone una

1083. STS 47/2006, 26-1.

1084. STS 145/2005, 7-2.

1085. SSTS 948/2005, 19-7; 1789/2002, 31-10 y 615/2002, 12-4.

1086. STS 372/2006, 31-3.

1087. STS 1212/2003, 9-10.

1088. STS 948/2005, 19-7.

1089. STS 525/2005, 27-4.

1090. *Vid.* por todos ROIG TORRES: *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Valencia, Tirant, 2010.

1091. SSTS 687/2006, 21-6; 298/2003, 14-3 y 307/2003, 26-1.

1092. SSTS 1119/2002, 11-6; 687/2006, 21-6; 948/2005, 19-7 y 298/2003, 14-3.

1093. STS 2253/2001, 29-11.

1094. SSTS 1015/2004, 27-9 y 753/2003, 23-5.

extralimitación para la que no existe autorización del principal.¹⁰⁹⁵ Por tanto, y en todo caso, la conducta delictiva ha de estar inmersa en el seno de la actividad confiada al infractor y pertenecer a su esfera de actuación y competencias.

c) Y finalmente, consecuencia de los anteriores requisitos, se precisa de la prueba de una relación de causalidad entre la conducta delictiva y la actividad o función atribuida. La exigencia de esta relación de causalidad es interpretada jurisprudencialmente con suma amplitud.¹⁰⁹⁶ No obstante, se considera rota o inexistente, en hipótesis de actos desconectados totalmente de la actividad o del servicio.¹⁰⁹⁷ Sin embargo, se considera existente la relación de causalidad siempre que una sociedad es utilizada para el delito y también cuando resulta beneficiaria directa de la actuación.¹⁰⁹⁸

Un ejemplo paradigmático de atribución de responsabilidad civil *ex delicto*, lo constituye la sociedad de la que es administrador el condenado por delito contra la Hacienda pública, al derivarse la deuda tributaria del hecho ilícito y no de la Ley General Tributaria.¹⁰⁹⁹ De suerte que, se establece una responsabilidad civil subsidiaria de las sociedades representadas, siempre que los órganos representativos de la misma, esto es, las personas físicas que ostentando tal carácter desarrollan una actividad delictiva de la que se lucran las sociedades, en cuya representación actúan, sean declarados responsables criminalmente, y solamente en su defecto.¹¹⁰⁰

III. EN SÍNTESIS

La aplicación preferente del art. 120.4.º CP puede inferirse de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, esto es, de un entendi-

1095. SSTS 47/2006, 26-1; 948/2005, 19-7; 307/2003, 26-1 y 2253/2001, 29-11.

1096. Por todas *vid.* SSTS 414/2002, 11-3; 1176/2004, 22-10.

1097. Por ejemplo SSTS 1155/2005, 23-9 y 2253/2001, 29-11.

1098. Exponente de estos supuestos es la STS 1217/2004, 2-11.

1099. STS 336/2004, 15-7.

1100. STS 874/2006, 18-9.

miento conjunto de la responsabilidad civil contenida en el Código Civil y en el Código Penal. Así, de una parte, la responsabilidad extracontractual del empresario por sus trabajadores *ex art. 1903. 4.º del Código Civil* es, según creación jurisprudencial, de carácter principal (no subsidiaria) y solidaria, y ello para favorecer la indemnización del perjudicado ya que, teóricamente y en principio, el empresario es más solvente que sus trabajadores o dependientes. Dentro de este modelo exclusivamente civil debe entenderse la Ley 18/1982. Por el contrario, en el art. 120 del Código Penal la responsabilidad civil derivada del delito para las personas no autoras o partícipes, es subsidiaria —no solidaria—, aunque también se dirige al mismo fin, es decir, que el perjudicado vea reparado el daño.¹¹⁰¹

Por ello, podría decirse que, mientras en el Código Civil y en las leyes especiales que siguen su modelo, se establece un régimen de responsabilidad extracontractual solidaria con carácter general, el Código Penal contiene otro régimen de responsabilidad, esta vez subsidiaria, para todos los supuestos de derivación de aquella de un hecho delictivo, incluidas las UTE.

Sin embargo, a favor de determinar una responsabilidad solidaria en casos de delitos cometidos en actuaciones asociadas a una UTE, pesa inexorablemente la literalidad el art. 8 Ley 18/1982. También pesa en este sentido alguna jurisprudencia penal y desde luego la civil y laboral. Además, creo que se podría argumentar que el art. 120.4.º CP se refiere a las personas físicas y jurídicas, y las UTE carecen de personalidad jurídica, sin que las normas penales se apliquen a supuestos de los directamente comprendidos en ellos (art. 4.2 Código Civil).

Pero entonces, el problema es si se pueden conjugar el 120.4.º CP y el art. 8 de la Ley 18/1982, de modo que en caso afirmativo, surge inicialmente una responsabilidad subsidiaria y posteriormente —o si se prefiere a la vez— solidaria. Así pues, de prevalecer esta interpretación, la responsabilidad civil para la UTE derivada de un ilícito penal, es subsidiaria y solidaria. Aunque, por supuesto, en vía interna la acción de reembolso es por la cuota de cada empresa en la UTE.

1101. Ampliamente en ROIG TORRES: *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*, Valencia, Tirant, 2010, pp. 458 y ss.

Es evidente que resulta favorable la tesis de una responsabilidad civil exclusivamente subsidiaria, conforme a las reglas generales que disciplina la derivada de un hecho delictivo, porque estas resultan de preferente aplicación a cualquier otra que regulen otros supuestos de responsabilidad civil extracontractual. A ello habría que sumar un argumento material, consistente en que los socios constituyentes de una UTE asumen un riesgo por el valor del capital aportado, pero en ningún caso responden por sí mismas con sus propios bienes. Y menos aún en supuestos de actos delictivos cometidos sin su conocimiento ni consentimiento por otro de los socios.

En cualquier caso la solución a un asunto determinado deberá ponderarse con el análisis de importantes cuestiones procesales, como por ejemplo las relativas a legitimación activa y pasiva y el delicado juego de la conformidad, todo desde la perspectiva del principio acusatorio y el derecho de defensa (indefensión). Pero también tendrá que matizarse con hipotéticas derivadas sustantivas, por ejemplo en casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis CP) o para entes sin personalidad jurídica (arts. 128 y 129). También en supuestos de delitos contra la Administración Pública con participación de funcionarios y con afectación a caudales públicos.

**EL DERECHO DE LA VÍCTIMA A SER ASISTIDA
POR INTÉRPRETE EN EL PROCESO PENAL:
UN ESTUDIO COMPARADO DE LAS DIRECTIVAS 2010/64,
2012/29 Y DE LOS PROYECTOS
PARA SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL¹¹⁰²**

A la memoria del Dr. Barrientos Pellecer

PROF.^a DR.^a ALICIA GONZÁLEZ NAVARRO
*Profesora de Derecho Procesal
Universidad de La Laguna*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA VÍCTIMA PERSONADA A SER ASISTIDA POR INTÉRPRETE Y TRADUCTOR. 1. Su falta de reconocimiento (expreso) hasta la Directiva 2012/29. 2. Carácter ordinario de las normas que previsiblemente regularán el derecho de la víctima a ser asistida por intérprete y traductor el proceso penal español. 3. Carácter renunciable del derecho de la víctima a interpretación y traducción. 4. El reconocimiento de un estatuto especial y de mayor protección al imputado.- III. LA CALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN: EL DERECHO A INTÉRPRETE PROFESIONAL. 1. Breve referencia al panorama actual en

1102. El presente trabajo se ha realizado con motivo de la participación de la autora en el Proyecto de investigación *SOS-VICS. Speak Out for Support* (Referencia JUST/2011/JPEN/2912), financiado por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

En no pocas ocasiones la doctrina científica ha acometido el estudio del derecho a interpretación y traducción en el proceso penal.¹¹⁰³ Sin embargo, el análisis que tradicionalmente se ha realizado de dicho derecho ha centrado su enfoque en la figura del sujeto pasivo del proceso penal: es decir, en el imputado o acusado.¹¹⁰⁴ En cierta medida, es lógico que esto sea así pues, hasta tiempos recientes, los instrumentos normativos en los que tradicionalmente se ha garantizado el derecho a interpretación y traducción han fijado su atención exclusivamente en la parte pasiva del proceso penal.¹¹⁰⁵

1103. Entre los trabajos más recientes y sin ánimo de exhaustividad pueden citarse los de ARANGÜENA FANEGO, Coral, «El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010», en *Revista General de Derecho Europeo*, 24 (2011); JIMENO BULNES, Mar, «Acceso a la interpretación y traducción gratuitas», en *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea* (coord. Arangüena Fanego), Lex Nova, Valladolid, 2007; VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, «El derecho a intérprete y a la traducción en los procesos penales en la Unión Europea. La iniciativa de 2010 de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la interpretación y traducción», en *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (dir. Arangüena Fanego), Lex Nova, Valladolid 2010; SANZ HERMIDA, Ágata María, «La nueva Directiva sobre los derechos de interpretación y traducción en los procesos penales», en *Revista General de Derecho Procesal*, 22 (2010); BOTICARIO GALAVÍS, María Luisa, «El derecho a ser asistido por intérprete. Legislación de la Unión Europea y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Revista General de Derecho Procesal*, 32 (2014).

1104. O, en palabras de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, el sospechoso.

1105. Sin perjuicio de alguna norma, como es la contenida en el artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, como es sabido, alude a la designación de intérprete en aquellos casos en que el testigo no entendiere o no hablare el idioma español. No obstante, a pesar de que, efectivamente, la víctima declarará en el proceso penal en calidad de testigo, no puede mantenerse que los artículos 440 y siguientes LECr tengan como objeto de regulación el derecho a intérprete de la víctima, puesto que, obviamente, se refieren al interrogatorio de testigos, con carácter general.

Sin embargo, en la actualidad y sobre todo como consecuencia de la entrada en vigor de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, ha cobrado importancia el análisis de dicho derecho desde el punto de vista de quien resulta ser la víctima de los hechos que constituyen el objeto del proceso penal.

Con base en la necesidad de transposición de la citada Directiva a los derechos nacionales de los Estados miembros, cuyo plazo expirará el 16 de noviembre de 2015, actualmente se está tramitando en las Cortes el Proyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito.^{1106 1107}

Pero es que, además, debe tenerse también presente la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, cuyo plazo de transposición expiró desde el pasado 27 de octubre de 2013 sin que el Estado español haya incorporado a su derecho interno las garantías previstas en dicha Directiva. Por el momento solo se cuenta con el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.¹¹⁰⁸

1106. El citado Proyecto se encuentra en la actualidad en fase de presentación de enmiendas en el Senado y se puede consultar en línea en el siguiente enlace: <http://goo.gl/BcmMnF> (último acceso: 21 enero 2015).

1107. Por otra parte, en el momento en que se escriben estas líneas ya se ha confirmado oficialmente la imposibilidad de aprobar, tampoco en la presente legislatura, una nueva ley de enjuiciamiento criminal, en este caso concreto, el denominado Código procesal penal, el cual, a su vez, dedicaba un capítulo, concretamente los artículos 59 a 68 a lo que denomina como *Estatuto procesal de la víctima*, concretamente de la víctima que ha decidido personarse como parte en el proceso penal.

1108. Este Proyecto de Ley Orgánica también se encuentra actualmente en fase de presentación de enmiendas en el Senado, pudiendo ser objeto de consulta en el enlace siguiente: <http://goo.gl/AgMFMI> (último acceso: 21 enero 2015).

Como puede apreciarse, nos encontramos en un momento clave, que por lo tanto no puede desaprovecharse, para la incorporación a nuestro ordenamiento de las previsiones relativas al derecho a interpretación y a traducción, así como a los requisitos de calidad con los que deben cumplir tales servicios de mediación lingüística que —tanto desde el punto de vista del imputado (Directiva 2010/64), como del de la víctima (Directiva 2012/29)— se contienen en las citadas directivas.

No obstante lo dicho, el Proyecto de Ley Orgánica para la transposición de la Directiva 2010/64 sobre interpretación y traducción ha sido muy contestado desde el sector de los intérpretes y traductores profesionales,¹¹⁰⁹ los cuales han pedido incluso la retirada del Proyecto de Ley Orgánica, en la medida en que a lo largo de su tramitación parlamentaria se han desoído las opiniones de todo el sector profesional y académico de la traducción y la interpretación del país, habiéndose rechazado sin debate alguno las enmiendas presentadas por los grupos de la oposición al Proyecto.¹¹¹⁰

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA VÍCTIMA PERSONADA A SER ASISTIDA POR INTÉRPRETE Y TRADUCTOR

Tal y como ha tenido ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional, el derecho a ser asistido gratuitamente por intérprete debe entenderse «incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho fundamental» (en referencia al derecho a la defensa en un proceso con todas las garantías; STC 181/1994, de 20 de junio). No obstante, debe tenerse en cuenta que esta declaración del Alto Tribunal se realiza en relación con el acusado en el proceso penal. Por lo que se refiere a la víctima del delito, cabe plantearse si el derecho a interpretación y traducción que asiste a la misma tiene idéntico alcance que el derecho a intérprete del acusado.

1109. <http://goo.gl/cEsQC9> (último acceso: 21 enero 2015).

1110. <http://bit.ly/1ubx7My> (último acceso: 21 enero 2015).

Para dar respuesta al interrogante planteado habrá que atender a los siguientes factores: en primer lugar, las previsiones contenidas en las normas fundamentales (tanto las nacionales como las internacionales); en segundo lugar, el carácter orgánico u ordinario de las normas que consagran el derecho a intérprete de la víctima a lo largo del proceso penal; en tercer lugar, el carácter renunciable o no de dicho derecho; y, por último, la existencia de normativa y jurisprudencia que reconoce al imputado un estatus especial y más protegido que al resto de las partes en el proceso penal.

1. Su falta de reconocimiento (expreso) hasta la Directiva 2012/29

En cuanto al primer aspecto señalado, en los tratados y convenios internacionales suscritos por España que forman parte de nuestro ordenamiento interno, ya desde 1950, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma en 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH), determina en su artículo 6.3 apartados *a*) y *e*) que «todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; (...) *e*) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia».

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en su artículo 14.3 proclama en los apartados *a*) y *f*) que «durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: *a*) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; (...) *f*) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal».

Por último, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 1998, establece, por un lado, en su artículo 55, relativo a los derechos de las personas durante la investigación, que «En las investigaciones

realizadas de conformidad con el presente Estatuto: (...) c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad»; y, por otro lado, el art. 67, relativo a los derechos del acusado durante el juicio, en su apartado primero, letras a) y f) proclama que «en la determinación de cualquier cargo, el acusado tendrá derecho a ser oído públicamente, habida cuenta de las disposiciones del presente Estatuto, y a una audiencia justa e imparcial, así como a las siguientes garantías mínimas en pie de plena igualdad: a) A ser informado sin demora y en forma detallada, en un idioma que comprenda y hable perfectamente, de la naturaleza, la causa y el contenido de los cargos que se le imputan; (...) f) A ser asistido gratuitamente por un intérprete competente y a obtener las traducciones necesarias para satisfacer los requisitos de equidad, si en las actuaciones ante la Corte o en los documentos presentados a la Corte se emplea un idioma que no comprende y no habla».

En cuanto a la Constitución Española, el art. 24 de la misma no consagra expresamente ni siquiera el derecho del imputado o acusado a ser asistido por intérprete y traductor,¹¹¹¹ si bien, como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí ha declarado (en relación con el acusado) que el citado derecho debe entenderse incluido en el más amplio derecho a un proceso con todas las garantías. Por lo que se refiere al derecho a intérprete de la víctima, hasta el momento, el citado Tribunal no ha efectuado una declaración equivalente en relación con la víctima.

Por lo que se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los arts. 440 y siguientes, así como el 762 (relativo este último al proceso abreviado), por un lado, aluden a la necesidad de nombrar intérprete en aquellos casos en los que el testigo no entendiere o no hablare el idioma español. Si bien es cierto que la víctima declara en el proceso penal en calidad

1111. Todo ello sin perjuicio de la previsión contenida en el artículo 17.3 de la Constitución, según el cual «toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención» (...).

de testigo, la finalidad de los citados preceptos no consiste en consagrar un derecho del testigo (y por lo tanto tampoco de la víctima) a ser asistido por intérprete, pues más bien nos encontramos ante una norma reguladora del desarrollo y forma de las actuaciones judiciales del tipo, por ejemplo, de la contemplada en el art. 231 Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otro lado, el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sí tiene por objeto la proclamación de los derechos que le asisten a las personas sujetas a las medidas de detención o prisión preventivas, configurando lo que se ha denominado como el estatuto jurídico del detenido (o preso preventivo). En este sentido, el citado art. 520 proclama en su apartado segundo declara que «toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten, y especialmente de los siguientes: (...) e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano.

De cuanto se ha expuesto se desprende que, excepción hecha de las previsiones contenidas en la Directiva 2012/29, hasta la aprobación de esta no existían normas que consagrasen expresamente el derecho de la víctima a ser asistida por intérprete y traductor a lo largo del proceso penal.¹¹¹²

1112. La citada Directiva ha sustituido a la Decisión marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, la cual en su artículo 4, rotulado «Derecho a recibir información», determinaba que «Los Estados miembros garantizarán que la víctima tenga acceso, en particular desde el primer contacto con las autoridades policiales, por los medios que consideren adecuados y, cuando sea posible, en lenguas de comprensión general, a la información pertinente para la protección de sus intereses»; y en su artículo 5, sobre garantías de comunicación, añadía que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para reducir cuanto sea posible las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión y a la participación de la víctima en las fases importantes del proceso penal, cuando esta sea testigo o parte en las actuaciones, en términos comparables a los aplicables al procesado». Sin embargo, como puede apreciarse, en ella no se aludía expresamente a los derechos a interpretación y traducción.

2. Carácter ordinario de las normas que previsiblemente regularán el derecho de la víctima a ser asistida por intérprete y traductor en el proceso penal español

En un primer momento, el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito se proyectaba con la citada naturaleza orgánica. Tal circunstancia se debía a que en el Anteproyecto original se incluían dos disposiciones finales: la cuarta y quinta, dedicadas precisamente a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la transposición de la Directiva 2010/64 —relativa, como se ha dicho, al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales— y la Directiva 2012/13 —relativa al derecho a la información en los procesos penales—, respectivamente. En este sentido, la Disposición final segunda del entonces Anteproyecto de ley orgánica del Estatuto de la víctima del delito se dedicaba a precisar los preceptos incluidos en el Anteproyecto que tendrían carácter orgánico, indicando que solamente gozarían de tal naturaleza, por un lado, el art. 8 de la ley¹¹¹³ y, por otro, las Disposiciones finales cuarta y quinta.

Sin embargo, antes de la remisión del citado Anteproyecto de Ley Orgánica a las Cortes Generales se le privó de tal naturaleza orgánica. Esta modificación responde al hecho de que se procedió a la segregación de las Disposiciones finales cuarta y quinta del Anteproyecto de Estatuto de la víctima, pasando a tramitarse las dos Disposiciones citadas como un Proyecto de Ley Orgánica independiente: precisamente aquél que en la actualidad también se está tramitando con el fin de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la transposición de las Directivas 2010/64 y 2012/13.

Como consecuencia de todo lo explicado, queda clara la voluntad del legislador de dotar de naturaleza ordinaria —y no orgánica— a la

1113. La atribución de carácter orgánico a este precepto se debía a la circunstancia de que la regulación original del mismo afectaba al cómputo de la prescripción de los delitos regulados en el vigente Código Penal que tienen ese carácter. Sin embargo, la citada alusión a la prescripción ha sido eliminada del actual artículo 8 del Proyecto de ley del estatuto de la víctima del delito, por lo que ha desaparecido la necesidad de atribuirle carácter orgánico.

totalidad de las normas contenidas en el Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito y por lo tanto también al art. 9 de dicho Proyecto de Ley, relativo al derecho a la traducción e interpretación de la víctima.

El hecho de que las dos iniciativas legislativas se estén tramitando de forma simultánea ha puesto claramente de manifiesto la diferencia de tratamiento que recibe el derecho a interpretación y a traducción cuando el mismo se le garantiza a la víctima (regulación por ley ordinaria) y cuando se le garantiza al imputado (regulación por ley orgánica). En este sentido, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64 UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13 UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, para evitar toda duda, especifica en su Disposición final primera, que lleva por rótulo «preceptos de carácter ordinario», entre los cuales no se incluyen los preceptos que tienen por objeto el reconocimiento del derecho del imputado a interpretación y traducción gratuitas (arts. 118, 123 y 520 según la nueva redacción que de dichos preceptos se contiene en el citado Proyecto).

3. Carácter renunciabile del derecho de la víctima a interpretación y traducción

Además de todo lo indicado en el apartado anterior, el proyectado nuevo art. 126 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal todavía alude a una circunstancia distintiva más entre el derecho a interpretación y traducción que asiste al imputado y el que se le reconoce a la víctima. Así, con ocasión de la regulación del régimen jurídico de la renuncia a los derechos contemplados en el también nuevo art. 123 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entre los cuales, como se ha indicado, se encuentra el derecho a intérprete, el citado art. 126 *in fine* establece que «en todo caso, los derechos a los que se refieren

las letras *a*) y *c*) del apartado 1 del art. 123 no podrán ser renunciados». ¹¹¹⁴

Por lo que se refiere a la posibilidad de que la víctima renuncie a su derecho a ser asistida por intérprete, aquí la respuesta no puede ser tan categórica como la que acabamos de ver contempla el proyectado art. 126 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto del imputado. En este sentido, tal y como deja claro la propia Directiva 2012/29 en el punto 34 de su preámbulo, «siempre debe proporcionarse a la víctima un servicio de interpretación gratuito, durante el interrogatorio y para facilitarle su participación activa en las vistas judiciales, de acuerdo con el estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente. Para otros aspectos del proceso penal, la necesidad de interpretación y traducción puede variar en función de cuestiones específicas, del estatuto de la víctima en el sistema judicial penal pertinente y su implicación en las actuaciones, y de los derechos específicos que la asistan. Solo es preciso ofrecer interpretación y traducción para estos otros casos en la medida necesaria para que las víctimas ejerzan sus derechos».

Se trata precisamente de que la víctima, a diferencia del imputado, no está sujeta al proceso penal. Antes al contrario, si bien a la víctima, según el estatuto diseñado para ella en nuestro ordenamiento, le asiste el derecho a denunciar y a personarse como parte en el proceso penal, también debe garantizársele, en un sentido inverso, el derecho a decidir no personarse en las actuaciones que se sigan como consecuencia de la comisión de los hechos de los que ha resultado ser víctima. Así, si ha decidido no personarse en el proceso, para las declaraciones que preste a lo largo del mismo le serán de aplicación los arts. 440 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio del derecho a interpretación y a traducción que le reconoce el proyectado art. 9 de la Ley del Estatuto de la víctima del delito.

Si, por el contrario, ha decidido participar activamente en el proceso y, además de denunciar, se ha personado también como acusación par-

1114. Sin embargo, tras una interpretación en sentido contrario del citado precepto debe concluirse que el derecho a traducción sí es renunciable, siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece el propio artículo 126 LECr.

ticular, la garantía del derecho contenido en el citado artículo 9 incluirá no solo la necesidad (reconocida en la letra a) del apartado primero del precepto) de ser asistida por intérprete y traductor durante su interrogatorio —tanto en sede policial, judicial, como ante el ministerio fiscal— en calidad de testigo bien sea en fase de investigación como en el juicio oral, sino que además se extenderá al derecho a la traducción gratuita de las resoluciones contempladas en los arts. 7.1 y 12 del Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito cuando la víctima así lo haya solicitado y, por otro lado, a la traducción gratuita de la información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos a que se refiere el título II —relativo a la participación de la víctima en el proceso penal—, pudiendo presentar solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

No obstante lo dicho, puede observarse cómo el art. 7.1 de la Directiva 2012/29 alude a que se les facilite interpretación gratuita a las víctimas que no entiendan o no hablen la lengua del proceso penal de que se trate (...) *si así lo solicitan* y de acuerdo con su estatuto en el sistema de justicia penal pertinente. Parece que la Directiva somete la garantía del derecho a interpretación a la condición de que exista instancia de la víctima. La transposición de dicho precepto a nuestro derecho interno supondría en muchos casos una regresión,¹¹¹⁵ pues incluso el actual art. 440 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la designación de oficio de intérprete.

Por el contrario y de manera a mi juicio más acertada, el art. 9 del Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito se expresa en términos más apropiados, al determinar que «toda víctima que no hable o no entienda el castellano o la lengua oficial que se utilice en la actuación de que se trate tendrá derecho: a) A ser asistida gratuitamente por un intérprete...» sin que, por lo tanto, sea necesario que la víctima lo solicite previamente, a diferencia de lo previsto en la Directiva.

1115. A diferencia de otras muchas otras Directivas (como por ejemplo la 2010/64 y 2012/13, que han sido citadas en este trabajo), la de 2012/29 no incluye una cláusula de no regresión.

4. El reconocimiento de un estatuto especial y de mayor protección al imputado

Al imputado en el proceso penal se le reconoce, tanto desde el punto de vista normativo¹¹¹⁶ como jurisprudencial,¹¹¹⁷ un estatuto especial y de mayor protección que a la víctima. Esta circunstancia se pone especialmente de manifiesto en una garantía como es la del derecho a la doble instancia penal consagrada en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹¹¹⁸ el cual, como es sabido, solo se garantiza frente a aquellas sentencias que sean de condena y no frente a las absolutorias.¹¹¹⁹ Tales circunstancias tienen su fundamento en el hecho de que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que, tal y como declara el Tribunal Constitucional en doctrina reiterada,¹¹²⁰ la

1116. Como se ha detallado en apartados anteriores, el derecho a intérprete del acusado se reconoce en los tratados y convenios internacionales citados solamente desde el punto de vista del imputado o acusado. Salvo la novedad de la Directiva 2012/13, ningún otro instrumento reconoce expresamente el derecho a intérprete de la víctima del delito.

1117. Precisamente en estos términos se expresa la STS 2.ª 675/2013, de 21 de junio: «Esto supone que las sentencias absolutorias tienen una especial rigidez en relación al pronunciamiento absolutorio. Ello no es más que una manifestación de la especial situación que tiene todo imputado en el proceso al disponer de un status especial y más protegido que el resto de las partes, por ello, cuando en el ejercicio del ius puniendi estatal, se concluye con una sentencia absolutoria, siempre que la decisión esté motivada y quede garantizada la efectividad de la interdicción de la arbitrariedad ex. art. 9.3.º de la Constitución (que también rige en las sentencias absolutorias), la conversión de tal pronunciamiento absolutorio en otro posterior condenatorio dictado por el Tribunal que vía recurso conozca de la causa, requiere específicos requisitos».

1118. «Toda persona declarada culpable de 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 prescrito por la ley».

1119. STS 2.ª 237/2014, de 25 de marzo, según la cual «no puede olvidarse -como ya vimos más arriba- que el derecho a la doble instancia penal reconocido en los Tratados Internacionales --art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-- solo está prevista con carácter vinculante para las sentencias condenatorias no para las absolutorias, por lo que sería acorde a los Tratados Internacionales un sistema penal que solo admitiera la doble instancia en caso de condena. En tal sentido, SSTs 587/2012 de 10 de julio y 656/2012 de 19 de julio».

1120. Véanse por ejemplo las SSTC 201/2012, de 12 de noviembre y 120/2000, de 10 de mayo.

víctima solo es titular del *ius ut procedatur* o derecho a poner en marcha un proceso sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho.

Por lo que se refiere al derecho a interpretación y traducción, si bien está claro que no se puede proceder en todo caso a la equiparación entre el que le asiste al imputado y aquél que se le reconoce a la víctima, pues sin ir más lejos habrá supuestos en los que la víctima ni siquiera estará personada en el proceso penal, también es verdad que en aquellos otros casos en los que la víctima sí ha optado por participar activamente en el proceso, debido a la necesidad de garantizarle el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda generársele indefensión, se hace inevitable el reconocimiento expreso de este derecho a ser asistida por intérprete y traductor tal y como se le reconoce en la Directiva 2012/29, así como en el Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, si finalmente resulta aprobado.

Restaría aún responder al interrogante sobre el rango fundamental o no de dicho derecho de la víctima a ser asistida por intérprete y traductor. Pues bien, a pesar de que las conclusiones alcanzadas en el análisis de los factores tratados en los apartados anteriores parecen constituir indicios que apuntan a la naturaleza no fundamental del derecho que nos ocupa en relación con la víctima, deben realizarse las siguientes precisiones: en primer lugar, hay que distinguir en todo caso si la víctima se ha personado como acusación particular y, por lo tanto, es parte acusadora en el proceso penal o no. Si no se ha personado, está claro que aun así le asistirá el derecho a ser asistida por intérprete y traductor, reconocido tanto en la Directiva 2012/13, como en el Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito. Sin embargo, dicho derecho no será fundamental, sino de rango ordinario.¹¹²¹ De hecho, aunque nada

1121. Tal circunstancia queda clara cuando se da respuesta a la pregunta de si la víctima va a tener garantizado el acceso al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo ante una posible vulneración de su derecho. En cuanto a esta cuestión, véase GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 235: «Pero lo importante para la víctima es que sean derechos exigibles, al menos mediante la interposición de un escrito ante un juez o, en su caso, de un recurso contra una decisión judicial que

diga la Directiva 2012/29 ni tampoco el Proyecto de Ley que aquí comentamos, a la víctima que no entiende el español o la lengua oficial de que se trate, debe garantizársele el derecho a intérprete también a lo largo del procedimiento asistencial (médico, sanitario, psicológico, psiquiátrico...),¹¹²² pues de lo contrario, ninguno de estos derechos (al igual que el de la tutela judicial efectiva) podrían hacerse efectivos.

Ahora bien, si la víctima que no habla español o la lengua oficial en la que se desarrollan las actuaciones, ha decidido participar activamente en el proceso y se ha personado como acusación particular en el mismo, el derecho a ser asistida por intérprete y traductor se presenta como un derecho fundamental de la víctima, a la cual, recuérdese, le asiste el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda generársele la indefensión que prohíbe el art. 24.1 de la Constitución.¹¹²³

Lamentablemente, este rango fundamental del derecho —instrumental, si se quiere— de la víctima a ser asistida por intérprete y traductor no se ha visto reflejado en el Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito. Una de las cuestiones que pone de relieve tal circuns-

los haya vulnerado, al más alto nivel posible, por tanto, con perspectivas de acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional una vez agotada la vía interna ordinaria, y eso no siempre es factible legalmente, incluso el acudir a instancias internacionales, mucho más difícil todavía».

1122. VALERO GARCÉS, Carmen, LÁZARO GUTIÉRREZ, Raquel y POZO TRIVIÑO, Maribel del, «Interpretar en casos de violencia de género en el ámbito médico» y ARUMÍ, Marta, GIL-BARDAJÍ, Anna, VARGAS-URPI, Mireia y AGUILERA ÁVILA, Laura, «Interpretar en casos de violencia de género en el ámbito psicosocial», ambos trabajos se incluyen en *La interpretación en contextos de violencia de género*, Toledano Buendía, Carmen y Pozo Triviño, Maribel del (editoras), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 195 y ss. y 239 y ss., respectivamente.

1123. En el mismo sentido, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit., p. 337. Este autor, a pesar de no incluir el derecho a interpretación y traducción que asiste a la víctima en el listado de derechos fundamentales procesales que denuncia y desarrolla en las páginas 236 y ss, sí mantiene que al vulneración de este derecho de la víctima implica también la de su derecho a la tutela judicial efectiva. En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que avala esta tesis, puede consultarse, por todas la STC 9/2008, de 21 de enero, según la cual «efectuado por el legislador el reconocimiento del derecho de la víctima del delito al ejercicio de las acciones penales y civiles que del mismo deriven, ese derecho a acceder a la jurisdicción, personándose como acusación particular, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

tancia es la del alcance del derecho a la asistencia por intérprete. Si bien en muchos aspectos, el contenido del art. 9.1 a) del Proyecto de Ley de Estatuto de la víctima amplía el alcance de dicho derecho de la víctima al extenderlo a las declaraciones que se le reciban en la fase de investigación ante el juez, fiscal o funcionarios de policía o cuando intervenga como testigo en el juicio o en cualquier otra vista oral, lo cierto es que el citado precepto —a diferencia de lo que sucede en relación con el imputado en el proyectado art. 123.1 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— no le reconoce a la víctima el «derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para la preparación de otras solicitudes procesales».

A pesar de que la actual regulación del derecho a intérprete del acusado tampoco contempla este derecho a valerse de tal profesional en las entrevistas que el acusado mantenga con su abogado, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar que el derecho a intérprete debe entenderse comprendido en el art. 24.1 de la Constitución en cuanto a la prohibición de indefensión, añadiendo que «ligado este derecho, pues, con el de asistencia letrada (art. 24.2 CE) es obvio que a esta asistencia ha de extenderse la necesidad de efectividad o eficacia, so pena de considerarlo un derecho vacío o meramente formal, pues nada es más lógico y natural pensar que una adecuada defensa y asistencia letrada exige el previo requisito de una comunicación interpersonal inteligible e incluso fluida en asunto tan crucial como la transmisión al Abogado no solo de hechos, sino de vivencias y apreciaciones, por parte del acusado, y ante la perspectiva de su juicio oral, aparte de su colaboración para la propuesta de pruebas».¹¹²⁴

Esta doctrina sentada por el Alto Tribunal debe entenderse aplicable —*mutatis mutandis*— al derecho a intérprete de la víctima pues, en caso contrario, como indica el Tribunal Constitucional, el de tutela judicial efectiva sería un derecho vacío o meramente formal.¹¹²⁵

1124. STC 71/1988, de 19 de abril.

1125. En cuanto a la puesta en relación de este derecho con el de asistencia letrada,

III. LA CALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN: EL DERECHO A INTÉRPRETE PROFESIONAL

El art. 5.2 de la Directiva 2010/64 determina que «con objeto de fomentar la idoneidad de la interpretación y traducción, así como un acceso eficaz a las mismas, los Estados miembros se esforzarán por establecer uno o varios registros de traductores e intérpretes independientes debidamente cualificados».

1. Breve referencia al panorama actual en la Administración de Justicia española

El panorama actual en nuestro país en cuanto a la asistencia por intérprete en el ámbito del proceso penal dista mucho de ser un servicio del que se pueda predicar que está prestado por profesionales o, en palabras de la Directiva, *por traductores e intérpretes independientes debidamente cualificados*. Si bien la situación puede ser distinta dependiendo del territorio al que se preste atención,¹¹²⁶ por desgracia, el siguiente extracto de la Sentencia 10/2009 de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 2.^a), de 17 de noviembre, da una imagen fiel de los cánones de calidad con los que a día de hoy se opera en el ámbito de la Administración de Justicia:

La legalidad en sede judicial se ha *respetado al detalle* y no cabe a estas alturas procesales alegar desconocimiento de nada ni mucho menos de la *calidad de los intérpretes*, ya que en todo momento *la denunciante ha comparecido con su amiga Tatiana para que la sirviera de traductora fiel* (las cursivas son mías).

cobra aquí especial importancia en materia de víctimas la actual regulación contenida en la letra g) —añadida por el art. 2.1 del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero— del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en la que se reconoce el beneficio a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos con independencia de la existencia de recursos para litigar.

1126. Para un estudio de los distintos modelos de provisión de servicios de interpretación judicial en España, puede consultarse ORTEGA HERRÁEZ, Juan Miguel, *Interpretar para la justicia*, Comares, Granada, 2010, pp. 96 y ss.

No es infrecuente encontrarnos en las salas de justicia con situaciones como la de que el juez pregunte al público que está presente en la sala si hay alguien que hable alemán (o la correspondiente lengua extranjera) para que traduzca un documento que obra en las actuaciones, que el acusado interprete para la víctima que no habla español o que al imputado le asista como intérprete otro coimputado...¹¹²⁷

Este apartado tiene por objeto poner de manifiesto que el problema no se agota en la necesidad de cualificación de los intérpretes, sino que, además es menester, tal y como establece el art. 6 de la Directiva 2010/64,¹¹²⁸ que los Estados miembros soliciten a los responsables de la formación de los jueces, fiscales y personal judicial que actúen en procesos penales, que presten una atención especial a las particularidades de la comunicación con la ayuda de un intérprete, de manera que se garantice una comunicación efectiva y eficaz. Por lo tanto, la cualificación de los intérpretes es solo una parte de la labor que debe realizarse en esta materia. De hecho, no son pocas las ocasiones en que existen intérpretes cualificados que aspiran en vano a prestar sus servicios en los tribunales de justicia y que, sin embargo, se encuentran ante la circunstancia de que desde los juzgados se cuenta con lo que podría denominarse un banco de intérpretes (en muchas ocasiones sin cualificación alguna) que, por una especie de uso forense, siempre son los designados para prestar la asistencia.

Lo dicho pone de relieve la urgencia de que se acometan las dos medidas siguientes: en primer lugar, una labor de concienciación de los profesionales que actúan en los ámbitos policial y judicial con el fin de que se presten esa atención especial a las particularidades de la comunicación en la que interviene un intérprete;¹¹²⁹ y, en segundo lugar, la

1127. Para más ejemplos de mala praxis puede consultarse ORTEGA HERRÁEZ, Juan Miguel, FERNANDES DEL POZO, Doris, GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia «La interpretación profesional con víctimas de violencia de género en los ámbitos policial y judicial: hacia una asistencia lingüística especializada», en *La interpretación en contextos de violencia de género*, cit., p. 131.

1128. El Proyecto de Ley Orgánica para la transposición de la Directiva 2010/64 no se hace eco de esta exigencia contenida en el artículo 6 de la citada Directiva.

1129. Puede consultarse BORJA ALBI, Anabel, POZO TRIVIÑO, Maribel del (eds.), *La comunicación mediada por intérpretes en contextos de violencia género. Guía de buenas prácticas para trabajar con intérpretes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, acce-

creación de un registro oficial de intérpretes y traductores, si bien, como se expondrá en el próximo apartado, por desgracia el Proyecto de Ley Orgánica que se está tramitando para la transposición de la Directiva 2010/64, por el momento, no se ha hecho eco de las críticas del mundo académico y profesional de la interpretación.

Otro problema que se proyecta sobre el derecho a interpretación es el de la frecuente subcontratación de empresas de traducción, las cuales en ocasiones ponen a disposición de los tribunales intérpretes cuya selección ha tenido lugar sin ni siquiera exigirles titulación o, en cualquier caso, sin atender a criterios oficiales de calidad.¹¹³⁰ Además, los honorarios que reciben los intérpretes se corresponden con un exiguo porcentaje de lo que la Administración de Justicia correspondiente abona a la empresa con la que ha contratado, motivo este que no redundará en la calidad de los servicios de interpretación y traducción prestados.

2. El Proyecto de Ley Orgánica para la transposición de la Directiva 2010/64

Este Proyecto de Ley Orgánica para la transposición de la Directiva sobre los derechos de traducción e interpretación en los procesos penales, en ningún momento determina en qué deberá consistir la debida habilitación y cualificación con la que, según la Disposición final tercera, deberán contar los intérpretes. En este sentido, el proyectado artículo 124 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solamente establece que «el traductor o intérprete judicial será designado de entre aquellos que se hallen incluidos en los listados elaborados por la Administración competente», admitiéndose también excepcionalmente en casos de urgencia la intervención de un traductor o de un intérprete que no esté inscrito en las citadas listas, pero que sea conocedor del idioma empleado y que se estime capacitado para el desempeño de dicha tarea.

sible en <http://goo.gl/uCnOk7>; o también *Working with or as an interpreter. Handbooks for fieldwork*, editada por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), accesible en <http://goo.gl/QVRfHP>.

1130. ORTEGA HERRÁEZ, Juan Miguel, *Interpretar para la justicia*, cit., pp. 108 y ss.

El proyectado art. 124 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ponerse en relación con la Disposición final tercera, rotulada «Registro Oficial de traductores e intérpretes judiciales», en la cual se anuncia que el Gobierno presentará en el plazo máximo de un año¹¹³¹ un Proyecto de ley de creación de un registro oficial de traductores e intérpretes judiciales para la inscripción de todos aquellos profesionales que cuenten con la debida habilitación y cualificación, con el fin de elaborar las listas de traductores e intérpretes a que se refiere el futuro art. 124 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La inscripción en este Registro oficial será requisito necesario para la actuación de estos profesionales por designación del juez o del secretario judicial ante la Administración de Justicia, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan.

Además, la citada Disposición final tercera continúa diciendo que para proceder a la inscripción en este Registro Oficial, el Ministerio de Justicia podrá solicitar el cumplimiento de otros requisitos diferentes a la formación o titulación que se establezca reglamentariamente en función del idioma de que se trate. Estos requisitos deberán ser proporcionados y no discriminatorios y podrán basarse en la experiencia del profesional, en el conocimiento adicional de cuestiones procedimentales o jurídicas, y en el cumplimiento de deberes deontológicos previstos en la ley.

Tal y como se expresa la Disposición que estamos comentando, puede entreeverse el riesgo de que, finalmente y a pesar de la Directiva 2010/64, lo previsto como excepción se convierta en la regla general. Por ello entiendo que las voces críticas de las asociaciones de intérpretes y de los expertos en interpretación deberían ser escuchadas, pues se han pronunciado sobre el tema reivindicando la necesidad de implantar

1131. Cabe esperar que el cómputo del plazo de un año no se rija por el mismo método que el del proyecto de ley de jurisdicción voluntaria. Y mientras, siguen pasando los meses sin que la transposición se haya llevado a cabo correctamente... El plazo límite para la transposición de esta Directiva sobre el derecho a interpretación y traducción en los procesos penales expiró desde el pasado 27 de octubre de 2013 (artículo 9 de la propia Directiva). Por lo tanto, a pesar de que España no haya procedido todavía a tal transposición a su derecho interno, sería posible la invocación de la citada Directiva en un proceso penal en el que se plantee la necesidad de hacer efectivo algún derecho contemplado en la misma.

un sistema consistente en la superación de una prueba objetiva para poder proceder a la inscripción del intérprete o traductor en el registro oficial que se cree.

Por lo tanto, la correcta transposición de la Directiva es fundamental para evitar el intrusismo profesional y alcanzar unos mínimos de calidad aceptables. De lo contrario, seguirá siendo posible que en España actúen como intérpretes personas que no dominan suficientemente la lengua ni el correspondiente lenguaje técnico, las técnicas de interpretación, que no conocen los códigos deontológicos de los intérpretes, ni su deber de guardar secreto en relación con las actuaciones.¹¹³²

Por otra parte, y a pesar de que la Directiva 2010/64 no alude a esta cuestión, en el Proyecto de Ley Orgánica que se está tramitando en la actualidad también se echa de menos alguna previsión relativa a la necesidad de hacer extensiva —*mutatis mutandis*— la aplicación extensiva a los profesionales de la interpretación y traducción de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.¹¹³³

IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, debe concluirse que el derecho a intérprete de la víctima que se ha personado en el proceso penal es un derecho que si no se garantiza en los casos en que así fuera necesario, traerá consigo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión del art. 24.1 de la Constitución, por lo que, en su caso, daría acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

1132. Para más información en cuanto a estos temas puede consultarse ABRIL MARTÍ, María Isabel, TOLEDANO BUENDÍA, Carmen, UGARTE BALLESTER, Xus, FERNÁNDEZ PÉREZ, María Magdalena, «Introducción a la interpretación en contextos de violencia de género: conceptos básicos de interpretación, contextos, competencias y deontología», en *La interpretación en contextos de violencia de género*, cit., pp. 55 y ss.

1133. En este sentido puede consultarse la STS 2.ª 1293/2001, de 28 de julio, que denomina al intérprete «perito traductor» y en la que se defiende la aplicación de la legislación de protección de testigos y peritos, también a los traductores-intérpretes.

En cuanto a la víctima que haya decidido no participar activamente en el proceso, si bien en las circunstancias actuales no puede entenderse comprendido entre los derechos fundamentales, sí debe garantizársele el derecho a mediación lingüística profesional no solo en el marco del proceso penal que se hubiera incoado, sino también a lo largo de todo el procedimiento asistencial, pues de lo contrario, también los derechos comprendidos en el artículo 10 del Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito se convertirán —en palabras del Tribunal Constitucional¹¹³⁴— en derechos vacíos o meramente formales en aquellos casos en los que la víctima no entiende o no habla español.

Por lo que se refiere a la calidad de los servicios que deben prestar los profesionales de la interpretación de la traducción, nos encontramos también en un momento clave para la correcta —aunque ya inevitablemente extemporánea— transposición de la Directiva 2010/64 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales. En este sentido, es necesario que las referencias alusivas a los intérpretes y traductores incluyan en todo caso la alusión a su profesionalidad y cualificación, la cual se garantizará con la creación del Registro Oficial de Intérpretes y Traductores Judiciales al que alude la Disposición final tercera del Proyecto de Ley Orgánica de transposición de la Directiva 2010/64. Sin embargo, debe precisarse que el acceso a la inscripción en el citado Registro solo deberá producirse una vez superada la correspondiente prueba objetiva. Se trata, en definitiva, de que los intérpretes y traductores que presten sus servicios en nuestro país cumplan con el necesario de ver de traducir de forma íntegra, sin alterar el mensaje ni la intencionalidad del mismo, pues esta puede responder a una estrategia procesal preconcebida, de manera que cualquier cambio que introduzca el intérprete podría acabar por incidir en la formación de la convicción judicial en uno u otro sentido.

Sin embargo, en el citado Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica, entre otras, la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la transposición de la Directiva 2010/64, existe una previsión que no debe pasar inadvertida. Me refiero a la nociva «Disposición adicional (an-

1134. STC 71/1988, de 19 de abril.

tes final segunda)» (*sic*), según la cual «las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal». En este contexto cobran importancia las palabras de Ferrajoli, las cuales, aunque referidas a los derechos sociales, son perfectamente aplicables al tema que aquí nos ocupa. Mantiene el citado autor que es cierto que los derechos sociales y las correspondientes obligaciones sociales cuestan, añadiendo que «cabe sin embargo afirmar que cuesta todavía más, en términos de ausencia de desarrollo económico, su insatisfacción».¹¹³⁵

1135. FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 114.

PODER JUDICIAL CONSTRUCCIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA

ABG. F. ERICK JUÁREZ E.¹¹³⁶

Abogado

*Coordinador de la Comunidad Jurídica de Occidente
Guatemala*

*... el funcionamiento de un servicio de justicia
efectivo a cargo de verdaderos jueces sometidos
a la constitución y a las leyes, capaces de concretar
el Derecho cuando no sea observado voluntariamente,
igual a los que gobiernan como a los gobernados.
Además, conformar un verdadero poder judicial
como alma y motor de la democracia que necesitamos...*

César Ricardo C. Barrientos Pellecer

SUMARIO: I. FUNCION DEMOCRÁTICA DEL PODER JUDICIAL. 1. Imposición de la democracia. a) *Justicia*. b) *Igualdad*. c) *Equidad*. d) *Libertad*. e) *Legalidad*. 2. Defensa de la democracia. a) *Sometimiento de otros poderes del Estado*. b) *Sometimiento de las instituciones y organizaciones*. c) *Sometimiento de los ciudadanos*. 3. Proyección de la democracia. a) *Recepción de*

1136. Abogado en ejercicio activo en Guatemala. Exasesor del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, ✠ César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer.

estándares internacionales. b) Incorporación de nuevas exigencias democráticas. c) Evolución de la vida democrática.- II. GOBIERNO DE LOS JUECES. 1. Plenos poderes en la jurisdicción. *a) La ley como punto de partida para realizar la democracia. b) La democracia como límite de la función jurisdiccional. c) Efectiva Ejecución de la decisión jurisdiccional.* 2. Judicialización de la política. BIBLIOGRAFÍA.

Tradicional y recurrentemente se ha considerado que el Poder Judicial tiene única y exclusivamente la función de aplicar la ley en sus decisiones jurisdiccionales, llana y fríamente, sin tomar en cuenta el contenido, validez y legitimidad de la misma. En la línea histórica se le ha asignado esa función por su naturaleza dependiente —Estados monárquicos, despóticos, aristocráticos— y, en otros tiempos, por su naturaleza débil, frágil e ineficiente frente a los otros poderes públicos. Tal extremo llegó a manifestarse en la célebre frase de Montesquieu en que los jueces no eran más que la boca de la ley, lo que conllevó a una actitud automática pasiva y eminentemente formal de aplicación de la ley adjudicando el derecho en cada caso sin trascender a las realidades sociales a las que el fallo judicial iba destinado.

Esa forma y naturaleza de actuación del Poder Judicial, aún en una república democrática, lo identifica como el tercer poder del Estado: débil, impotente y con grandes falencias para su posicionamiento institucional y su trascendencia en la transformación, fortalecimiento y defensa de un orden democrático. Esto conlleva el reconocimiento de la supremacía o superposición de los otros poderes frente al Poder Judicial, lo cual invisibiliza a este último, reduciéndolo a una simple institución encargada de una función eminentemente técnica sin posibilidad alguna de limitar, controlar y someter a la legalidad a los otros poderes del Estado.

Ante esa tendencia, dispersamente, surgieron distintas propuestas e ideas de un Poder Judicial fuerte al nivel de los otros poderes del Estado, a efecto de tener incidencia y trascendencia en la vida social de los países. En estos escenarios se fortalece el juicio racional de los jueces y la posibilidad de que a través del derecho construyeran un mundo más justo, siendo la reflexión jurídica y filosófica, en cada caso, la actitud

fundamental para comprender que en cada decisión jurisdiccional se trasciende en la percepción y comprensión ciudadana de la importancia del imperio de la ley para la obtención de la justicia en una sociedad democrática. Fuerzas contrarias a esta incipiente posibilidad del Poder Judicial, se manifiestan a través del positivismo —extremo—, en virtud del cual el juez se sometía nuevamente a la vigencia de las normas jurídicas sin posibilidad alguna de reflexionar sobre la justeza de las mismas. Su eficacia para la obtención de la equidad y aseguramiento de las libertades individuales como tampoco sobre su legitimidad, lo que resultó nuevamente en un juez técnico con comprensión abstracta y aislada del caso sometido a su conocimiento, obviando el contexto social en el cual surgió el conflicto y al cual se destina el fallo judicial.

Posteriormente a ello, y, como una manifestación expresa en contra del positivismo jurídico, surgen distintas propuestas que se anclan en el denominado «activismo judicial», cuya razón de ser conllevó el fortalecimiento de los jueces para transformar las sociedades por medio de sus decisiones jurisdiccionales; en tal escenario los jueces debían reflexionar, previamente, sobre la validez de las normas jurídicas, lo que implicó un control de constitucionalidad de la ley ordinaria y reglamentaria, así como una reflexión sobre la incorporación, observancia y respeto de los elementos conformantes de un Estado democrático traducido en tales normas jurídicas, para determinar si la que aplicaría en el caso concreto contribuía a la realización de tales fines o si, por el contrario, los obstaculizaba; y finalmente debía determinar el contexto en el cual iba causar efectos la decisión a emitir, con el objeto de adelantarse en una condición justa y equitativa del fallo judicial. En esta etapa es donde se enmarca el pensamiento de César Barrientos,¹¹³⁷ quien en sus distintas obras académicas, pero especialmente en la titulada *Los poderes judiciales: talón de Aquiles de la democracia*, escribe profusa y explícitamente sobre la importancia de «ubicar el papel del Poder Judicial de cada país en el proceso de construcción de un Estado

1137. † Dr. Cesar Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer (1953-2013), impulsor de la reforma procesal penal en Guatemala y presidente la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2009-2013).

Moderno».¹¹³⁸ Barrientos creyó firmemente que el Poder Judicial era el medio y la institución más idónea para consolidar la democracia en los Estados republicanos; a la vez lo ubicó como la única institución que podía someter a la legalidad los actos de los poderes ejecutivo y legislativo. Sin embargo, en el contexto en que él escribió y vivió, reconocía que históricamente y de forma deliberada se constituyó un «Poder Judicial disminuido y limitado [...] la inferioridad del Poder Judicial frente al Ejecutivo es una política deliberada de los revolucionarios franceses».¹¹³⁹ Por eso la imposibilidad para avanzar en la democracia de los países lo constituía las debilidades y flaquezas con que fue concebido, construido e implantado el Poder Judicial en los distintos países que asumieron el modelo republicano, de tal cuenta que la única forma de devolverle la atribución fundamental al Poder Judicial es a través de su fortalecimiento y su posición superlativa en la estructura del Estado, a efecto de poseer las capacidades y condiciones institucionales para someter a los otros dos poderes del Estado a la legalidad de un Estado de derecho social y democrático.

De lo indicado se derivan tres condiciones inexcusables de la existencia de un Poder Judicial: *a)* función democrática del Poder Judicial; *b)* superposición del Poder Judicial; *c)* sometimiento de los otros poderes al Estado de derecho.

La asignación de la función democrática del Poder Judicial implica que los jueces, al redefinir los conflictos sociales sometidos a su conocimiento, tomen decisiones que obliguen a las partes a vivir en democracia y a la vez que el fallo judicial tenga implicaciones para construir la democracia en el ámbito que causa efectos; asimismo y, cuando se ha avanzado en la instauración de una vida democrática, corresponde a los jueces fortalecer esa vida democrática a través de su actuación judicial y las decisiones judiciales que asuman. Además conlleva una obligación irrenunciable: que todos los jueces defiendan en su actuación judicial y decisiones jurisdiccionales la democracia alcanzada has-

1138. Barrientos Pellecer, César, *Los poderes judiciales, talón de Aquiles de la democracia*. Editorial Magna Terra, 2.^a ed., p. 38. Guatemala, 2009.

1139. *Idem*, p. 56.

ta el momento por la sociedad a la cual sirve. Esta función excluye por antonomasia la simple adjudicación del derecho, la actuación monótona pasiva y reflexiva automática y abstracta de los jueces que, simple y sencillamente, aplican la ley ordinaria y reglamentaria sin el control de convencionalidad y de constitucionalidad a que están obligados, y que, obviamente también excluye esa función intrascendente del caso a caso sin comprender la trascendencia del fallo judicial para consolidar la democracia. Este escenario enmarca una función más allá del propio hacer jurisdiccional, más allá de la propia aplicación fría de la ley, y arremete en contra de los claustros judiciales que se ensimisman en un escenario de poder aislado sobre un conflicto en donde se excluye la justeza del fallo y se invisibiliza el efecto social de la decisión jurisdiccional; por correspondencia también arremete en contra de un Poder Judicial que no enfrenta las desigualdades e injusticias sociales y que tolera las restricciones a las libertades individuales, que es insensible a la inequidad social y que permite en consecuencia la extensión de la brecha entre miseria, pobreza y riqueza; por igual arremete en contra de un Poder Judicial que tolera la arbitrariedad la corrupción y la ineficiencia de los actos del poder ejecutivo y legislativo, que se somete a las políticas de estos últimos y que no enfrenta las políticas excluyentes, discriminatorias y antidemocráticas.

La superposición del Poder Judicial en el marco republicano de un Estado implica la fortaleza independiente, financiera e institucional que deben tener los jueces para el efectivo ejercicio de su función jurisdiccional; el Poder Judicial, que reside en los jueces, debe equiparse en la misma posición política al poder ejecutivo y legislativo y superponerse a ellos en su función jurisdiccional, a efecto que pueda enfrentar sin temor ni menoscabo alguno a los otros dos poderes cuando actúen en contra de la democracia.

El sometimiento de los otros poderes al Poder Judicial tiene una concepción de límite de poder, es decir que todo poder público debe enmarcarse en el Estado de derecho y que cuando aquel se aleje, inobserve o supere los límites de ese Estado de derecho, procede la actuación jurisdiccional para restablecer al poder público al orden democrático; en tal sentido, el sometimiento del poder ejecutivo y legislativo no es

al Poder Judicial, sino al orden democrático que establece el Estado de derecho, de tal cuenta que pueda actuar preventivamente cuando se adviertan, sin sombra de equivocación, actos antidemocráticos del poder público y, reactivamente, cuando los actos democráticos han sido ejecutados y se hace imprescindible el restablecimiento democrático a través de la función jurisdiccional. En tal virtud, el Poder Judicial debe evolucionar de su concepción original como un poder limitado e invisible a un poder visible e ilimitado para el control de la democracia, para el sometimiento de los otros poderes del Estado y para el control y sometimiento de los poderes oscuros y paralelos al Gobierno.

Esta idea de evolución está claramente establecida en el Estatuto del Juez Iberoamericano que señala «que la evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a esas nuevas necesidades».¹¹⁴⁰ La cita transcrita visibiliza el protagonismo del juez en sociedades evolucionadas, ubicándolo en una posición determinante y con una función preponderante para responder a las justas necesidades de los sectores sociales, a efecto de poder construir una sociedad más justa y equitativa que solucione las exigencias de los diversos grupos sociales; a tal efecto, el Poder Judicial asume una responsabilidad social y política de definir, delinear y establecer el camino racional y civilizado para la consecución y consolidación de la democracia. Al efecto y con anterioridad César Barrientos, siguiendo a Zaffaroni, había descrito las características de una magistratura democrática, la que se diferenciaba sustancialmente de la magistratura empírico-primitiva y de la magistratura técnico-burocrática.¹¹⁴¹ Explica a la vez que no necesariamente una magistratura democrática corresponde a una república democrática, por cuanto que en esta última puede mantenerse un Poder Judicial empírico o técnico que mantenga el *statu quo* y

1140. VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremos y Tribunales Supremos de Justicia, Santa Cruz de Tenerife, España, mayo, 2001.

1141. Barrientos Pellecer, César. Ob. cit., p. 84.

que evite o que impida la consolidación de la democracia. La exigencia de un poder democrático hace existente la función democrática, por tanto, existe correspondencia entre la función y la institucionalización democrática.

En ese contexto, el Poder Judicial debe hacer democracia en cada fallo judicial, desde el más insignificante conflicto de intereses domésticos hasta el más trascendente de los conflictos sociales. La democracia aquí concebida, no es la simple participación de todos en la toma de decisión de la mayoría, ni la representación de una persona para decidir por quienes le delegan su facultad; más bien, el concepto de democracia está enmarcado en las condiciones de vida que aseguren la igualdad de derechos de todas las personas, las libertades individuales y la equidad entre los pares, así como la justicia concebida como una elección social y, que todo ello se enmarca en un Estado de legalidad donde se hacen prevalecer los derechos humanos por sobre las normas ordinarias y reglamentarias, complementados por los derechos individuales y sociales constitucionalmente reconocidos.

I. FUNCIÓN DEMOCRÁTICA DEL PODER JUDICIAL

Siguiendo las líneas anteriores, el Poder Judicial asume la trascendente y noble función de construir, consolidar y defender la democracia a través de su función jurisdiccional: tanto al dirimir los conflictos individuales como al decidir los conflictos institucionales-políticos; tal función se enmarca dentro de los propios límites que los jueces deben observar y responder en un escenario de vida democrática.

A efecto de establecer líneas básicas para la construcción de la democracia, el juez debe considerar en cada fallo jurisdiccional los elementos democráticos ya indicados con antelación, con un mínimo presupuesto para transformar la sociedad actual en una más digna y humana para la convivencia de las personas. En tal sentido, el Poder Judicial puede asumir la transformación democrática del Estado aún y cuando no sea asumida por el poder ejecutivo y legislativo o, incluso, en contra de las políticas públicas del ejecutivo y de la tendencia legis-

lativa del congreso; es decir, un Poder Judicial proactivo en la consecución y consolidación de la democracia, en cuyos fallos judiciales debe y puede incluso ordenar a los otros poderes del Estado a enmarcar sus actos y desarrollar políticas encaminadas a proveer mejores y mayores condiciones de vida digna a todas las personas.

El sometimiento a la democracia de los otros poderes del Estado a través de la función jurisdiccional se describe como limitativa cuando los actos de los otros poderes son antidemocráticos, impidiendo los mismos o dejándolos sin efecto y, activa, a través de los mandatos jurisdiccionales que ordenen hacer o actuar al ejecutivo o legislativo para proveer de mejores y mayores condiciones de vida dignas a todas las personas. Un Poder Judicial posicionado en este escenario es un poder que asume la obligación de hacer justicia a la sociedad que sirve.

De esta cuenta la función democrática del Poder Judicial se desagrega en tres escenarios: *a)* imposición de la democracia, cuando las condiciones políticas y sociales son antidemocráticas; *b)* defensa de la democracia, cuando las condiciones políticas y sociales han asumido un mínimo de condiciones democráticas; *c)* cuando las condiciones políticas y sociales han consolidado un mínimo de democracia y se hace imprescindible evolucionar a mayores estándares democráticos.

1. Imposición de la democracia

Aun cuando el término «imposición» pueda representar para algunos una connotación de fuerza o autoritarismo, su utilización, que no es coherente con la democracia, está vinculada directamente a la fuerza del derecho, es decir, no a la fuerza de los hombres, no a la fuerza institucional, sino a la fuerza de las leyes que deben hacer imperar la validez de estas por sí mismas y de manera autosuficiente cuando estén revestidas de condiciones de justeza y legitimidad. Además, el término imposición es inequívoco en la condición férrea determinante y decidida de transformar las sociedades antidemocráticas a través de la instauración de condiciones de vida democrática. Aun cuando puedan existir algunos otros términos, ambivalentes algunos, o semánticamente

diluidos en el fin que se persigue como el de «consecución», o «realización» o «impartición» de la democracia, los mismos representan una condición débil para trascender en la vida política y social de una nación y representan más una percepción de estabilidad del estado actual de las cosas con un avance tímido hacia las exigencias democráticas. De tal cuenta que la propia naturaleza del derecho se reviste de una característica coercitiva o coercible que es la que le provee la fuerza de aplicación, característica que no se puede negar sino, por el contrario, se hace visible a través de la imposición del mandato legal, lo que conlleva a hacer uso de todos los mecanismos que el propio sistema jurídico concede para hacer valer y cumplir efectivamente la ley.

En ese contexto, para evolucionar socialmente a través de la imposición de la democracia por medio de la ley, debe acudirse a un mínimo de presupuestos que determinan la vida democrática de las naciones, siendo este mínimo los derechos referentes a la justicia, la igualdad de los derechos, la equidad de los pares, la garantía de las libertades individuales tal y como se concibe por Leslie Lipson, la evolución de la democracia.¹¹⁴²

a) *Justicia*

Un amplio sector de la doctrina jurídica, en las distintas etapas de la línea histórica de esta ciencia, ha sostenido que la razón de ser, el objetivo, el fin o la meta jurídica del derecho es la realización de la justicia, lo que ha llegado a consolidar la frase que solo por medio del derecho se realiza la justicia; por el contrario, un número menor de doctrinarios, aquellos identificados con el positivismo jurídico, expresan que la aplicación del derecho no es más que el estricto cumplimiento de la ley, independientemente de que este realice o no la justicia.

1142. Lipson, Leslie. *Historia y filosofía de la democracia*. Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1969, pp. 11 y ss. Para este autor el objetivo fundamental de la democracia es contribuir, mediante la actividad política, a la civilización humana. La gran lección del estudio de la política democrática, para él, es que los buenos gobiernos son parte activa del proceso que hace a la humanidad más civilizada y que los malos gobiernos sirven por el contrario para embrutecerla y degradarla.

En el presente caso se parte de la premisa de que el objetivo real y fundamental del derecho, tanto en su creación, aplicación y ejecución es la de distribuir y realizar la justicia¹¹⁴³ en la sociedad, tanto en los escenarios individuales como colectivos; y sobre esta premisa se avanza en considerar que la justicia es una condición imprescindible y determinante para la vida democrática de los pueblos; por cuanto y en tanto no puede identificarse como democrático un país o una sociedad que mantenga prácticas, condiciones y decisiones injustas, toda vez que la esencia de la vida democrática radica en una vida plena de justicia para todas las personas y que en esa posición y escenario todos también puedan participar de las decisiones y actuaciones políticas y de gobierno, tanto de forma directa como delegada.

En tal sentido, la justicia aquí referida se constituye en el primer elemento principal y fundamental para la construcción y mantenimiento de estándares democráticos en las relaciones sociales. Por eso el Poder Judicial tiene la encomiable tarea de observar y realizar la justicia en cada una de sus actuaciones y decisiones jurisdiccionales, más que aplicar el derecho lisa y llanamente sin considerar el contexto social, la trascendencia del fallo y los efectos que este puede causar en el escenario individual de los justiciables. En tal sentido, es razonable que al momento de instituir el Poder Judicial en la mayor parte de países republicanos se denomina al máximo tribunal como: «Supremo de Justicia» toda vez que la percepción política en que fue constituido responde históricamente a las aspiraciones ciudadanas de realización de la justicia a través del máximo tribunal. Por tanto, no se puede negar que el Poder Judicial

1143. Siempre se ha considerado como sinónimo justicia y derecho o incluso se ha escrito referente a la administración de justicia, haciendo referencia exclusiva al imperio de la ley sin trascender en el contenido y extensión del concepto de justicia; pero también existen varios escritos, ensayos, artículos y obras que abordan la esencia de la justicia como finalidad última del derecho, haciendo el distingo claro entre una y otra; existen innumerables libros al respecto desde distintas perspectivas como los siguientes: *Qué es la justicia*, de Hans Kelsen; *Estudios sobre teoría del derecho y justicia*, de Otfried Hoffe; *Ensayo sobre justicia distributiva*, de Paulett Dieterlen; *Derecho, justicia y libertad*, de Pablo Ruiz-Tagle; *Virtud y justicia en Kant*, de Fabiola Rivera; *La ilusión de la justicia*, de Hans Kelsen; *La injusticia extrema no es derecho* de Radbruch Alexi, y *La política desde la justicia* de Karina Ansolabehere.

más que aplicar la ley debe procurar la justicia, evitar injusticias en los fallos judiciales, excluir las injusticias en la vida política y social de las naciones y prohibir actos y decisiones de la autoridad pública que redunden en injusticias.

El hacer justicia como tarea fundamental del Poder Judicial, encuentra un inconveniente a la sustancia del objetivo perseguido, referente a la percepción, comprensión y asimilación de lo que cada uno cree y comprende sobre la justicia; toda vez que para algún sector de la doctrina el hacer justicia se cumple con la aplicación estricta y efectiva de las normas jurídicas, sin cuestionar sobre la validez legítima de las mismas o la naturaleza justa o injusta del precepto normativo, habida cuenta que les tiene vedado descender al análisis de las normas jurídicas como tal resultando incuestionables y por ende imperativas en su aplicación; para este sector de la doctrina, justicia es aplicación fría de la norma jurídica y en donde la acuñada expresión *dura lex sed lex*, tiene el total significado y razón de ser porque justifica la actuación y decisión jurisdiccional, aunque se prevea o conozca de las injusticias que genere la aplicación del derecho.

Sin embargo, para otro sector de la doctrina, el cual se considera el más correcto, idóneo y adecuado para quien escribe, el impartir justicia no se reduce simplemente al cumplimiento estricto de las normas jurídicas vigentes en el país, sino por el contrario, se exige una labor intelectual profusa, objetiva y consciente de los jueces sobre la legitimidad, validez, equidad, justeza y eficacia de la norma jurídica, tanto desde su análisis individual como en correspondencia con normas del bloque constitucional y de convencionalidad, para cuyo efecto se deben vincular asimismo la realidad y condiciones de la sociedad a la que se destina el fallo, así como las condiciones institucionales y estructurales del Estado. En suma, se trata de una constante y permanente reflexión sobre el derecho vigente y, en consecuencia, la posibilidad de no aplicar este cuando en vez de hacer justicia provoca injusticias en el caso concreto.

En este último escenario cabe advertir: resulta determinante la comprensión y concepción de la justicia a través de una equiparación objetivizada de la misma que impida interpretaciones subjetivas y particularizadas, porque esto sería más perjudicial que la aplicación abstracta

y fría de la norma jurídica. Es decir que, bajo el velo de la justicia, cualquiera puede provocar injusticias haciendo prevalecer un criterio disfuncional de lo que efectiva y concretamente debe concebirse como justicia en el caso concreto.

Claro está que, al ser la justicia un valor objetivizado¹¹⁴⁴ debe ser interpretada, asumida y aplicada conforme a los elementos mínimos de su contenido. Desde luego, existen varias definiciones y enfoques de la justicia, y es imposible hacer prevalecer uno. Sin embargo, debe asumirse, siguiendo a Sen,¹¹⁴⁵ que la justicia se constituye como una elección social a efecto de proveer beneficios sin causar perjuicio a los demás o, en todo caso, provocar el menor perjuicio ante el mayor beneficio a realizar. Desde esta perspectiva la justicia se desarrolla y se aplica en su justa dimensión, evitando así las grandes discusiones de la definición tradicional de justicia o sobre las definiciones contemporáneas de justicia, desde el punto de vista del consecuencialismo o del imperativo categórico,¹¹⁴⁶ si bien es cierto, como se acotó anteriormente, no se puede considerar esta teoría como absoluta, también es cierto que la misma establece lineamientos objetivos por medio de los cuales se puede comprender la justicia y avanzar en consecuencia de su simple definición semántica o histórica y, consecuentemente, darle una concepción académica más objetivizada.

En esta línea, ya el tribunal regional de derechos humanos para los países americanos¹¹⁴⁷ ha indicado, en distintos fallos, que el procedimiento (cualquiera que sea su naturaleza) es un medio para la realización de la justicia, lo cual conlleva precisamente a que se tenga clara la idea de justicia para poder cumplir con la aspiración de ese máximo

1144. Hatman, Nicola. *Axiología objetivista*, Fondo de Cultura, México, 1992, pp. 32 y ss.

1145. Sen, Amartya. *La idea de la justicia*. Editora Taurus S. A., Bogotá, 2010, primera edición de la traducción del título original de «The idea of justice», pp. 40 y ss.

1146. Michael Sander, profesor de política y teoría de la justicia de la Universidad de Harvard, enseña mediante casos hipotéticos la diferencia entre la teoría consecuencialista y la teoría del imperativo categórico de la justicia. Para este profesor estas dos corrientes se constituyen como la discusión filosófica entre el utilitarismo y el funcionalismo que constantemente se contraponen en los distintos escenarios académicos.

1147. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

tribunal regional, ya que de lo contrario por mala interpretación o errónea percepción de la idea de la justicia se desencadenarían variadas e innumerables injusticias.

Este primer elemento de la democracia es imprescindible y determinante para que en cada actuación y decisión jurisdiccional se transformen las situaciones injustas en condiciones justas de vida y con ello avanzar en una sociedad más digna para todas las personas, humanizando así el trato social.

b) Igualdad

La igualdad de los derechos, tanto en su distribución y aplicación como en su ejercicio, debe constituir también, y junto a la justicia, los objetivos de la jurisdicción; cada juez en el escenario concreto del juicio debe verificar, establecer y determinar que el fallo responda a un trato similar y a un abordaje idéntico de las condiciones de cada uno de los sujetos justiciables, en el escenario propio de cada uno. La igualdad aquí exigida a los jueces es la real y no la ficticia, toda vez que la segunda generaliza el trato por igual a todos sin considerar las diferencias reales a que están sometidas las personas y los distintos grupos sociales; de tal cuenta que, con tal actitud se ocultan los distintos escenarios diferenciadores de cada una de las personas y grupos que en suma les impiden acceder y ejercer todos los derechos distribuidos socialmente.

Por el contrario, la igualdad real exige que el juzgador en el escenario concreto del caso, asuma una actitud proactiva de identificación y abordaje diferenciador de los sujetos sometidos a la jurisdicción, a efecto de que esas situaciones distintas permitan asumir un fallo verdaderamente igualitario de los derechos discutidos; en el plano diferenciador de las condiciones y circunstancias individuales es que surge el verdadero sentido de la igualdad «trato igual a los iguales y desigual a los desiguales», lo que permite acercar el derecho y las normas a todos los escenarios independientemente de la posición que tengan los sujetos.

Además, desde la perspectiva real de la igualdad, el juez debe asumir una actitud proactiva para eliminar las desigualdades en la sociedad y asumir idénticamente los derechos a todos los ciudadanos recono-

ciendo, para el efecto, que las acciones afirmativas, temporales por naturaleza son necesarias e imprescindibles para la horizontalidad de los derechos en un plano de igualdad.

En tal sentido, el Poder Judicial debe eliminar las condiciones desiguales existentes en la sociedad, debe construir y establecer relaciones iguales en la sociedad y debe superponer la igualdad como un valor esencial en el escenario del país. De tal cuenta que el cúmulo de decisiones orientadas a construir la igualdad de una sociedad desencadena un escenario de actitudes y acciones ciudadanas con respeto a las diferencias de las personas, asegurando a todos, según sus condiciones y circunstancias, el derecho que les corresponde. Es así como las decisiones jurisdiccionales encaran de frente la lucha contra los privilegios de unos y las restricciones de otros.

Inclusive la mayor y mejor forma de construir una sociedad igualitaria radica en el sometimiento a la igualdad de los actos del poder público y en el mandato jurisdiccional a este, para desarrollar políticas públicas enfocadas totalmente a luchar contra las desigualdades de la sociedad; es ahí donde la función jurisdiccional cumple la noble tarea de equilibrar y equiparar las condiciones de todos los seres humanos.

c) Equidad

Junto a la justicia y la igualdad y solo con la previa construcción de estas categorías sociales para la convivencia social, el juez puede, y debe, imponer la equidad en la estructura social del Estado. La asignación idéntica de los derechos, que es la exigencia de la equidad, solo puede ser abordada cuando la sociedad, cuando los justiciables, cuando las personas que exigen la tutela judicial se encuentren en un plano de igualdad, toda vez que, ante un escenario desigual, la equidad provocaría injusticias en vez de la realización de la justicia. Es así que en los conflictos individuales el juez tiene que responder equitativamente en el derecho pedido: distribuirlo idénticamente cuando corresponde, a los que les corresponde y como les debe corresponder; de igual manera y con mayor preponderancia, los jueces deben exigir y proteger la equi-

dad en las políticas públicas a efecto de avanzar y desarrollar con equilibrio social, los derechos de los ciudadanos.

La equidad permite que la democracia se instituya como el gobierno de todos con intervención paritaria o proporcional de todos los sectores, tanto los hegemónicos como los que tradicionalmente están en desventaja, eliminando así la aristocracia de la república y asentando, por el contrario, la democracia del gobierno republicano.

En la actualidad los distintos comités y comisiones para el resguardo de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos exigen la equidad en las políticas públicas como el único medio para afianzar el pleno desarrollo y ejercicio de los derechos de todas las personas; por eso el Poder Judicial debe imponer la fuerza del derecho a efecto de hacer viable la equidad en los actos de gobierno, como una de las mejores formas de reconocer e involucrar a todos los sectores en los intereses de la nación y, sobre todo, distribuir los derechos con paridad.

d) Libertad

Las grandes luchas sociales, guerras y revoluciones han tenido como punto de partida las luchas por las libertades individuales; la libertad como máximo baluarte de condición de vida en la república implica y conlleva la posibilidad ineludible de mayor libertad para los individuos y su consecuente: menor coacción del Estado frente a sus ciudadanos.

La libertad como síntesis del conjunto de libertades necesarias para que el ser humano pueda convivir con dignidad acorde a su naturaleza, representa uno de los mayores valores sociales y políticos alcanzados a lo largo de la historia. De tal cuenta que en un Estado republicano y democrático, la libertad constituye la base y fundamento de la realización de los demás derechos. Por eso la máxima «a mayor libertad, menor coacción del Estado», establece la obligación que el Estado debe procurar en un sistema evolutivo, alcanzar la concesión de las máximas de las libertades a sus ciudadanos, porque no es la coacción, el temor o la violencia lo que mantiene la convivencia armónica y pacífica, de las sociedades democráticas; como tampoco el uso de la fuerza, despótica o

autoritaria, porque tales situaciones lo que hacen es reducir a su mínima expresión las libertades individuales y ampliar a su máxima expresión la coacción del Estado, lo que conlleva una sociedad disciplinada bajo el yugo de la fuerza, sometido a la restricción de sus actos, a la imposibilidad del ejercicio de facultades y aún más, a la imposibilidad de su desarrollo pleno; lo cual no es coherente en una república democrática en donde el mínimo de libertades es lo que el Estado puede restringir para garantizar el máximo de las demás libertades, entre más libertades para los ciudadanos, más democráticos serán los pueblos.

Un Poder Judicial democrático debe procurar progresivamente, a través de sus fallos jurisdiccionales, restringir la coacción del Estado y asegurar un mayor nivel de libertades para los ciudadanos; es así como en cada decisión jurisdiccional debe enfocar inequívocamente el avance del desarrollo de las libertades individuales, trazar las líneas a través de las cuales las políticas de gobierno eliminen la represión y los distintos niveles de libertades. De igual forma, en cada caso concreto de conflictos individuales debe afirmar que las libertades individuales sean aseguradas y que el límite y restricción a las mismas sean una excepción en las decisiones jurisdiccionales, aplicadas única y exclusivamente para salvaguardar los otros elementos integrantes de la democracia.

e) Legalidad

El sometimiento del poder público a la ley conlleva el primer supuesto de un Estado de derecho; y el sometimiento de los ciudadanos a la ley implica, constituye el segundo presupuesto de un Estado de derecho. El primero se somete a la juridicidad de los actos públicos, lo cual exige que toda actividad de un funcionario o empleado público deba estar reconocida, permitida o reglada por las normas jurídicas vigentes. En consecuencia el poder público no puede realizar actos que la norma jurídica no describa como atribuciones, obligaciones o facultades de este. En el segundo supuesto, los ciudadanos pueden hacer todo aquello que la norma jurídica no les prohíba, limite o restrinja; de tal cuenta que la legalidad asume dos posiciones diferentes, amplia y disponible para los ciudadanos y restrictiva y limitativa para el poder público.

En este escenario el Poder Judicial debe someter a los otros poderes del Estado y demás instituciones al orden jurídico vigente en el país: exigirles la estricta observancia de los parámetros normativos en todos y cada uno de sus actos, indistintamente de la trascendencia o intrascendencia de los mismos. No debe existir ámbito que no sea alcanzado por el imperio de la ley y, en ese sentido, tanto los actos de gobierno —administrativos y políticos— son objeto de control de legalidad, como única forma de restringir la arbitrariedad del poder público, reducir el abuso de poder y enmarcar los actos de gobierno al anhelo de legalidad.

Claro está y, coherente con lo descrito con antelación, el sometimiento a la ley pasa por una previa reflexión de la legitimidad, validez y justeza de las normas jurídicas, de tal cuenta y siguiendo a Ferrajoli¹¹⁴⁸ no se trata de una lata legalidad sino de una estricta legalidad, que someta a un juicio previo, reflexivo al contenido de la norma jurídica para determinar si esta se enmarca en el modelo democrático exigido. De tal cuenta que el Poder Judicial somete a los demás poderes públicos a la legalidad democrática y, con ello, reduce su ámbito de actuación.

De tal importancia resulta la legalidad, que el Poder Judicial debe controlar y determinar cuando los actos discrecionales de gobierno establecidos así por la norma jurídica, deben convertirse en actos reglados y, con ello, sujetos a las disposiciones legales, evitando así la actuación fuera de la ley. Si bien es cierto se reconoce que las normas jurídicas le conceden al poder público ciertos actos de «discrecionalidad» también es cierto que estos progresivamente deben eliminarse a efecto de que todos los actos de gobierno estén sometidos a una estricta legalidad, por cuanto que la discrecionalidad no es más que un resabio monárquico que se potencializa en los gobiernos despóticos y autoritarios donde nadie más que el soberano, monarca y déspota deciden, todo por cuanto y en cuanto deban de realizarse en un Estado, cuya voluntad no está sometida a ningún control, dejando vía libre a cualquier decisión y actitud pública.

1148. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*. Editorial Trotta, España, 1998, tercera edición de la traducción española, p. 132.

En tal contexto, César Barrientos, siguiendo a Ihering, indica «que el que niega la protección de las leyes, pone en las manos de las personas el arma con la que ha de defenderse, es decir, inclina la violencia y la destrucción que tanto daño hacen. Tan mala es la autotutela como la renuncia a los derechos por la imposibilidad de ejercerlos».¹¹⁴⁹ En este apartado, Barrientos cree firmemente que el gobierno de las leyes es el único instrumento para asegurar la protección y el ejercicio de los demás derechos en donde hay que someter a gobernados y gobernantes al imperio de la ley, impedir la discrecionalidad de los actos públicos como la autotutela de los actos particulares; regular y ordenar la vida social política a través de normas jurídicas democráticas, función que le corresponde al Poder Judicial en las condiciones y circunstancias descritas con antelación. En la transición democrática es evidente que el poder público se resiste a la legalidad y pretende con suma importancia mantener actos de discrecionalidad que pueden desencadenar en actos de arbitrariedad, según la naturaleza del gobierno. Al respecto, Fernando de la Rúa indica «la resistencia a la legalidad, que se connota en las aperturas democráticas, provoca el mantenimiento de un ambiente de intimidación»¹¹⁵⁰ sin duda, y sin posibilidad de mayor claridad, de la Rúa describe la constante resistencia a la legalidad cuando un Estado transita a la democracia, siendo una lucha constante y permanente de los gobernantes de mantener el autoritarismo, la discrecionalidad y la arbitrariedad de su función porque solo así gozan de la irresponsabilidad de sus actos y la falta de control de los mismos, donde su poder es absoluto y ni siquiera la voluntad del pueblo puede someterlo al control y a las exigencias de demandas ciudadanas.

En este escenario de la resistencia a la legalidad del poder público debe posicionarse y potencializarse el Poder Judicial, para luchar por el derecho y, constante y permanentemente someter a todo el poder público al estricto cumplimiento de las normas jurídicas democráticas del país, impedir actos fuera de la ley y prohibir arbitrariedades y autorita-

1149. Barrientos Pellecer, César. Ob. cit., p. 114.

1150. Rúa, Fernando de la. *Teoría General del Proceso*. Editorial de Palma, Argentina, 1991, p. 25.

rismo. En suma, es el gobierno de las leyes justas el que hace avanzar la democracia en los pueblos republicanos.

2. Defensa de la democracia

«El sistema de justicia es el que conjura las amenazas de autoritarismo, detiene los ataques, levanta de las caídas y anima el impulso del progreso... Se puede relacionar el desarrollo, social y político, y afirmar que la democracia es posible con el funcionamiento de poderes judiciales».¹¹⁵¹ La cita transcrita, expresión del pensamiento de César Barrientos, tiene una honda trascendencia respecto a la importancia de poderes judiciales para la defensa de la democracia. Cuando él señala que el sistema de justicia, concebido como Poder Judicial, es el que puede luchar contra el autoritarismo y reducir sus amenazas, expresa claramente que nadie más que el Poder Judicial se instituye como el medio más idóneo para evitar que el poder público realice y actúe mediante actos de fuerza, de poder desmedido e irresponsablemente; en ese escenario solo el Poder Judicial puede y debe reducir el autoritarismo y lo somete a la legalidad de un Estado de derecho, social y democrático. Ningún acto arbitrario, ningún ejercicio del poder público fuera de la legalidad, ningún abuso de poder debe permitirse cuando en la república existe un Poder Judicial democrático; es así como la fuerza del derecho, a través de la jurisdicción extiende su manto protector sobre los actos de gobierno para reducirlo a las formas legalmente preestablecidas que tiendan a construir y desarrollar la democracia.

Además, el Poder Judicial anima el impulso del progreso, integralmente concebido como el desarrollo individual y colectivo de los pueblos para mayores y mejores condiciones de vida de todas las personas; un progreso enfocado en la potencialización de los derechos fundamentales de todas las personas, asegurando el mayor cúmulo de libertades en un escenario de igualdad y protección de ejercicio de los derechos de todos los pares en condiciones de equidad. Es el Poder Judicial que,

1151. Barrientos Pellecer, César. *Los poderes judiciales*, ob. cit., p. 119.

habiendo construido un mínimo de vida democrática, protege los beneficios alcanzados y con ello aseguran la participación de todos los ciudadanos en la búsqueda de la realización colectiva e individual. Además, el pensamiento de Barrientos es inequívoco: solo es posible la democracia con el funcionamiento de un Poder Judicial, lo que implica que la instauración, protección y evolución de la vida democrática se gesta a través de la función jurisdiccional que si bien es cierto que un mínimo formal de la democracia se adquiere por movimientos sociales, por luchas constantes y permanentes, incluso donde se hace uso de la fuerza, también es cierto que la democracia solo se puede mantener y desarrollar a través del Poder Judicial, que mediante un cúmulo de decisiones constantes y permanentes en su conjunto desborda un escenario democrático. Es así como el Poder Judicial, aparte de construir vida democrática, con la participación de todas las personas para la solución equitativa de sus necesidades, debe también defender irremediablemente esa democracia, sometiendo para el efecto a los otros poderes del Estado, a todas las instituciones y ciudadanos, así como a los grupos de poder paralelos al Gobierno. Sometimiento donde el imperio de la ley democrática debe proporcionar condiciones de vida digna.

a) Sometimiento de los otros poderes del Estado

Tradicionalmente es conocida la frase: «Desde el punto de vista de una concepción normativa del Poder Judicial, puede afirmarse que su función principal es la de garantizar la estabilidad del respectivo sistema político»,¹¹⁵² afirmación que puede ser utilizada indistintamente según el régimen político subsistente, existente, lo cual es arriesgado como medio para justificar gobiernos autoritarios, totalitarios o despóticos. Ahora bien, no debe perderse el sentido fundamental de la frase en que es el Poder Judicial el que legítimamente defiende el sistema político instaurado, encomendando con ello al Poder Judicial una función activa y deliberada en defensa del régimen. Contextualizado ello

1152. Garzón Valdez, Ernesto. «El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia», *Isonomía*, n.º 18, abril 2003.

al régimen democrático, es funcional tal frase toda vez que arremete, sin duda alguna, en contra de poderes ejecutivos y legislativos que subestiman e invisibilizan al Poder Judicial; y al contrario, prepondera por un Poder Judicial fuerte e indeclinable para el mantenimiento de las condiciones del régimen democrático establecido.

Por lo tanto, un Poder Judicial dependiente, débil, sometido e invisibilizado provoca una imposibilidad de control de legalidad y sometimiento de los otros poderes públicos al régimen democrático instaurado. De tal cuenta que el primer presupuesto para una actuación de control y sometimiento público al régimen democrático establecido, es la existencia de un Poder Judicial: independiente, visible, superlativo e institucionalmente coherente y convencido al modelo democrático. Ello requiere una integración por jueces probos, honestos, incorruptibles con excelencia profesional y con una visión consolidada de un Estado democrático. Además, institucionalmente se requiere de un Poder Judicial financieramente sólido y con una organización coherente que asegure la ejecución efectiva de sus fallos.

Un Poder Judicial de tal naturaleza puede controlar y someter ineludiblemente a los demás poderes del Estado. En ese escenario, el poder ejecutivo únicamente puede realizar actos administrativos y políticos enmarcados en el régimen democrático establecido; cuando su actuación esté fuera del margen de la estricta legalidad y se aparte de las condiciones y exigencias de la vida democrática, mínimamente alcanzadas por el país, actuará el Poder Judicial con toda la fuerza del derecho para someter al poder ejecutivo, ordenando, mediante mandatos jurisdiccionales, reencauzar sus actos a los fines y perspectivas democráticas como prohibir, en su caso, la realización de actos que se aparten del régimen instaurado. Es así como el Poder Judicial, a través de la función jurisdiccional, traza y delimita la función del poder ejecutivo, controla todos los actos públicos de tal poder y decide cuáles decisiones y acto políticos y administrativos del ejecutivo son válidos y cuáles no, previendo los apremios legales a efecto de redefinir la política pública a las exigencias del Estado de derecho, social y democrático.

De igual manera y, en similares condiciones, el Poder Judicial debe ser suficientemente fuerte y sólido para controlar todos los actos ad-

ministrativos, políticos e incluso legislativos, impidiendo que cobren validez y se ejecuten decisiones que sean antidemocráticas, que tiendan a reducir las libertades garantizadas de los ciudadanos, que provoquen desigualdades, inequidad social o injusticias sociales. Esta función de control y sometimiento del poder legislativo al Poder Judicial es imprescindible e ineludible para mantener el régimen democrático y evitar así que actitudes, decisiones y actos de índole pública y oficial del legislativo cobren vigencia o causen efectos en la sociedad. En esta línea, incluso el Poder Judicial debe ser cauteloso y minucioso en el control de la actuación del legislativo, que en no pocas ocasiones en distintos decretos incorpora disposiciones normativas que riñen con el régimen democrático. En suma, el Poder Judicial debe representar esa fuerza del derecho que impida a cualquiera de los otros dos poderes desarrollar y realizar actos, acciones o decisiones que alteren el régimen democrático establecido. Por tanto, no hay ámbito del poder público, ejecutivo y legislativo que no pueda ser controlado por el Poder Judicial. Someter conlleva desligarse de la línea histórica donde el Poder Judicial ha sido controlado y sometido por los otros poderes públicos,¹¹⁵³ donde la solidez del ejecutivo y legislativo se superpone al judicial, cediendo espacio a la arbitrariedad y legalidad, y regreso a estadios antidemocráticos ya superados históricamente. La fuerza del derecho emanada y canalizada en la función jurisdiccional debe superponerse a los poderes públicos con todos los efectos correspondientes que denoten la autosuficiencia de la ley para hacerse cumplir.

b) Sometimiento de las instituciones y organizaciones

Si bien es cierto que la democracia se instituye para garantizar el pleno ejercicio de los derechos asociativos, así como la participación ciudadana delegada en instituciones extra poder¹¹⁵⁴ que conforma el

1153. A excepción de la actitud asumida por la Corte de Constitucionalidad al restablecer el régimen republicano del Estado de Guatemala, en el denominado «autogolpe», provocado por el presidente en el año 1993 al suprimir a los otros poderes.

1154. Se denominan así aquellas instituciones que creadas al amparo constitucional gozan de autonomía e independencia institucional y consecuentemente no dependen de

aparato estatal, también es cierto que estas organizaciones e instituciones deben ejercer los derechos, a su interior y exterior, con pleno respeto a las normas del derecho democrático sin extralimitarse, como tampoco abusando del poder conferido.

En este escenario, el Poder Judicial debe ser lo suficientemente sólido para controlar, verificar y, en su caso, someter a las instituciones extra poder a los lineamientos mínimos de la democracia, con la competencia de conocer de todos los actos de estas instituciones sin restricción alguna, y, conforme a ello, encauzar el funcionamiento de aquellas a las condiciones y exigencias que la vida democrática demanda. De tal cuenta que no hay ámbito de las instituciones extra poder que no sea susceptible de control judicial, por lo que tanto sus actos administrativos como los eminentemente político-institucionales, deben ser sometidos al escrutinio de la visión democrática.

De igual manera, y en similares condiciones, el Poder Judicial tiene las facultades y obligaciones de control de las asociaciones y organizaciones civiles a efecto de que estas, en el seno de su organización interna, a través de las prácticas de los actos que desarrollan, observen los parámetros y condiciones mínimos democráticos, tanto en su escenario electivo de representación como en el trato, atribuciones y distribución del poder a sus miembros. De tal cuenta que debe establecer un sistema de interrelación interna de los asociados conforme a las condiciones mínimas que la vida democrática demanda. En tal sentido, cuando estas organizaciones se aparten del modelo democrático o realicen actos internos, organizativos, antidemocráticos, el Poder Judicial debe someterlos al escenario de la legalidad democrática.

En el escenario externo y funcional de las organizaciones sociales —asociaciones— el Poder Judicial debe verificar y controlar que los fines y objetivos establecidos por las organizaciones sociales sean democráticos, es decir, que estén focalizados a fortalecer y desarrollar capacidades de participación ciudadana ante las necesidades y reque-

ningún poder del Estado; aun cuando sus facultades la hacen posicionarse en una esfera de poder fuerte y determinante para el control funcional de los otros poderes del Estado. Entre estas puede mencionarse los ministerios públicos, contralorías generales de la nación y superintendencia de administración tributaria.

rimientos de su grupo, así como a la realización de actos y actividades que contribuyan a una vida plena y digna de sus miembros enfocada en el desarrollo integral, e incluso que sus fines estén canalizados a fortalecer capacidades en el grupo social al que se orienten y además contribuyan a la obtención de mejores y mayores condiciones de vida plena y digna de los ciudadanos.

En ese sentido, el Poder Judicial debe someter a la legalidad democrática a todas aquellas asociaciones que se aparten, desde su inicio o en el desarrollo de su vida jurídica, de los objetivos democráticos que deben perseguir; especialmente y con mayor preponderancia debe someter a la legalidad democrática a todas aquellas asociaciones que persigan fines particulares y mezquinos, instituidos para el ánimo de lucro y para el mantenimiento de una vida económicamente estable, haciendo de la organización un reducto ilegítimo de poder, beneficios, enriquecimiento sólido y permanente y de todo aquello que pueda desencadenar la vida antidemocrática de las organizaciones sociales, que tras la fachada de los intereses colectivos ocultan los intereses particulares e ilegítimos de sus miembros que encuentran una forma de vida en ese escenario.¹¹⁵⁵

1155. Un alto porcentaje de las asociaciones constituidas bajo la forma de organizaciones no gubernamentales (ONG) para el fortalecimiento y desarrollo de la ciudad (mujeres, indígenas, salud, deporte, ambiente y hasta justicia) en los países latinoamericanos se han convertido en foco de corrupción con autoritarismo interno a través del mantenimiento de los cargos directivos y la exclusión de nuevos miembros, así como un sistema de enriquecimiento ilícito a través de la captación de donaciones tanto nacionales como extranjeras de las cuales un mínimo porcentaje es destinado a un fin último y el alto porcentaje restante es utilizado para el denominado «gastos de funcionamiento» que no es más que la práctica corrupta de distribuir el dinero entre sus miembros directivos. En Guatemala un alto porcentaje, por no decir todas las organizaciones de este tipo, se han constituido bajo esa perspectiva y han obtenido aparte de dinero espacios de poder donde ilegalmente desencadenan tráfico de influencias e imposición arbitraria del criterio aislado y sesgado de sus directivos, influyendo así en la vida política de las instituciones del poder público. Adquisición de vehículos, inmuebles e innumerable cantidad de mobiliario y equipo son ejemplos del lucro desmedido de este tipo de organizaciones. Ya no es la solidaridad para el desarrollo equitativo y equilibrado de los ciudadanos, como tampoco el sacrificio individual para coadyuvar con sus pares lo que motiva a este tipo de organizaciones; menos aún el establecimiento y desarrollo de formas de vida democrática para hacer avanzar el país en este régimen hacia el desarrollo

A este fenómeno se asimilan las asociaciones de trabajadores denominadas «sindicatos», que surgen como una necesidad encomiable para equilibrar las situaciones de inequidad y arbitrariedad en las relaciones patrono-trabajador y hacer evolucionar los mínimos derechos de los trabajadores, para la obtención de condiciones mejores del trabajo que se traduzca en situación de vida digna de los trabajadores y sus familias. Esta importante institución en la vida democrática de los pueblos no ha sido inmune a las tendencias antidemocráticas y de concentración de poder que la corrupción ha desencadenado. También en este escenario es donde el Poder Judicial debe someter a estas organizaciones a las condiciones mínimas de la democracia, reorientando su función a los intereses colectivos de todos sus miembros en un escenario e igualdad, equidad, justicia y legalidad, promoviendo y fortaleciendo la participación de todos sus integrantes y que las actitudes, acciones y demandas persigan fines democráticos y no antidemocráticos, como tampoco actitudes de simple lucha de contrarios «patrono-trabajador», e ideario mal concebido de los sindicatos que actúan de esa manera. Es aquí donde el Poder Judicial debe ejercer un control, con sumo rigor, de la legalidad democrática sometiendo a estas organizaciones a los parámetros y exigencias de la democracia; ya que el simple origen democrático de estas organizaciones no ha impedido que sus actitudes sean contrarias al régimen en el cual surgieron.¹¹⁵⁶

integral y sostenible. Los nobles ideales de organizarse para contribuir a la construcción de un mundo mejor han sido olvidados, manipulados y tergiversados, en el entorno de dinero y poder.

1156. En Guatemala, de cuya realidad no escapan otros países, los sindicatos han asumido una actitud pasiva y olvidada respecto a los derechos e intereses de todos los trabajadores que la conforman y se han centrado en mantener la aristocracia sindical donde los miembros del comité ejecutivo, lucran irremediamente y desmedidamente, así como obtienen y gozan de grandes y variados privilegios sin control alguno de sus afiliados. Además la permanencia en los cargos directivos especialmente en la secretaria general del sindicato, denotan un escenario antidemocrático, en donde esa permanencia en el cargo tiene como fin último los réditos que la corrupción del cargo provee; los miembros del comité ejecutivo se acomodan a un estilo de vida donde la corrupción, tráfico de influencias, nepotismo, venta de plazas y acumulación de poder para la incidencia en la vida política del Estado se constituye como los fueros autoritarios que justifican los nombramientos. Esta realidad ha sido evidenciada y denunciada

Finalmente y, sin que pretenda parecer una restricción al derecho de libertad de expresión, el Poder Judicial también debe controlar las actitudes y acciones antidemocráticas de los medios de comunicación, cuando estos tendencialmente respondan a prácticas corruptas, monopólicas o de regreso a regímenes autoritarios y despóticos, a efecto de someter a estas organizaciones a los parámetros y condiciones mínimas de la democracia. Ámbito álgido y delicado, sabido está, toda vez que se cree en la doctrina como en la práctica que los medios de comunicación ostentan un poder absoluto e intocable. Sin embargo, hay que recordar que ningún derecho es absoluto y, consecuentemente, este debe ejercerse dentro del modelo democrático que se pretende proteger. De tal cuenta que no es cualquier control, sino uno limitado y excepcional cuando los medios de comunicación, evidentemente transiten hacia un escenario antidemocrático.¹¹⁵⁷

constante y permanente por los medios de comunicación social en el país, siendo la más reciente, la publicación de prensa libre, del día miércoles siete de enero del año dos mil catorce, donde se indica que más de dos mil trabajadores con cargos sindicales en el Ministerio de Salud no laboran, desde hace más de cinco años por gozar de permisos para el ejercicio de actividades sindicales; pero además el reportaje de prensa evidencia el flagelo común de estas organizaciones: nepotismo y tráfico de influencias para el nombramiento de familiares para cargos en la misma institución. Véase reportaje en <http://m.prensalibre.com/ultima-hora/nota/173081277>. Otros casos pueden verse en el Ministerio de Educación donde el secretario general del sindicato, con permanencia de quince de años en el cargo, ha hecho su fortuna a través de las contribuciones de los afiliados, negociaciones con el Gobierno y porcentajes para la negociación de pactos colectivos de condiciones de trabajo. En similares términos el secretario del sindicato de la Municipalidad de Quetzaltenango, con el agregado de utilizar los conflictos colectivos para mantener emplazada a la municipalidad y evitar el despido de personal corrupto y familiares de él.

1157. Un caso típico de esta situación lo presenta la empresa Clarín que antes del año dos mil doce, concentraba más del 98 % de las acciones en todos los medios de comunicación, escrito, radial y televisivo de la República de Argentina; y que además controlaba el 100 % de la importación y distribución del papel para periódicos, evidenciando con ello una inequívoca práctica monopólica con la acumulación de poder que después utilizo para manipular los distintos gobiernos de la República Argentina. La denominada ley antimedios, que constituyo un paso trascendente para democratizar el sistema de medios en Argentina fue una lucha de más de cuatro años en el poder judicial a efecto de declarar inconstitucional, sin embargo y finalmente en el año dos mil trece se resuelve en definitiva el caso, obligando a vender las acciones hasta en un 70 %. En este caso tuvo que ser el poder legislativo que emitiera una ley específica para evitar

c) Sometimiento de los ciudadanos

Sabido es, e indiscutible totalmente, que la democracia se funda en la decisión de la mayoría con la participación de todos, siendo esa intervención ciudadana la base y fundamento de la existencia y subsistencia de la democracia, indistintamente si esta es directa o delegada. De tal cuenta que la voluntad de la ciudadanía, expresada en su mayoría, vincula y determina el poder público y constituyen, a la vez, legítimas pretensiones a las cuales debe orientarse la función gubernativa. En este escenario, los ciudadanos y el cúmulo de sus voluntades constituyen la base del régimen democrático.

Sin embargo, en algunos casos la voluntad de la mayoría puede manifestarse en decisiones, eventos, actitudes o resultados antidemocráticos, generando con ello un punto de confrontación entre la democracia, como participación ciudadana en el ejercicio del poder público, y la democracia como estándares mínimos de la vida democrática. Por ello es tan peligrosa la decisión de la mayoría para la vida democrática de un país como peligroso es el modelo democrático instaurado que limite la participación ciudadana en el ejercicio del poder público. Ambas realidades son perjudiciales, razón por la cual deben ser controladas a efecto de encauzar de forma adecuada ambas situaciones para la consecución y consolidación de la defensa del orden democrático.

En ese sentido el Poder Judicial debe someter a los ciudadanos al sistema democrático de gobierno, tanto en el aspecto de intervención y participación ciudadana en el ejercicio del poder público, directo o delegado, conforme a condiciones y estándares de igualdad y equidad, pero a la vez debe someter a los ciudadanos a estándares mínimos democráticos de justicia y estricta legalidad, aun y en contra de la voluntad de la mayoría, cuando esta voluntad se enmarque y desencadene escenarios de injusticia, desigualdad, inequidad e ilegalidad.

el monopolio en el medio de comunicación, cuando pudo haber sido el propio poder judicial el que controlase esta situación sin necesidad de intervención del legislativo, es así como en este caso el poder judicial debió de haber sido fuerte y sólido para controlar tal organización y evitar tal práctica monopólica.

De tal cuenta que la decisión de la mayoría no siempre es una decisión democrática y, por el contrario, en no pocas ocasiones la decisión de la mayoría desencadena condiciones antidemocráticas, ilegales y perjudiciales, ya sea para esa mayoría o por la minoría opuesta a la decisión tomada. Al respecto, históricamente varios autores han evidenciado el problema y han escrito del mismo como uno de los peligros para los estándares democráticos exigidos para un desarrollo digno y pleno del ser humano en una sociedad democrática. Tal es el caso de Ernesto Garzón Valdez, quien señala: «El ciudadano de un Estado democrático es un *Homo suffragans restrictus*» solo le está permitido negociar y decidir por mayoría aquellas cuestiones que no caen dentro del ámbito del «coto vedado». Este se refiere a aquellos intereses y deseos primarios de las personas que no pueden ser afectados, si no se quiere caer en aquello que Hans Kelsen llamaba el «dominio de la mayoría», es decir, el poder totalitario del mayor número: «la enfermedad republicana», según Alexis de Tocqueville. «El ámbito de la política es el de los intereses y deseos secundarios de los ciudadanos».¹¹⁵⁸ Ya que él tiene claro, siguiendo a varios autores, que la voluntad de la mayoría, no coherente a los valores de la democracia es un peligro latente, constante y permanente para el régimen democrático, por lo cual el Poder Judicial debe mantener esa esfera de resguardo que pretenda alterar las libertades mínimas y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Caso contrario se involucraría en las libertades alcanzadas, convirtiéndose en un régimen de la voluntad popular o del populismo social en desmedro de las condiciones mínimas que todo ciudadano debe tener aseguradas en una sociedad democrática. De tal cuenta que el Poder Judicial debe establecer a través de su función jurisdiccional, que la participación ciudadana es importante y fundamental en la democracia, si y, únicamente si, cuando se enmarque en un ejercicio legítimo de su voluntad y que esta no perjudique, restrinja o limite las condiciones mínimas de una vida democrática. De tal cuenta que el Poder Judicial nunca debe estar supeditado al poder de la mayoría ciudadana sino por el contrario, debe someter a la voluntad de la mayoría ciudadana, así

1158. Ernesto Garzón Valdez, ob. cit., p. 6.

como establecer los límites y los parámetros en los cuales la voluntad de la mayoría ciudadana puede tener validez. Por tal razón, la fuerza irracional de la mayoría ciudadana está sometida a la legalidad democrática de la función jurisdiccional.

3. Proyección de la democracia

a) Receptación de estándares internacionales

El Poder Judicial, constituido en el marco de la democracia de una república, debe imponer los estándares internacionales sobre derechos humanos, obligando a la receptación por la vía interna correspondiente, o en su caso, su incorporación como principios orientadores de las decisiones jurisdiccionales para normar el ejercicio del poder público y asegurar el ejercicio y la protección de tales derechos ciudadanos; habida cuenta que los derechos humanos constituyen las declaraciones internacionales sobre los derechos fundamentales de las personas en una sociedad democrática, como un mínimo de derechos para una vida digna y plena, los mismos deben ser asumidos como necesarios y determinantes en las sociedades democráticas, por lo que, cuando el poder público encargado de la receptación¹¹⁵⁹ de tales instrumentos internacionales no cumple con su aceptación, ratificación o incorporación interna, el Poder Judicial debe conminar a hacerlo, ya que no queda en la discrecionalidad¹¹⁶⁰ del funcionario público su aceptación o rechazo, ya que en el marco de los tratados sobre derechos humanos, al ser parte de las Naciones Unidas, se acepta el rigor de la normativización para

1159. Según la normativa de cada país, esta obligación le corresponde al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo.

1160. Es conocido internacionalmente que determinados Estados no receptan ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos toda vez que no quieren cumplir con las obligaciones allí impuestas o en su caso, evitan responsabilidades y protegen a cierto sector de la sociedad y por ende desechan el instrumento internacional. De tal cuenta que, en tal decisión, siempre se incorporan los intereses mezquinos y no los intereses de los habitantes, lo que denota una total arbitrariedad y un apartamiento de los Estados que así actúan, de los estándares internacionales.

hacer avanzar las sociedades a una vida plena, digna y democrática de sus ciudadanos, por lo que el conducto oficial de cada país no dispone de una actitud discrecional de su receptación, sino obligatoria dentro del marco en el cual emana; de tal cuenta que la negativa en hacerlo riñe en el contexto de su obligación de avanzar en el desarrollo democrático, por lo que el Poder Judicial debe someter al poder público que corresponda a receptor el instrumento internacional. Cabe advertir que ello solo puede darse en el marco de los derechos humanos, por lo que queda excluido cualquier otro tratado o instrumento internacional que no esté enmarcado dentro del mismo, siendo en ese caso la decisión del poder ejecutivo o legislativo el que determine la aceptación, adhesión o incorporación de tal normativa internacional al sistema jurídico del país.

Además, de forma concurrente e independiente al sometimiento anterior de los otros poderes ante el judicial, a este le corresponde reinterpretar su derecho interno, en cada fallo, conforme a los principios y derechos reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin aplicación directa, más bien como forma de entender y aplicar el derecho interno vigente conforme a las exigencias de una vida democrática que centra el interés en la persona humana. En este sentido, los instrumentos internacionales aún no adoptados por el Estado, se constituyen en marco referencial para el avance y desarrollo del derecho interno, conforme a los estándares internacionales sobre derechos humanos, función que se realiza de forma concreta en el caso a caso y no en forma abstracta y general, de tal cuenta que solo y exclusivamente cuando un conflicto sometido a su competencia deba ser resuelto con normas jurídicas vigentes internas, antidemocráticas o notoriamente limitativas de derechos reconocidos internacionalmente como fundamentales en el marco de los derechos humanos, opera esta actitud intelectual y proactiva de reinterpretar el derecho.

Ambas actitudes van encaminadas a evolucionar en la democracia: la primera como forma directa y propia para obligar al Estado, según las disposiciones de los instrumentos internacionales, a desarrollar las políticas públicas y readecuar su normativa a las exigencias y condiciones establecidas en el tratado o convención de derechos humanos;

la segunda, no menos importante, a establecer nuevas y más avanzadas reglas democráticas en la solución de los conflictos individuales o colectivos, sometidos a conocimiento del juez.

Actividades estas, caracterizadas por un ejercicio propio del Poder Judicial, encaminado a evolucionar la vida democrática de un país, legitimado por los fines ulteriores de justicia, igualdad, libertad y equidad de los individuos dentro del marco de la legalidad «democrática». No es de obviar que tal actitud sería catalogada dentro del denominado «activismo judicial»,¹¹⁶¹ comprendido este como la nefasta actitud de los jueces en «sobrepasar ciertos límites competenciales y, en consecuencia, invaden las órbitas competenciales de otros poderes constituidos»,¹¹⁶² criticada por el desconocimiento de la legalidad y el ilimitado poder de los jueces; sin embargo, basta indicar que la actitud del juez de receptar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por vía de mandato a la autoridad que deba hacerlo o por vía de reinterpretar el derecho, sin crear normas jurídicas, no constituye un fuero de ilegalidad, como tampoco de autoritarismo, habida cuenta que no son criterios aislados, subjetivos, prejuiciosos ni dictatoriales los que se pretenden hacer valer, más bien, es reconocer que las condiciones sociales como tantas más, evolucionan constantemente y de forma progresiva se reconocen, conceden y regulan nuevos derechos, que según el escenario histórico eran imposibles de ser reconocidos en épocas anteriores o en culturas sometidas a la violencia y al autoritarismo. De tal cuenta que el denominado «activismo judicial» no es más que la manifestación de rechazo a la evolución democrática de los Estados por vía del Poder Judicial, es negar la naturaleza de «poder» a los jueces y pretende mantenerlos sometidos a los otros

1161. Término acuñado desde 1920 para referirse despectivamente a los jueces reflexivos e intelectivos de las normas jurídicas vigentes para determinar si cumplían con el requisito de constitucionalidad, y progresivamente se amplió a aquellos jueces que reflexionaban sobre la justeza de las normas jurídicas vigentes antes de aplicarlas, para prever que no provocaran injusticias en el caso concreto.

1162. Escobar Martínez, Lina Marcela. «El Gobierno de los Jueces, a propósito de la articulación entre los tribunales y el Tribunal de Justicia Europeo». Trabajo presentado dentro del curso Jean Monnet de Derecho Común Europeo de la Universidad Complutense de Madrid, 26 de octubre 2004.

poderes públicos, con una función específica y limitada «ser la boca de la ley», no obstante que la ley sea contraria al derecho, a la justicia, igualdad y equidad.

b) Incorporación de nuevas exigencias democráticas

La historia del reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de los seres humanos, evidencia, sin equívoco alguno, que conforme la sociedad evoluciona, adquiere nuevos conocimientos, se desarrollan nuevos estudios y teorías, en sí, cuando los ciudadanos toman conciencia de sus derechos y de su rol en la estructura del Estado, se declaran nuevos derechos, la arbitrariedad y el autoritarismo ceden camino a la democracia, el gobierno de los hombres es sustituido por el gobierno de las leyes y, en suma, lo que antes fue un mínimo de derechos individuales y sociales, ahora se extiende a derechos políticos, económicos y culturales, así como a otros derechos que son propios de las sociedades democráticas.

De tal cuenta que, incluso, en el escenario de los derechos humanos, se categorizan las generaciones de estos conforme a su evolución, alcance y objeto de regularización; por lo que la primera categoría de derechos humanos está conformada por los derechos civiles y políticos, el mínimo de libertades para todos los ciudadanos que se extiende a la libertad de elegir a sus funcionarios públicos o ser electo como tal. Progresivamente se advirtió que tales derechos eran mínimos y no suficientes para el desarrollo pleno, digno e integral del ser humano, por lo que se desarrolló la segunda generación de derechos humanos, consistente en el reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales, con sus correspondientes instrumentos de obligatoriedad para los Estados con el objeto de su protección plena y, obviamente, ejercicio efectivo por parte de las personas. A esta, tiempo después, le siguió la tercera generación de derechos humanos, integrada por los derechos de solidaridad, paz, calidad de vida y garantía contra la manipulación genética. Incluso, hay quienes que aseguran la existencia de la cuarta generación de derechos humanos constituida por derechos de interés colectivo como medio ambiente sano, bioética y privacidad frente a las

nuevas tecnologías.¹¹⁶³ También, los derechos humanos del siglo XXI declaran los derechos emergentes, como una forma de reconocer y propiciar la participación plena de la sociedad civil en la vida democrática de los Estados, para su intervención en la propuesta, aprobación y ejecución de políticas públicas relacionadas con los herechos humanos.¹¹⁶⁴

Por tanto, el Poder Judicial debe estar a la vanguardia de los nuevos derechos reconocidos o declarados, en el marco de los derechos humanos, para propiciar la incorporación de nuevas exigencias democráticas concebidas en el escenario internacional, marcar la evolución del país a través de la reinterpretación del derecho o el mandato de receptación del poder público que corresponda, de modo que el Poder Judicial no puede mantenerse inerte ante tal evolución, sino por el contrario, debe asumir una actitud proactiva en pro de mejores y mayores condiciones y estándares de vida democrática del país.

c) Evolución de la vida democrática

A lo interno de los pueblos, mediante movimientos legítimos, acciones históricas y remembranzas ancestrales, se ha construido progre-

1163. V. Zimmerling, Ruth (abril de 2004). «Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar. Contra la devaluación conceptual y el cinismo práctico» (PDF). *Isonomía* (20): 89. ISSN 1405-0218. Consultado el 21 de diciembre de 2007. Ferrajoli, Luigi (2001), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta. ISBN 978-84-8164-436-4., pp. 22 y 293. Thierry, Hubert; Combacau, Jean; Sur, Serge; Vallée, Charles (1986), *Droit International Public*, París: Montchrestien. ISBN 978-2-7076-0236-7. Bobbio, Norberto (1966), «L'illusion du fondement absolu». Le fondement des droits de l'homme (Actes des entretiens de L'Aquila, 14-19 septembre 1964, Institut International de Philosophie). Florencia: La Nuova Italia. ISBN., pp. 11 y ss. Papacchini, Ángel, *Filosofía y derechos humanos, fueron creados y ratificados en el año de 1945*, p. 44; de forma similar, Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, p. 40.

1164. El preámbulo de esta Declaración inicia: «Nosotros, ciudadanas y ciudadanos del mundo, miembros de la sociedad civil comprometidos con los Derechos Humanos, formando parte de la comunidad política universal, reunidos en ocasión del Foro Universal de las Culturas en Barcelona 2004 y Monterrey 2007, e inspirados por los valores de respeto a la dignidad del ser humano, libertad, justicia, igualdad y solidaridad, y el derecho a una existencia que permita desarrollar estándares uniformes de bienestar y de calidad de vida para todos».

sivamente, según cada país, condiciones multiétnicas, pluriculturales y multilingües,¹¹⁶⁵ que facilitan la unidad de la convivencia en la diversidad, lo cual asegura la horizontalidad de derechos y obligaciones de todas las personas. Este reconocimiento, y sus consecuentes prácticas sociales, es el producto de las peticiones de los pueblos indígenas y las reflexiones académicas que desencadenan aceptación por los otros grupos sociales, incluso en el escenario político. Ya no es el simple reconocimiento de la existencia de la población indígena, poco a poco ha sido el reconocimiento de sus derechos, la incorporación de acciones afirmativas que, en la medida de lo posible, han permitido la participación efectiva en la vida social y política de los Estados a los integrantes de los pueblos indígenas. Obviamente este progreso no es concluyente y, consecuentemente, de forma constante y permanente se reconocen otros derechos, se hacen necesarias otras acciones afirmativas y se avanza sobre otras condiciones de vida —digna— de la población indígena, que durante siglos permaneció, y en ocasiones sigue permaneciendo, bajo el yugo de la tiranía no indígena.

En este escenario, el Poder Judicial tiene la encomiable tarea de asegurar el legítimo ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, resolver los conflictos sociales que se sometan a conocimiento de los jueces,¹¹⁶⁶ lo cual deben hacer con fundamentos claros de avance y

1165. Guatemala, al igual que Bolivia, Perú y Ecuador, son los países latinoamericanos con mayor población indígena.

1166. Guatemala presente un alto porcentaje de acciones colectivas de pueblos indígenas, así como acciones individuales de indígenas, que reclaman frente a terceros o frente al Estado, derechos que les corresponden por su propia naturaleza y que han sido negados por el imperialismo del Derecho estatal. Ejemplo de este tipo resulta ser la discusión de tierras comunales o comunitarias establecidas y utilizadas colectivamente por la población indígena, conforme a su propio sistema jurídico indígena; inclusive, el reclamo de los derechos reales sobre inmuebles, en no pocas ocasiones se basa en la forma ancestral y tradicional en que la población indígena transmite la posesión sobre los mismos, lo cual obviamente, es distinto a la forma del derecho occidental establecido en las leyes civiles de los países. El caso de la población indígena guaraní y de Nicaragua, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió a favor del pueblo indígena, es un claro ejemplo de cómo la democracia debe avanzar en los escenarios propios del reconocimiento de la diversidad de la nación y la horizontalidad de los derechos a todos ellos, con acciones afirmativas para pueblos indígenas, tanto en lo jurídico como en las demás áreas de la convivencia social.

desarrollo de los derechos de tales pueblos; su enfoque, perspectiva e interpretación del conflicto debe partir de normas jurídicas vigentes que reconozcan y aseguren derechos de los pueblos indígenas y desarrollarlas mediante peritajes culturales que provean una perspectiva amplia de la cosmovisión indígena a efecto de resolver con mayor justicia el caso sometido a su conocimiento. Por otra parte, en este escenario, el Poder Judicial debe actuar democráticamente cuando los conflictos suscitados en una población indígena, por integrantes de esa población, hayan sido resueltos por las autoridades legítimas indígenas, mediante los procedimientos, no escritos, sino culturalmente aceptados y transmitidos, que previamente estén establecidos para la solución del problema y su consecuente sanción para el restablecimiento del orden social. Esta forma de actuar, que se ha denominado pluralismo jurídico,¹¹⁶⁷ constituye una de las acciones más férreas para asegurar la democracia en un Estado, por medio de la cual el Poder Judicial cede a la población indígena legítimamente reconocida el conflicto para que, mediante su intervención, lo resuelva según formas propias y aceptadas por el grupo social, asegurando una decisión más justa.

De esa forma, el Poder Judicial contribuye a la evolución de la democracia, al reconocer formas legítimas de organización social de los pueblos indígenas, en todas las áreas que ello implica, asegurando la intervención y participación de sus integrantes en los actos, decisiones y soluciones de problemas que surjan en el seno de tal organización social.

Claro está, esta realidad no es la única que requiere acciones afirmativas desde el Poder Judicial. Existen otras tantas que, aún y cuando no estén claramente identificadas o focalizadas, son imprescindibles para

1167. Los jueces en Guatemala han emitido innumerables sentencias en este sentido, pero una de las más importantes ha sido la sentencia de casación número 01004-2012-1524, en donde César Barrientos extrae las bases fundantes del derecho indígena y las expresadas en la sentencia para razonar el fallo de cosa juzgada por autoridades legítimas conforme al sistema jurídico maya. Varios países con población indígena mayoritaria o alta asumen esta tendencia; sin embargo, llama la atención la sentencia del 20 de junio del 2012, emitida por el señor Pierre Lortie, juez de la Corte de Quebec en el caso «La reina vs. Kenny-Rock», en donde para individualizar la pena él recurre a una disposición relativa de «delincuentes autóctonos».

la vida democrática de las naciones; en tal sentido, ante ello, el Poder Judicial debe emitir decisiones jurisdiccionales más cercanas a estas realidades y con el único objetivo de asegurar mayores y mejores condiciones democráticas para la sociedad.

II. GOBIERNO DE LOS JUECES

Históricamente el Poder Judicial ha sido y se mantiene como el poder más débil frente al Ejecutivo y el Legislativo, en ocasiones con una aparente independencia y autonomía, en otras, con una manifiesta sumisión y dependencia; aisladamente, de forma individual, ha habido jueces que han desafiado el fuero ilegítimo-dominante de los otros poderes del Estado a través de decisiones jurisdiccionales que, como mandatos, han pretendido someterlos a la legalidad y legitimidad de sus actos, obviamente con severas consecuencias que, como antecedente, aplacan la función legitimadora de los jueces.

Esta institucionalidad débil del Poder Judicial, se atribuye al barón de la Brent y Montesquieu, quien sometió a los jueces a una función eminentemente pasiva de «decir la ley»,¹¹⁶⁸ indistintamente de que esta fuera injusta, desigual, inequitativa, arbitraria o contraria a los derechos fundamentales de los individuos. Además, le asignó un poder menor por estar integrado por funcionarios no representativos de la mayoría, de donde deriva la expresión «aristocracia judicial», por ser y representar a un sector de la población y no a la mayoría.

De allí en adelante, el Poder Judicial siempre ha ocupado un espacio débil y hasta invisible en la institucionalidad del Estado, limitado a controlar los actos de gobierno y declarado incompetente para verificar la legalidad y legitimidad de los actos políticos. De ello emana, por suma correspondencia, el control que de forma directa o indirecta ejercen los otros poderes del Estado sobre el judicial, garantizando así una barrera infranqueable en sus actos de gobierno.

1168. De Secondat, Charles Louis (señor de la Brède y barón de Montesquieu). *Del espíritu de las leyes*, Editorial Porrúa. México, 2006, p. 43.

Por eso, cuando un juez se declara competente para conocer y resolver sobre asuntos de gobierno, sea esto de actos arbitrarios o dictado de leyes contrarias al bloque de constitucionalidad, inmediatamente se le identifica despectivamente como «activista»; y cuando son varios los jueces que asumen esta postura, la denominación pasa a la de «gobierno de los jueces», como un movimiento que atenta contra la institucionalidad del Estado, incidiendo en decisiones políticas que le está vedado, e inmediatamente se cuestiona la legalidad y legitimidad del actuar judicial.

Si bien es cierto que la denominación de «gobierno de los jueces» es tan antigua que era ya utilizada en la Antigüedad en Israel¹¹⁶⁹ y Grecia,¹¹⁷⁰ también resulta cierto que la misma cobra relevancia a inicios del siglo xx, cuando es utilizada por Eduard Lambert¹¹⁷¹ para oponerse radicalmente a la actitud de los jueces de generar formas de control constitucional en las leyes de la Europa continental. Por tanto, este término fue peyorativo al advertir, desde el punto de vista del autor, las acciones invasivas del Poder Judicial al Poder Legislativo y, consecuentemente, el debilitamiento de la institucionalidad del Estado.

En el mismo contexto, pero desde otra perspectiva, a la función judicial de controlar la legalidad y legitimidad de los actos de gobierno se le ha denominado la «judicialización de la política», concebida esta como el fuero de atracción que realza el Poder Judicial de funciones que no le corresponden o que no están en el ámbito de sus competencia; al respecto, los antecedentes judiciales conservadores han creado la ficción jurídica de actos «no revisables»¹¹⁷² concebidos como aquellos

1169. En el período descrito del Libro de los Jueces, aún y cuando su función se extendía en otros ámbitos de gobierno y el menos el jurídico, es necesario identificar la utilización de la expresión en su realidad histórica.

1170. En la antigua Grecia se solía utilizar el término *Arche-krités*, para referirse al poder de los jueces cuando su decisión trascendía en la vida social y política de la polis; de estas voces deriva la palabra *critarquía* para referirse al gobierno realizado por los jueces, donde estos son los que deciden al final.

1171. Tomado de la cita de Juan Antonio Garrido, «El gobierno de los jueces», artículo consultado en la web el 20 de diciembre de 2014. <http://www.ilustrados.com/tema/8468/gobierno-jueces.html>.

1172. Entre otros casos, véase: «Sojo, Eduardo, 1887, fallo 32:120 de la Corte Su-

asumidos por un órgano representativo del pueblo,¹¹⁷³ que debe mantenerse aislado del control judicial, por ser actos eminentemente políticos, que el propio sistema jurídico distingue. Por aparte, existen sendos fallos judiciales que no hacen distingo entre cuestiones revisables y no revisables de gobierno, declarando judiciales todas las causas y sobre las cuales y por las cuales debe y puede verificarse judicialmente su legalidad y legitimidad.¹¹⁷⁴

De igual forma, la doctrina se divide entre sí y no judicialización de la política, con perspectivas distintas y razonamiento diferentes, que pretenden hacer valer su postura.

Cabe señalar, que un Estado democrático y social de derecho no hace distingo entre límites de lo judicial, sino por el contrario su principio rector es el sometimiento del poder público — todos — al imperio de la ley y esta a la supremacía constitucional; de ello deriva que todo funcionario y empleado público de cualquier naturaleza o fuero, está sometido a la legalidad de sus actos y obvio es que, si su actuar se aleja de esa máxima, debe ser controlado y sometido a través de los mandatos jurisdiccionales; es decir, todo funcionario y empleado público pasa a ser «judiciable», sujeto de control jurisdiccional. Además, también deriva que todo ejercicio de poder público — acción u omisión- de funcionario o empleado, es controlable por instancia judicial, ya que el

prema de Justicia de la Nación Argentina»; «Soria de Guerrero, Juana Ana vs. Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S. A., 1963, fallo 256:556 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Ambos casos citados por Horacio Rosatti en Cuestiones Políticas no judiciales, VV. AA., Foro de Práctica Judicial del Abogado de Santa Fe, Edición «Homenaje al Dr. Carlos S. Fayt», p. 158.

1173. En la sentencia «Witeker vs. State of North Carolina», de 1949, el juez de la causa Frankfurter indicó que «El Poder Judicial es el menos democrático de los tres poderes», en referencia a la falta de representatividad directa de los ciudadanos para la integración del Poder Judicial.

1174. Al respecto, los fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1993 al declarar de oficio inconstitucional la supresión del Poder Judicial y legislativo realizado por el Ejecutivo; 2009 al declarar nulo el nombramiento de Magistrados a la Corte Suprema de Justicia por parte del Congreso de la República, obligándolo a realizar nueva elección con razonamientos del voto. 2010, declarar nulo el nombramiento del Fiscal General de la República, anulando todo el proceso y ordenando la realización de un nuevo proceso de selección y nombramiento.

mismo debe enmarcarse en la legalidad, a la juridicidad de sus actos, según las prescripciones legales, por lo que, cuando se aparta de esa legalidad el ejercicio del poder debe ser controlado vía mandato jurisdiccional. Finalmente, deriva que no existen actos — acciones u omisiones — discrecionales del poder público, por lo que, si no existe norma jurídica que regule el acto de gobierno concreto, este debe someterse a los principios rectores del sistema de gobierno y de las reglas administrativas más análogas para el caso concreto, por lo que, de no ser así, es controlable por parte del Poder Judicial, a efecto de reconducirlo por la vía de los actos reglados a lo que debe estar sometido todo ejercicio del poder público.

En este contexto, el Poder Judicial se instituye como un poder fuerte y sólido, equiparado a los otros poderes del Estado: ni superior a los otros, pero tampoco inferior a ellos; asume una posición horizontalizada de ejercicio del poder público, como garante del Estado de derecho, con funciones propias para someter a los otros poderes del Estado, cuando estos incumplan con el mandato del imperio de la ley, sin que ello signifique superioridad respecto al Ejecutivo y Legislativo. Incluso quizás la denominación de «gobierno de los jueces» no sea la correcta para identificar a un Poder Judicial como el que se describe, sin embargo, constituye un simbolismo tal denominación para apremiar por jueces empoderados en su función de imponer la estricta legalidad para la consecución y consolidación de la democracia.

1. Plenos poderes en la jurisdicción

No hay ámbito que escape del control judicial, cualquier acto de gobierno, de la naturaleza que sea, está sometido al imperio de la ley y, en consecuencia, al control de los jueces, quienes en ejercicio del derecho les compete emitir mandamiento por los cuales los poderes públicos se someten a los actos reglados, previamente establecidos, e incluso reglar conforme a los fines del sistema de gobierno aquellos actos denominados «discrecionales», los cuales no pueden existir en un Estado democrático y social de derecho. Desde la designación de

funcionarios públicos —en no pocas ocasiones basadas en prebendas políticas y no por méritos— hasta la propuesta, aprobación y ejecución del presupuesto nacional,¹¹⁷⁵ así como cualquier otro acto de gobierno, entran en la esfera del control judicial, para lo cual la acción popular se constituye en legitimadora de la función judicial.

Para el cumplimiento efectivo de su deber de imponer la democracia en un Estado de derecho, el Poder Judicial debe tener la capacidad de reinterpretar el derecho en todos aquellos casos en que la norma jurídica sea contraria al bloque de constitucionalidad o provoque injusticias aún y cuando no exista la inconstitucionalidad evidente; obvio es que el Poder Judicial también tiene límites en esta función, los cuales están constituidos por los valores de la democracia, valores estos que está obligado a realizar y nunca contrariarlos en alguna resolución jurisdiccional. Finalmente, su institucionalidad debe ser de tal naturaleza y condiciones que sus fallos sean efectivamente ejecutados, con todos los alcances y efectos que en el mismo se disponga y los que correspondan por efecto legal.

a) La ley como punto de partida para realizar la democracia

Desde la expresión baronesa «los jueces son la boca de la ley»,¹¹⁷⁶ hasta la máxima «todo dentro de la ley, nada fuera de la ley»,¹¹⁷⁷ la simple legalidad ha sido utilizada para legitimar gobiernos despóticos,

1175. Es contrario a los valores de la democracia que un Estado destine mayor presupuesto a la milicia que a salud, o mayor rubro a pautado televisivo de actos de gobierno que a educación, o mayor dinero a deportes que a la impartición de justicia —esto último como sucede en Guatemala—. De tal cuenta que, aún y cuando se hayan cumplido con los aspectos formales —requisitos externos— en la formulación del presupuesto, si este en su esencia no responde a las exigencias de la democracia, el Poder Judicial tiene competencia para reconducir el actuar público conforme a los valores de un Estado democrático. Discrepa en este punto Alberto Fuentes Knigth, exministro de Finanzas Públicas de Guatemala, quien en su columna de Prensa Libre indica que «los Magistrados no son técnicos para controlar la formulación del presupuesto». Consultado en <http://m.prensalibre.com/opinión/nota/175723979>.

1176. De Secondat, Charles Louis. Ob. cit., p. 72.

1177. Expresión atribuida a Hans Kelsen al hacer valer su «teoría pura del derecho».

monárquicos y tiránicos, siendo su mejor aliado un aplicador de las normas jurídicas creadas a ultranza del régimen al que sirven. En este escenario nunca interesó y, aún más, fue un peligro para el sistema y un juez crítico a las normas jurídicas que debía aplicar, por lo que, los poderes judiciales fueron integrados con jueces obedientes, sumisos, respetuosos del poder, reducidos a su función de aplicadores fríos de las normas jurídicas, sin comprensión ni conciencia de la trascendencia de sus fallos.

En el gobierno de los jueces sucede todo lo contrario, el juez está obligado a realizar una labor intelectual, crítica, reflexiva y vinculatoria de la norma jurídica a aplicar con relación a sus destinatarios, interpretarla con mayor aproximación a los valores democráticos, prever que la misma no provoque injusticias y, en suma, hacer del derecho un punto de partida para alcanzar la justicia y realizar la democracia.

El derecho, como punto de partida, debe comprenderse exclusivamente y con todo rigor cuando las normas jurídicas limiten, reduzcan o excluyan los valores democráticos; solo después de un proceso intelectual que determine la inconsistencia indicada, corresponde considerar al derecho como punto de partida, caso contrario el actuar judicial conllevaría un acto arbitrario. Es decir, no en todos los casos el juez puede respaldar su actuar aludiendo a este proceso intelectual, sino únicamente cuando la norma jurídica carezca del alcance y fuerza democrática que se requiere para resolver el caso concreto; de ello deriva la exigencia previa, que el juzgador debe declarar previamente la insuficiencia de la norma jurídica para los fines de la democracia, explicar los motivos o razones por las cuales llega a esa conclusión y, finalmente, determinar de forma inequívoca, cuáles son los alcances exigidos, y, qué es lo que la norma jurídica no contiene, para llegar a un fallo acorde a los valores de la democracia. Este proceder legitima el actuar judicial, evita la arbitrariedad y somete al propio juez a los valores y fines democráticos.

Cuando se indica que el derecho debe ser un punto de partida para la realización de los valores democráticos, se advierte sin lugar a dudas un poder amplio del Poder Judicial que podría redundar en autoritarismo y desencadenar contravalores a la propia democracia. Eso es claro, por lo cual, el Poder Judicial encuentra en los propios valores

de la democracia un límite a los excesos de su función. Ningún poder judicial puede contrariar la justicia, la equidad, la igualdad y la estricta legalidad, bajo el aforismo de alcanzar los valores democráticos, toda vez que ello, más que realización de la democracia, se constituye en un acto arbitrario, ilegal y antidemocrático, contrario totalmente a la función propia de los Jueces. Cuando se indica que tales valores sean el límite de la función judicial, se advierte sin lugar a dudas, que ninguna resolución jurisdiccional puede provocar injusticias, generar inequidad, imponer desigualdades o irrespetar el imperio de la ley legítima. Por lo cual, toda función jurisdiccional que atente contra tales valores, o los afecte, es carente de validez, provocando su inejecución y no obliga a los destinatarios de la misma.

Conforme a ello, no es cualquier interpretación y aplicación del derecho la que pueden realizar los jueces, más bien, están obligados a una interpretación «autocontrolable», que esté orientada por la claridad del contenido y alcances de los valores democráticos, que se someta a los límites de esta y que respete los fines de la democracia. En ese sentido, constituye una interpretación reglada a los grandes valores del régimen justo, igualitario, equitativo y participativo.

b) La democracia como límite a la función jurisdiccional

La función jurisdiccional debe someterse a los valores democráticos; en tal sentido, en el escenario de los justiciables debe preverse la total intervención de ellos en todos los actos procesales, en igualdad de condiciones, concediendo equitativamente la participación conforme al derecho que le asiste y reconociendo la justa posición que le corresponde a cada quien. En el escenario del juicio, este debe desarrollarse con total publicidad,¹¹⁷⁸ a efecto que no solo los justiciables sino la ciudadanía conozca el juzgamiento y la decisión asumida en cada caso, y que esto asegure en mayor medida la transparencia de la función y decisión

1178. La publicidad encuentra excepciones en casos relacionados con la niñez y la adolescencia, por el principio de confidencialidad y todos aquellos que vinculen la intimidad de las personas en el escenario del juicio.

jurisdiccional; debe ser accesible a todos los justiciables y ciudadanos interesados en la función judicial y en la decisión del caso concreto, esta condición debe observar aspecto de tiempo, distancia, costo, pero sobre todo idioma y sencillez, hacer menos complejos los juicios y acercarlos a la población, con el objeto de ser comprendidos; además, debe llevarse a cabo en un plazo razonable, para cumplir con el verdadero sentido de la tutela judicial efectiva, porque esta deja de ser efectiva cuando se prolonga excesiva y en ocasiones interminablemente la resolución del caso; junto a ello, el Poder Judicial debe asegurar que el juicio se realice de forma independiente e imparcial, que constituye un derecho ciudadano en el escenario de la democracia, para lo cual debe proveer todas las condiciones para tal fin; el juicio debe respetar todos los derechos mínimos que la ley ordinaria y el bloque de constitucionalidad concede a todos los justiciables y obliga al Poder Judicial a conducirse conforme a los mismos, siendo este el responsable de la invalidez de los juicios por ilegalidades, arbitrariedades o errores judiciales. Finalmente, todo Poder Judicial debe ser responsable por las injusticias cometidas en el ejercicio de la función jurisdiccional, tanto en resoluciones interlocutorias como definitivas, derecho que los justiciables tienen de exigir las indemnizaciones respectivas y el Poder Judicial de concederlas, así como sancionar al juez que haya incurrido en las mismas, toda vez que todo ejercicio del poder público conlleva irremediablemente la responsabilidad de la función, por lo que, es innegable, el deber de reparar y el deber de sancionar por juicios antidemocráticos.

De tal cuenta que la simplicidad de los juicios, la prontitud de las decisiones jurisdiccionales y la responsabilidad de los jueces, constituyen incentivos sociales para que los ciudadanos se convenzan y estén dispuestos a someter sus conflictos a la competencia del Poder Judicial, que reemplacen las vías de hecho, violencia, sobornos, tráfico de influencias por la vía del litigio, el cual se constituye en el instrumento idóneo, de la vida democrática, para solucionar los conflictos, individuales o colectivos, sean de naturaleza social o política.

Es así como la democracia, con los distintos valores que encierra, constituye el marco referencia en que debe ejercer su función jurisdiccional el Poder Judicial, siendo un esbozo orientador de las reglas que

deben observarse en el escenario del juicio, tanto por justiciables como, y con mayor obligación, por quienes están obligados a solucionar el conflicto sometido a su conocimiento.

c) Efectiva ejecución de la decisión jurisdiccional

La mayor debilidad de un Poder Judicial se evidencia en la incapacidad de hacer cumplir sus decisiones; la imposibilidad de hacer efectiva la resolución jurisdiccional, denota la irreverencia y osadía de los destinatarios, que no es más que el reflejo de un Poder Judicial débil, sin respaldo social, alejado de la ciudadanía y que en el peor de los casos nunca irrumpe en la escena política institucional, cuya domesticación deviene de su histórica inestabilidad institucional.¹¹⁷⁹

Al respecto, Needler indica: «Dada la ausencia de medios para hacer cumplir sus decisiones [...] no puede esperarse que garanticen una defensa contra las imposiciones de la tiranía; el hecho que los dictadores permitan el funcionamiento normal de las cortes, debe ser considerado no como evidencia de la fortaleza de las cortes, como lo han hecho algunos comentaristas, sino como una indicación de su debilidad política».¹¹⁸⁰

De ello se derivan varios aspectos relevantes a considerar, siendo el primero de ellos los «medios para hacer cumplir sus decisiones», un Poder Judicial debe instituirse con una capacidad operativa, jurídica y política para hacer efectivas sus resoluciones; la primera está relacionada al aspecto administrativo, tanto referido a las dependencias internas, como recurso humano, medios tecnológicos, medios de transporte, seguridad y todo aquello que esté vinculado con las condiciones y necesidades de la naturaleza operativa de los actos judiciales; y también, referido a las dependencias externas que deben prestar auxilio al

1179. Este fenómeno se agudiza en los países que presentan inestabilidad política por «golpes de Estado», en cuyo caso, en la mayoría de ocasiones, el golpista sustitúa a los miembros de las Cortes o los somete a su poder arbitrario; de tal cuenta que, el Poder Judicial no ha representado ese poder público, sólido y férreo que consolide su institucionalidad.

1180. Needler, Martín. *Latin American Politics in Perspective*, Nueva Jersey, 1965. Edición Van Nostrand, p. 155.

Poder Judicial, como policías, Gendarmería o Guardia Civil, a través de su sección respectiva, o cualesquiera otra entidad que según el caso particular sea necesaria para hacer cumplir el fallo jurisdiccional.

Por otra aparte, debe proveerse de la capacidad jurídica para el cumplimiento de las decisiones, constituido esto por los apremios, las advertencias, las prevenciones y cualesquiera otra consecuencia jurídica que opera en caso de incumplimiento de lo decidido por el Poder Judicial, de donde deriva la importancia del desacato o desobediencia judicial como delito contra la impartición de justicia. Además, debe asegurarse por los medios coercitivos correspondientes, que los apremios sean ejecutados inmediatamente para que causen un efecto comunicacional de las consecuencias de incumplimiento de los mandatos jurisdiccionales. El rigor de la coerción, propio del derecho, es necesario para conducir a las personas conforme al derecho, y que aprendan que la mejor forma de convivencia social es la regida por leyes justas de un Estado democrático.

Asimismo, el Poder Judicial debe instituir su capacidad política para hacer cumplir efectivamente sus decisiones jurisdiccionales, ello conlleva su posicionamiento social para la legitimidad y respaldo a su función jurisdiccional, que se extiende a la ejecución efectiva de sus decisiones, por cuanto que, un Poder Judicial reconocido socialmente está en mayor y mejores condiciones para la ejecución de sus fallos, tanto por la aceptación de su institucionalidad como de las decisiones que del mismo emanan; además, ello asegura la no movilización social¹¹⁸¹ en oposición a sus decisiones, por lo que los mandatos del Poder Judicial se asumen como válidos y efectivos, de cumplimiento obligatorio. Además, conlleva un posicionamiento sólido y determinante

1181. Guatemala presenta un alto índice de oposición a la efectiva ejecución de los fallos jurisdiccionales, por eso se iniciaron las protestas y toma de rehenes para obligar a los jueces a liberar a detenidos por delitos cometidos en el ámbito de las luchas sociales, lo cual se fue extendiendo a otros casos similares y conexos, pero posteriormente tales acciones ilegales se han explicado a casos «civiles», de desocupación de inmuebles, embargos y secuestro de bienes e incluso prácticas de reconocimientos judiciales en los inmuebles objeto de litigio. Esta situación inconcebible, denota la fragilidad de la judicatura, la falta de reconocimiento social y su desvinculación a la realidad ciudadana del país.

frente y con relación a los otros poderes del Estado, tanto por la vía de su vinculación, a través del control por vía de la estricta legalidad, a las decisiones políticas del país, así como por vía de coercibilidad del derecho, a través del sometimiento del poder público a los valores de la democracia; al equilibrar su condición de poder del Estado, homogéneo al Poder Legislativo y Judicial, ínsitamente el Poder Judicial asume un reconocimiento político que le asegura la ejecución efectiva de sus decisiones jurisdiccionales.

Un segundo aspecto, de lo indicado por Needler, lo constituye la imposibilidad de la función judicial en «contra de las imposiciones de la tiranía»; un Poder Judicial que carece de la legitimidad y posicionamiento social y político, es un poder débil, inconsistente, frágil e inoperante, que carece de la capacidad de emitir mandatos jurisdiccionales en contra de los actos de los gobiernos tiránicos e incluso de los funcionarios tiránicos, extremo que se traduce en la aceptación de decisiones políticas de tal naturaleza, que producen injusticias y reproducen otros atropellos; y es más, es un Poder Judicial que no prohíbe la tiranía,¹¹⁸² más bien convive en el escenario tiránico, en el cual también resulta sumiso y perjudicado.

Por tanto, el Poder Judicial debe obtener la legitimidad social a través de su posicionamiento ciudadano y alcanzar su equilibrio político en la esfera de los poderes público, a fin de tener la capacidad de ejecutar sus mandatos prohibitivos a los actos tiránicos y arbitrarios del Poder Ejecutivo o Legislativo, someter a todos a la democracia y, cuando esta sea alterada por la tiranía, tener los medios suficientes y necesarios para ejecutar mandatos de prohibición o abolición de los poderes tiránicos. De allí la importancia de la fuerza ejecutiva de los mandatos jurisdiccionales.

1182. La historia política evidencia la historia de la fragilidad del Poder Judicial, ejemplo claro de ello son las dictaduras de Mussolini, Hitler, Franco, Pinochet, Lucas García, Ríos Montt, entre otros, ante quienes el Poder Judicial se plegó a reconocer la autoridad ilegal que ostentaban y a dar validez jurídica a sus decisiones, sin contrariar una sola o incluso a respaldarlas y hacerlas efectivas, tal fue el caso de los Tribunales de Fuero Especial en Guatemala, en donde arbitrariamente se condenaba a los disidentes políticos de los años ochenta.

2. Judicialización de la política

En el concepto tradicional de separación de poderes, se asigna a cada uno un ámbito de competencias propias, oponible frente a los otros poderes, con un marco referencial claro, en su alcance y límites; de tal cuenta que ninguno de los poderes puede interferir, asumir o intervenir en funciones que le corresponde a otro.

El respeto a la separación de poderes, construye una república, fortalece la institucionalidad y asegura a los ciudadanos el ejercicio limitado del poder público; ejercicio que está condicionado a los actos reglados previamente establecidos, al no abuso de poder y al cumplimiento de las obligaciones que el cargo impone. No respetar la separación de poder, implica irrumpir en el ejercicio del poder que le compete a otro, ampliar su ámbito de competencia y manifestar una clara tendencia al totalitarismo que conlleva la concentración del poder con su evidente abuso exponencial.

En ese escenario, en donde todo ejercicio de poder está sometido a la estricta legalidad, a la observancia efectiva del imperio de la ley, a la juridicidad de los actos de gobierno, en sí, sometido al gobierno de las leyes democráticas; en ese escenario donde todos deben hacer lo que la ley impone, que en un mundo real no es estrictamente así, debe establecerse a quién le corresponde reconducir a la legalidad el ejercicio del poder arbitrario, cuál de los tres poderes es el idóneo para tal cometido, quién puede confrontar los actos del poder público con las normas jurídicas que lo regulan; es decir, en el mundo real, donde el poder público se excede en sus atribuciones e irrumpe en un actuar ilegal, uno de los tres poderes debe tener la atribución de control de los otros y del suyo propio.

De acuerdo a ello y conforme al conocimiento previo y propio de las competencias de cada uno de los tres poderes que conforman la república, es más que obvio, que la legalidad del ejercicio del poder público le corresponde al Poder Judicial, quien tiene la atribución del estricto cumplimiento de las leyes, el respeto de la supremacía constitucional y el mantenimiento del gobierno de las leyes, impidiendo así el gobierno de las personas. Por naturaleza, desde ser «boca de la ley» hasta ser «in-

térprete constitucional de la ley», al Poder Judicial le ha correspondido la función imperiosa de «aplicador de las leyes», por lo que, a través de esta función, del ejercicio propio de sus atribuciones, es el garante de la legalidad de los actos del poder público y consecuentemente legitimado para controlar y someter a los otros poderes del Estado, cuando estos actúen fuera del marco legal.

En ese sentido, cuando el Poder Judicial controla la legalidad del actuar del Poder Ejecutivo y Legislativo, no irrumpe en la esfera de atribuciones de los otros poderes, toda vez que no interviene en la toma de decisión que compete con exclusividad a los representantes del pueblo, son ellos, los funcionarios del Ejecutivo y Legislativo, que en el seno de su institucionalidad asumen esa función; lo que hace el Poder Judicial, es juzgar si esos actos de ejercicio del poder público son legalmente válidos, es decir, para su realización y por los resultados que provoca se ha observado la estricta legalidad que conlleva un Estado democrático y social de derecho, o por el contrario, en la realización del acto público se han inobservado preceptos jurídicos de tal naturaleza que hagan ilegal el mismo, o incluso, que aún y cuando el procedimiento del acto público sea el reglado, sus efectos son contrarios o en detrimento de los valores propios de la democracia. Este último aspecto es, sin lugar a dudas, el de mayor discusión, habida cuenta que se le asigna al Poder Judicial el control de la democracia del Estado, aspecto que se extiende más allá a los fueros propios del control de la «legalidad», sin embargo es propio de un control de «estricta legalidad»,¹¹⁸³ en donde se sopesa la naturaleza de la norma jurídica vigente, sus alcances y efectos, conforme a lo cual se determina su validez y sobre todo la determinación de validez del acto que la utiliza o aplica.

Nótese que el control que ejerce el Poder Judicial respecto a los otros poderes del Estado es eminentemente jurídico-democrático, propio de los gobiernos regidos por la democracia; ello no es irrumpir en funciones de otros poderes del Estado, no implica intervención directa o mandatos de cómo asumir las decisiones políticas. Es un control al-

1183. Siguiendo a Ferrajoli en su conocida diferenciación entre estricta legalidad y lata legalidad.

rededor del acto y sus efectos, de la forma en la cual se ha procedido y de los alcances que produce el ejercicio del poder público; en nada, se advierte, el Poder Judicial asume posiciones políticas de una u otra forma, mas sí de conducir o reconducir los actos de acuerdo al Estado de derecho democrático, para lo cual se tiene legitimidad de anular los actos que son contrarios al mismo y de emitir mandatos jurisdiccionales para que el poder público respectivo emita nuevos actos que cumplan con las exigencias indicadas.

De tal cuenta que no es concebible un sistema de gobierno democrático, en donde los poderes públicos ejerzan el sus funciones sin control alguno, porque la falta de control desencadena la ilegalidad que trasciende a la arbitrariedad y esta provoca serias injusticias para las personas. Si el control de la legalidad es imperioso, este debe ser realizado por el Poder Judicial.

Al respecto, Ansolabehere inicia su análisis sobre Poder Judicial y Política en América Latina con la siguiente premisa «La relación entre política y justicia no es simple [...]. Se trata de un espacio donde los límites entre los correspondientes terrenos son difusos, límite cuya transgresión [...] por parte de la justicia nos conduce al escenario indeseable de la intervención de funcionarios no electos en el espacio de los funcionarios electos».¹¹⁸⁴ El punto de discusión inicial radica entre la naturaleza constitutiva del Poder Judicial, debilitando su institucionalidad por la falta de representatividad ciudadana, ya que los jueces —por los general salvo excepciones— no son electos popularmente, sino nombrados a través de una élite técnica o académica a la cual pertenecen y a la cual sirven; es decir, la falta de legitimidad para que el Poder Judicial controle al Poder Ejecutivo y Legislativo, radica en la forma de nombramiento de sus integrantes, mas no en la naturaleza, esencia y extensión del control que ejerce o debe ejercer. Como se aprecia, la idea principal radica en el valor superior de los funcionarios electos, frente a los funcionarios no electos, centrando la discusión, sin descuidar la «intervención» del

1184. Ansolabehere, Karina. *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. Editorial Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México. México, 2007, p. 19.

Poder Judicial respecto a los otros poderes del Estado, en la forma, modo y condiciones en que se integra el Poder Judicial; de ser así, la inconveniencia estaría resuelta en aquellos Estados que actualmente, o que en un futuro, cambiaran la forma de integrar el Poder Judicial a través de la elección popular de los jueces, lo que desencadenaría una corriente para la integración popular de los miembros del Poder Judicial y nuevas y distintas formas de integración y control interno.

Sin embargo, lo esencial no es determinar si está legitimado por su forma de integración, sino más bien, si está legitimado el Poder Judicial en actos que podrían corresponder con exclusividad al Poder Ejecutivo o Judicial. Al respecto y más adelante, Ansolabehere cita a Clark indicando: «En este caso la hipótesis subyacente es que los regímenes democráticos están asociados con una mayor capacidad de control del Poder Judicial sobre el poder político, en tanto los regímenes autoritarios o totalitarios presentan una baja capacidad de control». ¹¹⁸⁵ Ya en este apartado y conforme a la doctrina a la que acude, reconoce que el control sobre el poder político por parte del Poder Judicial es propio de un sistema democrático, es decir, es este ningún poder del Estado puede actuar a expensas de la arbitrariedad, fuera de la ley, más bien debe actuar dentro del margen de la legalidad, donde se reafirma el control que debe ejercer el Poder Judicial.

Nótese cómo el control de los actos de gobiernos por parte del Poder Judicial responde a los valores y las exigencias de la democracia, son propios de este régimen y por ello imprescindible de ser ejercidos caso a caso. De tal cuenta que la judicialización de la política —aún y cuando la expresión sea amplia— advierte, sin lugar a dudas, que el Poder Judicial está legitimado para controlar los actos de gobierno, sin distingo alguno, tanto administrativos como políticos, así como los actos legislativos y de control cruzado ¹¹⁸⁶ que

1185. *Ibidem*, p. 29.

1186. Las interpelaciones y los retiros de inmunidad de funcionarios públicos, también entran a la esfera de control del Poder Judicial, tanto en la forma de llevarse a cabo (procedimiento) como en las secuelas que producen, a efecto de evitar que se trate de decisiones concebidas dentro de la esfera de las «prebendas políticas», que no es más que los sobornos y corrupción que acostumbran los legisladores

ejerce este poder público, no existiendo ámbito que no sea susceptible del control judicial.

Por eso, decisiones jurisdiccionales como las de Argentina y Estados Unidos, en donde hacen un catálogo de actos no revisables del Poder Ejecutivo y Legislativo¹¹⁸⁷ y consecuentemente limitan el control judicial a los actos políticos de gobierno, constituyen una clara manifestación de un sistema judicial que está limitado en sus funciones para hacer valer la estricta legalidad y por ende no es consonante con las exigencias de un régimen democrático. Por el contrario, en Colombia, desde el año 1991, la Constitución Política otorgó facultades de control político a los jueces por medio de la Acción Popular de Inconstitucionalidad, por medio de cuya acción se controla el ejercicio del poder público ejercido por el Ejecutivo y Legislativo, sometiendo a la legalidad aquellos actos no realizados conforme a los parámetros legales.¹¹⁸⁸

En ese sentido, sí debe judicializarse la política, comprendida esta como el control de estricta legalidad que realiza el Poder Judicial sobre los actos de gobierno, tanto políticos como administrativos, con los límites propios de los valores y fines del régimen democrático a que están sometidos todos los poderes públicos de un Estado.

para declarar los desafueros y los pedidos de renuncia. Un caso extremo es el de Guatemala, donde la bancada mayoritaria de oposición, el primer día que asumió el ministro de Finanzas —2012— fue citado a interpelación, la cual duró poco menos de un año.

1187. Rossatti, Horacio. Ob. cit., p. 2. Este autor hace una clasificación de cuestiones no revisables por el Poder Judicial, amparado en actos políticos y discrecionales del Ejecutivo y del Legislativo.

1188. Un ejemplo histórico de ello, que ilustra el fenómeno estadounidense lo constituye el control judicial que hizo la Suprema Corte de los Estados Unidos a la política del *New Deal* del presidente Roosevelt, de la excepciones en la cuales el poder Judicial controla al Ejecutivo que lo nombra. Recientemente, un tribunal del orden administrativo de Colombia prohibió al presidente de la República y al canciller firmar el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos, mediante una acción popular, en la cual el tribunal declaró que el tratado afectaba a los derechos colectivos de los colombianos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANSOLABEHERE, KARINA. *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*. Editorial Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México. México, 2007.
- BARRIENTOS PELLECCER, CÉSAR. *Los poderes judiciales, talón de Aquiles de la democracia*. Editorial Magna Terra, 2.^a ed., Guatemala, 2009.
- DE SECONDAT, CHARLES LOUIS (señor de la Brède y barón de Montesquieu). *Del espíritu de las leyes*, Editorial Porrúa. México, 2006.
- ESCOBAR MARTÍNEZ, LINA MARCELA. *El Gobierno de los Jueces, a propósito de la articulación entre los tribunales y el Tribunal de Justicia Europeo*. Trabajo presentado dentro del curso Jean Monnet de Derecho Común Europeo de la Universidad Complutense de Madrid, 26 de octubre 2004.
- FERRAJOLI, LUIGI (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta. ISBN 978-84-8164-436-4.
- *Derecho y razón*. Editorial Trotta, España, 1998, tercera edición de la traducción española.
- GARZÓN, VALDEZ, ERNESTO. *El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia*, Isonomía, n.º 18, abril 2003.
- HATMAN NICOLA. *Axiología objetivista*, Fondo de Cultura, México, 1992. <http://m.prensalibre.com/opinión/nota/175723979>.
- LIPSON, LESLIE. *Historia y filosofía de la democracia*. Editorial Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1969.
- NEEDLER, MARTÍN. *Latin American Politics in Perspective*, Nueva Jersey, 1965. Edición Van Nostrand.
- RÚA, FERNANDO DE LA. *Teoría General del Proceso*. Editorial de Palma, Argentina, 1991.
- SEN, AMARTYA. *La idea de la justicia*. Editora Taurus S. A, Bogotá, 2010, primera edición de la traducción del título original, *The idea of justice*.
- ZIMMERLING, RUTH (abril de 2004). «Los derechos humanos en un mundo globalizado y unipolar. Contra la devaluación conceptual y el cinismo práctico» (PDF).

EL TRATAMIENTO DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

MTR. CHRISTA MARÍA MADRID BOQUÍN
*Doctoranda en el Área de Derecho Procesal
Universitat Jaume I*

*Para César, un hombre de ideales y principios.
Por tu valentía para cambiar el mundo,
por tu alegría que nunca olvidaremos*

SUMARIO: I. IDEAS PRELIMINARES SOBRE LA PRUEBA PROHIBIDA.- II. LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.- III. NORMATIVA PROBATORIA APLICABLE ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1. El procedimiento probatorio. 2. La inadmisibilidad de la prueba.- IV. LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS PROHIBIDAS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. 1. El *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. 2. El *Caso Bayarri vs. Argentina*. 3. El *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. 4. El *Caso Escher y otros vs. Brasil*.- V. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA.- VI. CONCLUSIONES.

I. IDEAS PRELIMINARES SOBRE LA PRUEBA PROHIBIDA

La importancia de los derechos fundamentales como elemento básico de los Estados democráticos de derecho es, hoy en día, una idea incuestionable. Los textos constitucionales y los convenios internacionales conforman un marco dentro del cual debe operar el Estado, de manera que las actuaciones de los poderes públicos no vulneren los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, la mera consignación de estos derechos en la legislación positiva no garantiza necesariamente el efectivo respeto y goce de los mismos. Adicionalmente, se requiere que existan políticas estatales, garantías legales, procesos judiciales y acciones positivas, entre otros múltiples factores, para que los derechos fundamentales sean verdaderamente eficaces.

Así, con el objeto de tener una herramienta que ayude a garantizar el respeto de tales derechos, se ha adoptado en numerosos tribunales nacionales e internacionales el principio conocido como la «Regla de Exclusión», cuya formulación se remonta a comienzos del siglo xx.¹¹⁸⁹ Esta Regla establece que cuando en un proceso judicial se haya obtenido una prueba a través de la vulneración de un derecho fundamental, dicha prueba carece de legitimidad y deberá considerarse nula, expulsándose del procedimiento y negándosele cualquier valor probatorio. Adicionalmente, para lograr la absoluta nulidad de las pruebas prohibidas, se establece que también deberán excluirse las pruebas que se deriven causalmente

1189. En Alemania fue publicado un importante análisis sobre las prohibiciones probatorias, elaborado por BELING, E., *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*, Schletter, Breslau 1903. Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América empezó a excluir las pruebas prohibidas a partir del caso *Weeks vs. United States*, 232 U.S. 383 (1914). En esta sentencia se determinó que «si las cartas y los documentos privados pueden ser ilegalmente secuestrados, retenidos y utilizados como prueba contra un ciudadano acusado de una ofensa criminal, la protección de la IV Enmienda, que declara su derecho a estar seguro contra registros y aprehensiones irrazonables, no tiene valor alguno (...) y bien podría ser borrada de la Constitución. Los esfuerzos de los tribunales y de sus oficiales para castigar al culpable, por loables que sean, no pueden valerse del sacrificio de esos grandes principios establecidos tras años de esfuerzo y sufrimiento que han resultado en su incorporación a la ley fundamental de este país».

de la infracción del derecho fundamental y/o de la prueba prohibida.¹¹⁹⁰ Esta última doctrina es conocida como la «teoría de los frutos del árbol envenenado».

La Regla de Exclusión ha ido extendiéndose a países de diferentes continentes. Algunos estados la han incorporado como norma de derecho positivo, ya sea en la Constitución o en las leyes ordinarias, y otros la han adoptado a través de la jurisprudencia. Sin embargo, cada país ha ido concretando un tratamiento específico para la Regla de Exclusión, definiendo por un lado su naturaleza y finalidad y, por el otro, su manejo y efectos procesales.¹¹⁹¹ Mientras que en algunos ordenamientos se visualiza como una Regla estricta, en otros es posible aplicar ciertas excepciones que permiten valorar las pruebas prohibidas cuando concurren determinadas condiciones.¹¹⁹²

1190. De acuerdo con la sentencia que dictó la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Silverthorne Lumber Company v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), «la esencia de una provisión que prohíbe la obtención de pruebas en una cierta forma no es solamente que las pruebas así adquiridas no sean utilizadas ante un tribunal, sino que no sean utilizadas en absoluto. Por supuesto que esto no significa que los hechos así conocidos sean sagrados o inaccesibles. Si el conocimiento de los mismos se logra a través de una fuente independiente entonces podrán ser probados como cualquier otro hecho, pero el conocimiento adquirido gracias a la vulneración provocada por el gobierno no podrá ser utilizado en la forma propuesta».

1191. Sobre la aplicación de la Regla de Exclusión en el Derecho Comparado, sugerimos las obras de GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; ARMENTA DEU, T., *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, 2.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011; FIDALGO GALLARDO, C., *Las «pruebas ilegales»: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; OSBORN, D., «Suppressing the Truth: Judicial Exclusion of Illegally Obtained Evidence in the United States, Canada, England and Australia», *Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 7, n.º 4, diciembre 2000, disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2000/44.html>.

1192. Las excepciones a la exclusión de las pruebas prohibidas fueron creadas también por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Entre ellas podemos destacar teorías como la de la buena fe —*United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)—, el descubrimiento inevitable —*Nix vs. Williams*, 467 U.S. 431 (1984)—, el nexo causal atenuado —*Wong Sun vs. United States*, 371 U.S. 471 (1963)— y la fuente independiente —*Murray vs. United States*, 487 U.S. 533 (1988)—. Otros países, como España, también han creado teorías de excepción a la Regla de Exclusión, como la doctrina de la conexión de antijuridicidad —STC 81/1998, de 2 de abril—.

La exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales suele decidirse a la luz de ciertos criterios constitucionales.¹¹⁹³ Por un lado, se analiza la *proporcionalidad* de la diligencia que restringió el derecho fundamental y el cumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales, necesarios para limitar ese derecho fundamental en el contexto particular. Se recurre también al *juicio de ponderación* para sopesar los intereses que convergen en estos casos (la protección de los derechos fundamentales, la búsqueda de la verdad en la investigación criminal, la resolución justa del caso concreto, la seguridad ciudadana, la legalidad en las actuaciones de los poderes públicos) y así decidir si es necesario excluir la prueba en cada caso.

El planteamiento de la Regla de Exclusión ha llegado a trascender en el ámbito internacional. Como veremos en breve, existen prohibiciones probatorias expresas en tratados internacionales, por ejemplo, la que veda la valoración de las confesiones que hayan sido obtenidas empleando métodos de tortura. Por otro lado, los tratados y los convenios reconocen que existen derechos que pueden ser afectados durante las investigaciones criminales, pero para ello se exige el cumplimiento de distintos requisitos (en sentido amplio, la legalidad, la judicialidad y la proporcionalidad). Si la diligencia de investigación se realiza infringiendo estos requisitos, es posible que el tribunal internacional declare que se ha vulnerado el derecho en cuestión y excluya las pruebas así obtenidas. En este trabajo analizaremos cómo opera la Regla de Exclusión en los procesos conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para determinar si la ha aplicado como una regla absoluta y necesaria para garantizar la eficacia de los derechos consignados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o si, por el contrario, ha realizado una interpretación más flexible de dicha teoría, aplicándola

1193. En este sentido, véase la exposición realizada por BUSTAMANTE ALARCÓN, R., «El problema de la ‘prueba ilícita’: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal», disponible en www.bustamanteasociados.com/pdf/el_problema_de_la_prueba_ilicita.pdf. Asimismo, sobre la aplicación de la ponderación o *balancing test* a los casos de prueba prohibida, se refiere la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia *United States v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

solo cuando la violación de los derechos sea dolosa y especialmente grave.

II. LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La CADH, también conocida como «Pacto de San José de Costa Rica» fue suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969, y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Establece que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte. En la actualidad, son veinte los Estados americanos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.¹¹⁹⁴

De acuerdo con la Convención, los Estados Parte «se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna» (art. 1 CADH). Para ello, y si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados «se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades» (art. 2 CADH). En este sentido, puede entenderse que la exclusión de las pruebas prohibidas es una medida legislativa, de aplicación jurisdiccional, que ayuda a garantizar la eficacia de los derechos fundamentales,

1194. Dichos países son Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname y Uruguay; conforme se indica en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana*, ed. 2014, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html#3/z>.

protegiéndolos contra las vulneraciones que puedan sufrir durante la ejecución de investigaciones criminales.

Efectivamente, existen derechos y libertades que por su naturaleza tienden a ser limitados cuando los funcionarios de un Estado investigan la comisión de hechos delictivos.¹¹⁹⁵ Las Constituciones de los Estados Parte permiten restringir tales derechos siempre y cuando la injerencia esté autorizada por el órgano judicial competente. De esta forma pueden limitarse derechos como la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones y la libertad personal. No obstante, existen otros derechos que no podrán ser limitados, como el derecho a la vida y a la integridad personal.

Con relación al *derecho a la integridad personal*, establece el art. 5 CADH que «toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral». En consecuencia, «nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes» y, además, «toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».¹¹⁹⁶ Esta disposición debe ser complementada con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), la cual reafirma que «todo acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana [...] y son violatorios de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos». Como veremos posteriormente, el art. 10 CIPST establece una regla de exclusión expresa que prohíbe la valoración de las declaraciones obtenidas a través de la tortura.

1195. En este sentido, el artículo 32.2 CADH establece que «los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática».

1196. El artículo 5 CADH continúa diciendo que «4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados».

También consagra la CADH el *derecho a la libertad personal*, que es sin duda una de las garantías protagónicas en lo que a investigación criminal se refiere. Como línea general se establece que «nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Parte o por las leyes dictadas conforme a ellas» (art. 7.2 CADH). Adicionalmente la Convención incluye otros aspectos fundamentales para el contenido esencial de este derecho. En primer lugar, encontramos la prohibición de las detenciones o encarcelamientos arbitrarios y el deber de las autoridades de informar a la persona detenida o retenida cuáles son los cargos formulados en su contra. En segundo lugar, se establece que la persona detenida deberá ser llevada, sin demora, ante la autoridad judicial para ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.¹¹⁹⁷

Asimismo, se consagra el *derecho a la protección de la honra y de la dignidad*, con relación a las violaciones que pueda sufrir el ciudadano en el ámbito de su intimidad personal o familiar, y en la inviolabilidad de su domicilio y de sus comunicaciones. Indica el art. 11.2 CADH que «nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación». Con relación a este artículo, la CIDH ha indicado que:

La inviolabilidad del domicilio es una de las garantías implícitas del artículo 8 de la Convención. Este derecho, además de operar como una garantía del derecho a la privacidad, es una garantía del debido proceso en tanto establece un límite legal a la recolección de la prueba incriminatoria de un individuo imputado de un delito. Para el caso que se realice el allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucio-

1197. Numerales 3, 4 y 5 del artículo 7 CADH. Se quiere evitar así que las detenciones se efectúen o prolonguen sin una justificación legal. Así, «toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales» (art. 7.6 CADH).

nales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente.¹¹⁹⁸

Por otro lado, el art. 8 CADH es el que regula las *garantías judiciales* de los ciudadanos. Por su trascendencia para el tema objeto de este estudio, recogemos a continuación su texto íntegro.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

1198. Véase el *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, de 7 de marzo de 2006, párr. 97, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm>; y en el *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, de 31 de diciembre de 2009, párr. 176, disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Seguridad/seguridadindice.sp.htm>. Además, comenta sobre los textos recién citados JUÁREZ, M. G., «La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XVIII, 2012, p. 303.

- concesión al inculgado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - derecho del inculgado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculgado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculgado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Debemos resaltar que el numeral 3 de este artículo señala que «la confesión del inculgado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza». En sentido contrario, las confesiones forzadas, derivadas de acciones coactivas (amenazas, intimidación, malos tratos, torturas, etc.) carecerán de valor probatorio.¹¹⁹⁹

1199. Compartimos el punto de vista de los autores PRADA SOLAESA, J. R. DE/ PÉREZ-CADALSO ARIAS, G. A., *El nuevo Código Procesal Penal y el sistema de garantías judiciales en el Pacto de San José*, Corte Suprema de Justicia de Honduras, Tegucigalpa, 2001, p. 166; quienes comentan que el artículo 8.3 CADH «determina la exclusión de la confesión si hay *coacción de cualquier naturaleza*, lo que ha de entenderse incluye cualquier conducta coactiva aunque no llegue a constituir como tal

En aplicación de la CADH y dentro de su *función contenciosa*, la Corte IDH deberá determinar si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención o bien en otro tratado de derechos humanos que sea aplicable al sistema interamericano. Tanto los Estados Parte como la CIDH tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, pero solo podrán hacerlo una vez que se hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna del país, así como el correspondiente procedimiento ante la CIDH (regulado en los arts. 44 al 50 CADH).¹²⁰⁰

Si tras conocer el caso la Corte IDH determina que sí se violó un derecho, dispondrá que se garantice a la persona lesionada en el goce del derecho que le fue conculcado y, si procede, determinará que se reparen las consecuencias de la situación lesiva y el pago de una justa indemnización a la víctima (art. 63.1 CADH). También podrá adoptar medidas provisionales en supuestos de extrema gravedad y urgencia, es decir, cuando sean necesarias para evitar daños irreparables a las personas.

Además, la Corte IDH también ejerce una *función consultiva*, ya que los Estados pueden formularle consultas sobre la compatibilidad de las normas internas con la CADH o sobre la interpretación de dicha Convención y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano (art. 64 CADH).

tortura o trato cruel, inhumano o degradante». Debemos poner este inciso en relación con el artículo 8.2.g CADH, que consigna el derecho a no autoinculparse y, en el mismo sentido, el artículo 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con relación a este último, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha comentado en su *Observación General No. 13 de 1986, sobre la administración de justicia* que «la ley debería establecer que la prueba obtenida a través de tales métodos [confesiones forzadas, tortura, etc.] o cualquier otra forma de coacción sea completamente inaceptable». Agrega también que «los jueces deberían tener autoridad para considerar cualquier alegación hecha sobre la violación de los derechos del acusado durante cualquier etapa del proceso».

1200. En cambio, los particulares y las organizaciones civiles solo pueden presentar denuncias ante la CIDH, la cual posteriormente, agotado el procedimiento referido en los artículos anteriores, puede presentar el caso ante la Corte IDH. De acuerdo con el artículo 44 CADH, «cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte».

III. NORMATIVA PROBATORIA APLICABLE ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. El procedimiento probatorio

Si bien la CADH establece que la Corte IDH será el tribunal internacional encargado de enjuiciar las violaciones que cometan los Estados contra los derechos y garantías en ella establecidos, el procedimiento a seguir para conocer estos casos está regulado en el Reglamento de la Corte IDH (Reg. Corte IDH).¹²⁰¹

En materia probatoria, el Reglamento establece que la proposición de pruebas se hará en el escrito inicial que presente la CIDH ante la Corte IDH. Así, el art. 35.1 del Reglamento señala que:

El caso será sometido a la Corte mediante la presentación del informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención, que contenga todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas. Para que el caso pueda ser examinado, la Corte deberá recibir la siguiente información:

- (...);
- (...);
- (...);
- copia de la totalidad del expediente ante la Comisión, incluyendo toda comunicación posterior al informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención;¹²⁰²

1201. De acuerdo con el Estatuto de la Corte IDH, Aprobado mediante Resolución n.º 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979: «Artículo 25. Reglamento y Normas de Procedimiento. 1. La Corte dictará sus normas procesales. 2. Las normas procesales podrán delegar en el Presidente o en comisiones de la propia Corte, determinadas partes de la tramitación procesal, con excepción de las sentencias definitivas y de las opiniones consultivas. Los autos o resoluciones que no sean de mero trámite, dictadas por el Presidente o las comisiones de la Corte, serán siempre recurribles ante la Corte en pleno. 3. La Corte dictará también su Reglamento». El Reglamento que actualmente está en vigor fue aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

1202. Cuando no se llegue a una solución amistosa, la CIDH redactará un informe

- las pruebas que recibió, incluyendo el audio o la transcripción, con indicación de los hechos y argumentos sobre los cuales versan. Se hará indicación de las pruebas que se recibieron en procedimiento contradictorio;
- cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos, la eventual designación de peritos, indicando el objeto de sus declaraciones y acompañando su hoja de vida;
- (...).

De igual forma, cuando sea un Estado Parte quien someta el caso a la Corte, deberá presentar un escrito motivado que contendrá la información requerida en el art. 36 del Reglamento. Así mismo, en este escrito debe realizarse el ofrecimiento de pruebas, indicando los hechos y argumentos sobre los que versan las mismas, e incluyendo además la individualización de los declarantes (testigos, peritos, víctimas) y el objeto de sus declaraciones.

La presidencia de la Corte IDH realizará entonces un examen preliminar del sometimiento del caso y, si falta algún requisito, concederá un plazo de 20 días para su subsanación. La presentación del caso debe notificarse al Estado demandado, a la CIDH (si no es ella quien presenta el caso) y a la presunta víctima, sus representantes o el defensor interamericano que le hubiera sido asignado. Ellos contarán con un plazo de dos meses para presentar un escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (art. 40 Reg. Corte IDH).

La Corte solicitará a la Comisión, a las presuntas víctimas o sus representantes, al Estado demandado y, en su caso, al Estado demandante, su lista definitiva de declarantes, en la que deberán confirmar o desistir del ofrecimiento de las declaraciones de las presuntas víctimas, testigos y peritos. Los testigos podrán ser objetados y los peritos recusados dentro de los diez días siguientes a la recepción de la lista definitiva en

sobre el procedimiento que ante ella se haya desarrollado. Dicho informe expondrá los hechos del caso y sus conclusiones, así como las proposiciones y recomendaciones que la Comisión estime necesarias. Se incluirán además las exposiciones verbales o escritas que hayan hecho los interesados. El informe será transmitido a los Estados interesados, pero ellos no estarán facultados para publicarlo.

la que se confirman los declarantes. Excepcionalmente, la Corte podrá aceptar la sustitución de un declarante cuando se solicite de manera fundada y tras haber oído el parecer de la contraparte (arts. 46 al 49 Reg. Corte IDH).

Resueltas las observaciones, objeciones y recusaciones presentadas, la Corte emitirá una resolución en la cual definirá el objeto de la declaración de cada uno de los declarantes. Las declaraciones podrán realizarse ante fedatario público (affidávit) o directamente ante la Corte. La Presidencia de la Corte velará porque las declaraciones y las preguntas que se realicen a los declarantes de la contraparte cumplan el requisito de pertinencia.

El art. 51 del Reglamento determina cómo se celebrará la Audiencia en la que se practicarán los medios de prueba. En este sentido, después de que la CIDH exponga los fundamentos del informe al que se refiere el art. 50 CADH, se llamará a los declarantes convocados a efectos de que sean interrogados. Tanto los testigos como los peritos prestarán juramento o afirmarán que dirán la verdad. En cambio, las presuntas víctimas estarán exentas de prestar juramento. El interrogatorio de los declarantes se realizará conforme establece el art. 52 del Reglamento.¹²⁰³ Concluidos los alegatos, la CIDH presentará sus observaciones finales y los jueces de la Corte podrán pedir la palabra si desean formular preguntas a la Comisión, a las presuntas víctimas o a sus representantes y al Estado. Por otro lado, las presuntas víctimas,

1203. «Artículo 52. Preguntas durante los debates. 1. Los Jueces podrán formular las preguntas que estimen pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte. 2. Las presuntas víctimas, los testigos, los peritos y toda otra persona que la Corte decida oír podrán ser interrogados, bajo la moderación de la Presidencia, por las presuntas víctimas o sus representantes, el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante. 3. La Comisión podrá interrogar a los peritos que propuso conforme al artículo 35.1.f del presente Reglamento, y a los de las presuntas víctimas, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante, si la Corte lo autoriza a solicitud fundada de la Comisión, cuando se afecte de manera relevante el orden público interamericano de los derechos humanos y su declaración verse sobre alguna materia contenida en un peritaje ofrecido por la Comisión. 4. La Presidencia estará facultada para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas».

el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante, podrán presentar sus alegatos finales por escrito en el plazo que determine la Presidencia de la Corte.

2. La inadmisibilidad de la prueba

Adicionalmente al procedimiento probatorio, el Reglamento consigna otras disposiciones específicas sobre la prueba (arts. 57 al 60, relativos a la admisión, las diligencias probatorias de oficio, la prueba incompleta o ilegible y los gastos de la prueba). Con relación a la admisibilidad de los medios probatorios, establece el art. 57.1 del Reglamento:

Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las.

Si bien en esta disposición no se prohíbe de forma general y expresa la admisión de las pruebas que hayan sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, sí se hace una prohibición tácita en cuanto se determina que las pruebas rendidas ante la CIDH y presentadas ante la Corte deben haberse recibido en procedimientos contradictorios. Recordemos que cuando la Comisión somete un caso a la Corte, debe indicar en el correspondiente escrito cuáles son las pruebas que provienen de un procedimiento contradictorio (art. 35.1 e Reg. Corte IDH).

Deberán, pues, inadmitirse aquellas pruebas obtenidas a través de procedimientos que no hayan respetado las garantías de defensa del imputado, por ejemplo, los que se hubieran realizado ante tribunales de excepción. Así, podrían incluirse en este artículo ciertas pruebas prohibidas, sin embargo, su inadmisibilidad no estaría determinada por el hecho de haberse adquirido vulnerando un derecho fundamental, sino que habría que examinar la totalidad del procedimiento interno y determinar si este fue o no contradictorio.

Fuera del Reglamento de la Corte IDH, existe una prohibición probatoria expresa que veda la valoración de aquellas declaraciones que fueron obtenidas a través de actos de tortura. La CIPST,¹²⁰⁴ anteriormente aludida, establece en el art. 10 que:

Ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso, salvo en el que se siga contra la persona o personas acusadas de haberla obtenido mediante actos de tortura y únicamente como prueba de que por ese medio el acusado obtuvo tal declaración.¹²⁰⁵

Con esta norma se prohíbe directamente la utilización a efectos probatorios de las declaraciones realizadas bajo tortura. En otras palabras, no se podrá valorar tales declaraciones en contra de la persona —torturada— que las realizó, con el objetivo de condenarla por la comisión de una infracción penal. Tampoco en los procesos que conozca la Corte IDH podrán valorarse dichas declaraciones en perjuicio del ciudadano que fue torturado (presunta víctima), pero sí podrían valorarse en contra del Estado (demandado) cuyos funcionarios cometieron los actos de tortura.¹²⁰⁶ En general, esta clase de declaraciones únicamente podrá valorarse como prueba en contra de las personas acusadas de haber realizado los actos de tortura.

1204. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su decimoquinto periodo ordinario de sesiones, del 9 de diciembre de 1985, en Cartagena de Indias, Colombia, y entró en vigor el 28 de febrero de 1987.

1205. De igual manera, en la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, y que entró en vigor el 26 de junio de 1987), se establece en el artículo 15 que «todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración».

1206. *Vid.* THIENEL, T., «The Admissibility of Evidence Obtained by Torture under International Law», en *The European Journal of International Law*, vol. 17, n.º 2, 2006, pp. 349-367.

Surge la duda de que si esta prohibición probatoria de la CIPST se refiere exclusivamente a las declaraciones obtenidas a través de la tortura, o si también ha de extenderse a aquellas obtenidas mediante tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹²⁰⁷ La Corte IDH ha interpretado que, a la luz del art. 8.3 CADH, deberá entenderse que están vedadas las declaraciones obtenidas a través de cualquier tipo de coacción.¹²⁰⁸

1207. Analiza este punto NIYAZMATOV, A., «Evidence Obtained by Cruel, Inhuman or Degrading Treatment: Why the Convention Against Torture's Exclusionary Rule Should be Inclusive», en *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, 2011, disponible en http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/44. El autor establece tres vías para abordar este problema, partiendo de la prohibición probatoria establecida en el artículo 15 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Para definir la primera vía, parte del estudio realizado por NOWAK, M./McARTHUR, E., *The United Nations Convention Against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2008. De acuerdo con la teoría de NOWAK, lo que distingue a la tortura de los actos crueles, inhumanos o degradantes es el propósito de la conducta y no su severidad. En este sentido, indica NIYAZMATOV, «no habría necesidad de preocuparse sobre la inclusión de los tratos crueles, inhumanos y degradantes en la regla de exclusión del artículo 15 porque cuando [dichos tratos] sean utilizados para un propósito específico, por ejemplo la extracción de información, se convertirán en tortura y automáticamente estarán prohibidos por la regla de exclusión establecida en el artículo 15» (la traducción del inglés al castellano es nuestra). Por otro lado, NIYAZMATOV analiza el proceso de redacción del artículo 15 de la Convención Contra la Tortura como una segunda vía interpretativa, indicando que la intención de los redactores de esta norma era que la regla de exclusión aplicara únicamente a las declaraciones realizadas bajo tortura, excluyendo así los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Finalmente, el autor propone una tercera vía para abordar esta cuestión, consistente en aplicar los principios generales de derecho. Utilizando un enfoque sistemático, el autor analiza una muestra representativa de 10 países distintos y determina que, a nivel interno, dichos Estados consideran que está prohibida la admisión de pruebas obtenidas a través de tratos crueles, inhumanos y degradantes. NIYAZMATOV concluye que hay un principio general de derecho que es lo suficientemente relevante como para determinar que existe en el Derecho Internacional una regla que prohíbe la admisión de las pruebas, ya sean estas obtenidas bajo tortura o a través de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

1208. FERRER MAC-GREGOR, E., «Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal», en *Revista IIDH*, vol. 59, 2014, pp. 38-40, disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r32981.pdf; comenta cuáles son los elementos más importantes en la jurisprudencia de la Corte IDH, con relación a la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos y degradantes. El autor destaca el deber de excluir las pruebas obtenidas

En la Sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (párr. 166), que en seguida abordaremos, la Corte estableció que:

[...] la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales. Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica solo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar que ‘[l]a confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza’, es decir que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión espontánea de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción.

A continuación examinamos algunas sentencias emblemáticas en donde la Corte IDH ha analizado este asunto, así como la vulneración de otros derechos consignados en la CADH, y su incidencia en la exclusión de los elementos probatorios así obtenidos. Debido a la extensión de las sentencias y a la complejidad de los asuntos (y procedimientos, en general) que conoce la Corte, presentamos para cada caso un breve resumen de los hechos, así como los extractos más relevantes de cada sentencia, que reflejan el análisis y los fundamentos jurídicos relativos a la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales.

ilícitamente, el deber que tiene el Estado de investigar los actos de tortura y el deber de sancionarlos y hacer cumplir las leyes que regulen este tema.

IV. LA EXCLUSIÓN DE PRUEBAS PROHIBIDAS: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. El *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*: Vulneración del derecho a la libertad personal, el derecho a la integridad física y las garantías judiciales¹²⁰⁹

Relatan los hechos del caso que el Ejército mexicano entró en una comunidad del estado de Guerrero para realizar un operativo contra el narcotráfico, en el marco del cual detuvieron a los señores Cabrera y Montiel. Después de mantenerlos detenidos durante varios días, los trasladaron a un batallón y posteriormente presentaron denuncia penal contra ellos por la portación ilegal de armas y la siembra de amapola y marihuana. Tanto Cabrera como Montiel fueron condenados por la jurisdicción penal.

Con relación a este caso la Corte IDH determinó que se vulneraron varios derechos. Por un lado, el derecho a la libertad personal, porque Cabrera y Montiel estuvieron detenidos durante varios días en una zona de alta presencia militar. Dada la falta de remisión sin demora ante la autoridad judicial competente, la detención se convirtió en arbitraria, violando el art. 7.3 CADH. Además, al no informar a los detenidos el motivo de su detención, también se vulneró el art. 7.4 CADH.

Cabrera y Montiel denunciaron que habían sido sometidos a actos de tortura.¹²¹⁰ En la sentencia del caso, la Corte IDH pone de relieve que el Estado debía haber investigado las denuncias de tortura mediante

1209. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C, n.º 220.

1210. De acuerdo con la relación de hechos probados de la sentencia: «Del análisis de dichas declaraciones de los señores Cabrera y Montiel en el transcurso del proceso penal, en términos generales, consta que se denunciaron: i) jalones en los testículos; ii) toques eléctricos; iii) golpes en distintas partes del cuerpo, como los hombros, el abdomen y la cabeza; iv) que fueron vendados y amarrados; v) que fueron situados en forma de cruz según la ubicación del sol; vi) que fueron encandilados por una luz brillante; vii) que recibieron amenazas mediante armas, y viii) que se utilizó el ‘tehuacán’ para introducirles agua gaseosa en las fosas nasales» (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 112).

una investigación independiente de la que se seguía penalmente contra Cabrera y Montiel. Al no hacerlo, el Estado incumplió los arts. 1, 6 y 8 de la CIPST.

En cuanto a las garantías judiciales la Corte determinó que los tratos crueles sufridos por Cabrera y Montiel proyectaron sus efectos en las declaraciones rendidas ante el Ministerio Público, así como en la declaración ante el juez, en las que confesaron haber cometido algunos de los delitos que se les imputaban. La Corte concluyó que los tribunales que llevaron a cabo el proceso penal debieron haber excluido totalmente las confesiones rendidas, ya que la existencia de tratos crueles e inhumanos inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias. A la vista de todo ello se consideró violado el art. 8.3 CADH en relación con el art. 1.1 CADH. Sin embargo, la Corte consideró que no existió violación del derecho a la defensa ni del principio de presunción de inocencia. Con relación a la ilicitud de la prueba, la sentencia señala que:

Al respecto, la Corte ya constató que los señores Cabrera y Montiel fueron objeto de tratos crueles e inhumanos los días en que estuvieron detenidos en Pizotla sin ser remitidos oportunamente ante una autoridad judicial competente (...). De lo anterior, es posible concluir que los señores Cabrera y Montiel fueron objeto de tratos crueles con el fin de doblegar su resistencia psíquica y obligarlos a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas. Los tratos crueles proyectaron sus efectos en las primeras declaraciones rendidas ante el Ministerio Público, así como a la declaración de 7 de mayo de 1999. En consecuencia, el juez de instancia debió valorar este hecho y no descartar de plano los alegatos presentados por las víctimas.

Por el contrario, uno de los fundamentos que utilizaron los jueces de instancia para no excluir la prueba del proceso se basó en que ‘no basta que alguien alegue que fue violentado física o moralmente, para que deba liberársele, puesto que, en principio debe probar que esa violencia existió y luego, demostrar que la misma sirvió de medio para arrancarle una confesión lo cual a lo mucho la invalidaría [...]’.¹²¹¹ Igualmente, el perito Coro-

1211. Igualmente el juez quinto de distrito expresó que «si bien los acusados refieren que al ser detenidos se les inflingieron torturas [...], no menos es verdadero que, con independencia de que según se ha indicado, esa violencia alegada no se demostró

nado indicó que ‘si una confesión alegada de haber sido obtenida mediante tortura no se demuestra en un juicio que efectivamente hay un torturador, la confesión va a pasar’.¹²¹² Como mencionó anteriormente, este Tribunal reitera que la carga probatoria de este tipo de hechos recae en el Estado (...), por lo que no es válido que se argumente que el denunciante no probó plenamente su denuncia para descartarla.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que los tribunales que conocieron la causa en todas las etapas del proceso debieron excluir totalmente las declaraciones ante el Ministerio Público y la confesión rendida el 7 de mayo de 1999, por cuanto la existencia de tratos crueles e inhumanos inhabilitaba el uso probatorio de dichas evidencias, de conformidad con los estándares internacionales anteriormente expuestos. *Por tanto, la Corte declara la violación del artículo 8.3, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los señores Cabrera y Montiel.*¹²¹³

Claramente podemos apreciar que la vulneración de las garantías judiciales y la tortura que se infligió a las víctimas en este caso, con el objetivo de que confesaran la comisión de hechos delictivos, hacen que las pruebas así obtenidas sean prohibidas. La Corte IDH confirma que este tipo de medios debe ser excluido del proceso. Además, reconoce que el efecto reflejo de las primeras confesiones se extiende también a las segundas y que todas ellas son nulas. Asimismo, rebate el argumento del Estado y aclara que la carga de demostrar los hechos de tortura no recae sobre la persona que los denuncia, sino que es el Estado quien debe demostrar si realmente hubo o no tortura. En este aspecto, resulta interesante la puntualización que hace la Corte con relación a la carga de la prueba en los casos de tortura (párr. 134):

en este proceso penal [...] para corroborar las versiones aducidas en sus ampliaciones de declaración preparatoria, en defensa de los acusados, se ofrecieron [varias] pruebas que, sin embargo, [...] son insuficientes para variar el sentido del fallo». *Cfr.* Sentencia emitida el 28 de agosto de 2000 por el Juzgado Quinto de Distrito, nota 75, folio 11220 a 11223 (nota de la sentencia).

1212. *Cfr.* Dictamen rendido por el perito Fernando Coronado Franco en la audiencia pública en este caso (nota de la sentencia).

1213. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párrs. 175-177.

Existe la presunción de considerar responsable al Estado por las lesiones que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales. En dicho supuesto, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados.¹²¹⁴

2. El Caso *Bayarri vs. Argentina*: Vulneración del derecho a la integridad personal y el derecho a no declarar contra sí mismo¹²¹⁵

También en este caso se pronunció la Corte IDH contra la tortura, las penas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, apuntando que sobre estos pesa una prohibición absoluta e inderogable, que rige aun en las circunstancias sociales más difíciles, tales como la guerra, la lucha contra el terrorismo, el estado de emergencia, la inestabilidad política y otras emergencias públicas.¹²¹⁶ En la Sentencia del *Caso Bayarri vs. Argentina* (párr. 83), la Corte estableció:

La tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La prohibición absoluta de la tortura, tanto física como psicológica, pertenece hoy día al dominio del *jus cogens* internacional. La Corte ha entendido que se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato sea: a) intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con cualquier fin o propósito, entre ellos, la investigación de delitos.

1214. Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, nota 119, párr. 111; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, nota 200, párr. 273, y *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*, nota 24, párr. 108 (nota de la sentencia).

1215. Corte IDH, *Caso Bayarri vs. Argentina*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C, n.º 187.

1216. Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, n.º 119, párr. 100; Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C, n.º 110, párr. 111.

De acuerdo con el informe presentado por la CIDH, el señor Bayarri estuvo en prisión preventiva durante casi 13 años debido a una confesión que fue obtenida bajo tortura.¹²¹⁷ Sospechoso del delito de secuestro, su detención se realizó de forma ilegal, ya que los métodos utilizados por los policías federales no respetaron sus derechos fundamentales. El Estado no controvertió estos hechos, sino que indicó que ya habían sido resueltos en el fuero interno a favor de la víctima. Efectivamente, la Cámara de Apelaciones declaró inválida dicha confesión y anuló los actos procesales derivados de la misma. Sin embargo, la Corte IDH procedió a evaluar los hechos y estimó que se había violado tanto el art. 5 como el 8 de la CADH. Además, volvió a enfatizar que cuando existan indicios de tortura a un detenido, el Estado tiene la obligación de investigar de oficio el origen de las lesiones con el fin de procesar a los agentes responsables.¹²¹⁸

Por otro lado, la prolongada detención del señor Bayarri también implicó que el Estado presumía su culpabilidad, por lo cual se vulneró el principio de presunción de inocencia. De esta manera, el Estado violó el art. 8 de la CADH en razón de la coacción a que fue sometido el señor Bayarri para extraerle una confesión de culpabilidad.

Como podemos observar, también en este caso se abordó directamente el tema de la ilicitud probatoria. A pesar de que la confesión ilícita ya había sido anulada por la jurisdicción nacional, la Corte IDH se pronunció al respecto y reconoció que se habían violado los derechos a la integridad y a no confesarse culpable. En este sentido, debemos destacar la remisión que hace la sentencia a la resolución argentina de

1217. De acuerdo con la sentencia: «Los representantes alegaron que durante tres jornadas consecutivas y mientras se encontraba detenido en el centro clandestino conocido como ‘el Olimpo’, Juan Carlos Bayarri fue ‘salvajemente golpeado en diversas partes del cuerpo, luego de ello torturado con la aplicación del suplicio conocido como la ‘picana eléctrica’, así como con un método de tormento denominado ‘submarino seco’ (...). Los representantes señalaron que, una vez trasladado al Departamento Central de Policía, lo amenazaron con posibles daños a sus familiares con el objeto de que se declarara culpable por la comisión de diversos hechos delictivos (...)» (*Caso Bayarri vs. Argentina*, párr. 79).

1218. *Caso Bayarri vs. Argentina*, párrs. 92 al 94.

Apelación, en la cual se anuló la prueba ilícita y las demás pruebas y actos que se derivaban de ella.¹²¹⁹

1219. De acuerdo con la sentencia del *Caso Bayarri vs. Argentina*, párr. 108: «Ya quedó establecido (...) que mediante tortura el señor Bayarri confesó la comisión de varios hechos delictivos. Asimismo, no escapa al conocimiento de este Tribunal que la Sala I de la Cámara de Apelaciones declaró inválida dicha confesión y anuló los actos procesales derivados de la misma, lo que constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de la referida violación a las garantías judiciales cometida en perjuicio de Juan Carlos Bayarri. Debido a ello, la Corte considera oportuno destacar los fundamentos empleados por dicha Sala I al respecto: ‘La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el conocido caso *Montenegro* (Fallos 303:1938) tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la validez de las confesiones de los imputados prestadas bajo tormento. En ese caso la [Suprema] Corte advirtió que existía un conflicto entre dos intereses distintos: por un lado, el interés social de aplicar rápida y eficientemente la ley penal y, por otro, el interés de la comunidad de que los derechos de los individuos no resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley penal. [El] máximo Tribunal se inclinó por la supremacía del interés mencionado en segundo término, sosteniendo: ‘[...] tal conflicto se halla resuelto en nuestro país desde los albores de su proceso constituyente cuando la Asamblea de 1813, calificando al tormento como ‘invención horrorosa para descubrir los delincuentes’ mandó a quemar los instrumentos para aplicarlo [...], decisión que se concretó en la prohibición contenida en el artículo 18 de la Constitución de obligar a alguien a declarar contra sí mismo [...] el acatamiento por parte de los jueces de ese mandato constitucional no puede reducirse a disponer el procesamiento y castigo de los eventuales responsables de los apremios, porque otorgar valor al resultado de su delito y apoyar sobre él una sentencia judicial, no solo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria de un hecho ilícito’. [...] La verificación de la violación de este derecho fundamental impone, en primer término, el deber de separar del análisis del caso todas las piezas de actuación que den cuenta de las manifestaciones que [...] Bayarri [...] pronunció bajo efectos de los apremios, amenazas y tormentos. [...] [A] pocas horas de haberse producido los actos de tortura, en oportunidad de prestar declaración indagatoria en el juzgado, [el señor Bayarri] brindó una versión acorde con lo relatado en las declaraciones testimoniales del personal preventivo [...]. A pesar de ello, [el] dicho prestado por [...] Bayarri no pued[e] ser tenido en cuenta como prueba de confesión dado que de las circunstancias que rodearon a [su declaración] toman inverosímiles las explicaciones de los imputados en cuanto afirman que procedieron a ratificar el contenido de las declaraciones testimoniales del personal policial porque estaban amenazados por los mismos funcionarios que lo torturaron y trasladaron al juzgado a declarar. Es de destacar en este contexto que dicho acto procesal fue llevado a cabo sin la presencia de s[u] defenso[r] letrado, circunstancia que da una pauta de la falta de garantías que rodearon a la [...] declaraci[ón] indagatori[a]. A ello hay que agregarle el particular trato que, según se deduce de la declaraci[ón] recibió en la sede del juzgado. Bayarri, se encontraba con marcas visibles de haber

3. El Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*: Vulneración de las garantías procesales¹²²⁰

La señora Lori Berenson fue acusada de terrorismo y traición a la patria. En 1996 se la juzgó y condenó a cadena perpetua a través de un juicio militar exento de toda garantía procesal. Las infracciones cometidas en dicho procedimiento fueron tantas que no es posible establecer con exactitud el vínculo entre la violación de un derecho fundamental y el resultado probatorio final (detención ilegal, allanamiento a su vivienda, malos tratos, interrogatorio sin asistencia de un abogado y coacción a los testigos, entre otras).¹²²¹

sufrido lesiones de reciente data y, sin embargo, el juzgado de instrucción ordenó que los médicos forenses solo lo revisaran con relación a la alegada dolencia en el oído derecho. [...] Conforme con lo narrado, nos encontramos ante un supuesto de exclusión de prueba obtenida ilegalmente. De acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Estado no puede hacer valer como prueba de cargo aquellos elementos que han sido incorporados a una investigación de manera ilegal, es decir afectando derechos individuales reconocidos constitucionalmente [...]. Además es menester establecer si la legalidad de los mencionados actos acarrea consecuencias más allá de esta misma exclusión. En este supuesto, se debe aplicar la doctrina *del fruto del árbol venenoso*, que postula que no solo se debe excluir la prueba obtenida en forma ilegal sino que igualmente deben dejar de considerarse otras evidencias que se encontraron o que fueron fruto de la información obtenida ilegalmente. Por aplicación de esta regla, que encuentra reflejo legal en lo normado por los artículos 511 y 512 del Código de Procedimientos en Materia Penal, deberán declararse nulos los actos procesales que fueron dictados como consecuencia de l[a] mencionad[a] declarac[ión] indagatori[a]».

1220. Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, n.º 119.

1221. En noviembre de 1995, Lori Berenson Mejía fue detenida por miembros de la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE) de la Policía Nacional del Perú. En sede policial fue interrogada por su presunta vinculación con miembros del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA). Durante los interrogatorios y las diligencias de registro que se realizaron en su domicilio no estuvo presente el abogado de la señora Berenson y tampoco se le informaron los cargos en su contra. En diciembre de 1995 se le tomó declaración instructiva en el fuero militar. La señora Berenson fue exhibida ante la prensa nacional como cabecilla del MRTA. En enero de 1996 el Juez Instructor Militar dio por concluida la investigación y el Fiscal Militar Especial del Ejército para casos de traición a la patria formuló la correspondiente acusación. Poco después se celebró el juicio militar de la señora Berenson ante un tribunal militar «sin rostro». El juicio duró un par de horas y consistió únicamente en la lectura de la

Cuatro años más tarde, el proceso militar fue anulado por la jurisdicción peruana y se realizó un segundo juicio, ahora ante fuero penal ordinario. A este nuevo proceso se incorporaron las pruebas provenientes del enjuiciamiento militar y además se realizaron otras diligencias probatorias. A pesar de que la defensa de la señora Berenson impugnó las primeras pruebas, por haber sido obtenidas de forma ilícita, la Sala Nacional de Terrorismo (competente en el segundo proceso) se negó a excluirlas.

La sentencia de la jurisdicción penal no realizó una valoración individualizada de la prueba que permitiera establecer si los hechos se acreditaron a través de las pruebas ilícitas obtenidas en el proceso militar o gracias a las pruebas —supuestamente «saneadas»— procedentes del proceso penal. Tampoco era posible determinar el vínculo causal o la independencia existente entre las pruebas del primer proceso y las pruebas del segundo.

En su informe, la CIDH denunció las infracciones cometidas en detrimento del art. 8 CADH, tanto en el primer proceso como en el segundo, pronunciándose claramente a favor de la exclusión de las pruebas viciadas. Reproducimos sus argumentos según aparecen recogidos en la Sentencia (párr. 129, puntos 1 y 2):

El Estado violó, en perjuicio de la presunta víctima, el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, tanto en el procedimiento ante el fuero militar como en el juicio tramitado en el fuero penal ordinario, en razón de que:

sentencia. Por tanto, mediante dicha sentencia se le condenó como autora del delito de traición a la patria otorgando la pena privativa de libertad de cadena perpetua, en aplicación de la legislación penal antiterrorista. Berenson permaneció en prisión hasta el 7 de octubre de 1998. En ese período fue sometida al régimen de aislamiento celular continuo durante un año y tuvo varios problemas de salud como consecuencia de la altitud, la mala alimentación que recibía y el frío de la zona. En agosto de 2000 se inició un nuevo juicio en el fuero penal ordinario. La Sala Nacional de Terrorismo emitió sentencia mediante la cual declaró que, al no haberse logrado plena certeza de que la señora Berenson hubiera llegado a asociarse y ser parte integrante de la organización del MRTA, se le condenaba por delito de terrorismo, en la modalidad de actos de colaboración, a 20 años de pena privativa de libertad. La Corte Suprema de Justicia de Perú confirmó la sentencia.

Respecto del procedimiento seguido ante la justicia militar

a) las violaciones a las garantías judiciales de la presunta víctima ‘implicaron afectaciones a la presunción de inocencia, al debido proceso y al derecho a la defensa’, e incidieron en ‘la validez de todas las pruebas recabadas en tal contexto de violaciones a sus derechos humanos’ (...);

d) las pruebas recabadas durante ambas instrucciones, la realizada por el juez instructor militar, y la llevada a cabo por la DINCOTE [Dirección Nacional Contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú], ‘fueron obtenidas de manera ilegítima’. El hecho de que la ‘mayoría de las pruebas haya sido recabada bajo dirección de un juez instructor militar constituy[ó] un vicio *per se* que afect[ó] dichas pruebas’. Estos elementos de prueba fueron integrados al atestado policial de la DINCOTE y valorados en el juicio ante el fuero militar (...);

j) la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 18 de agosto de 2000, así como la del Tribunal Supremo Militar de 24 de agosto de 2000, ‘declararon la nulidad de la sentencia condenatoria [de la señora] Lori Benson en el fuero militar, pero no declararon la nulidad de la instrucción que ahí se adelantó. Más bien, se remitió copia de la instrucción al fuero penal ordinario’ (...); y

Respecto del procedimiento seguido ante la justicia ordinaria

a) No hubo ‘un corte claro y definitivo’ entre el juicio militar y el juicio en el fuero penal ordinario, toda vez que los medios probatorios recabados en aquel tuvieron un «rol probatorio trascendente» en el segundo juicio, ya que ‘constituyeron la base para la apertura de la instrucción» y «fueron el fundamento de [la] condena’ de la presunta víctima;

b) ‘*el estándar del sistema interamericano de derechos humanos debe ser la exclusión de cualquier valor probatorio a pruebas obtenidas en violación a derechos humanos*’. Así como no puede condenarse a una persona si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, ‘con más razón no se le puede condenar si obra contra ella prueba ilegítima, por haberse obtenido en violación a sus derechos humanos’ (...);¹²²² d) ‘en el nuevo juicio no se ordenó instruir todas las pruebas de cargo y defensa, como si se ini-

1222. La cursiva es nuestra. Queremos destacar la posición clara y radical que, a diferencia de la Corte, toma la CIDH como forma de garantizar los derechos fundamentales violentados al obtener las pruebas judiciales de forma ilícita.

ciara el sumario nuevamente. Ello hubiera sido necesario para subsanar las irregularidades procesales que habían viciado el proceso original en sede militar'; e) la sentencia condenatoria de 20 de junio de 2001 no permite distinguir 'entre pruebas recabadas en el juicio militar en violación a los derechos humanos de la señora [Lori] Berenson y pruebas recabadas en dicho fuero que no habrían violado derechos de esta'».

A pesar de los convincentes argumentos esgrimidos por la Comisión, la Corte adoptó una postura diferente. Al igual que en el *Caso Bayarri*, el Estado indicó que no sometía al conocimiento de la Corte los hechos que originaron la ilicitud probatoria, ya que estos habían sido resueltos por la jurisdicción interna a favor de la víctima, es decir que en Perú ya se había anulado ese primer juicio militar que fue el que infringió los derechos de la señora Berenson (al igual que Argentina alegó que ya había anulado los efectos de la confesión de Bayarri). La diferencia es que en el *Caso Bayarri* la Corte volvió a considerar los hechos y declaró que se vulneraron los arts. 5 y 8 CADH y, por el contrario, en el *Caso Berenson* la Corte dijo que no conocería el proceso militar (pero sí lo analizó y dijo que vulneraba la CADH) y luego pronunció su fallo únicamente con relación al proceso penal ordinario, para el cual no reconoció que se hubiera vulnerado el art. 8 CADH. En palabras de la Corte:

El Estado manifestó que 'no somet[ía] a la Corte la cuestión derivada del juzgamiento de [la señora] Lori Berenson Mejía por la jurisdicción militar por terrorismo agravado[, ya que se había declarado] la incompetencia de la jurisdicción militar para procesar a [la señora] Berenson Mejía y [se] derivó el proceso a la jurisdicción ordinaria'. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión y los representantes sometieron posibles violaciones al artículo 8 de la Convención en perjuicio de la presunta víctima en el proceso militar, por lo que la Corte se referirá a estos hechos.¹²²³

Esto significa que la Corte no estaba juzgando los acontecimientos del juicio militar, pero que sin perjuicio de ello se referiría a los hechos.

1223. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. 137.

Tras analizar las distintas situaciones acontecidas en el fuero militar y aceptar que fueron contrarias al art. 8 CADH (no solo en cuanto al derecho a no autoinculparse, sino incluyendo más vulneraciones como la del derecho de defensa, el derecho a interrogar a los testigos y a presentar testigos de descargo, el derecho a un tribunal imparcial, el derecho a un juicio justo, el derecho a ser presumido inocente, etc.), la Corte reiteró que:

Tomando en cuenta las características del procedimiento militar, sobre el que ya se ha pronunciado esta Corte, así como las alegaciones formuladas por la defensa de la presunta víctima acerca del ‘origen presuntamente ilegal de los medios de prueba actuados’ y la ‘inconstitucionalidad del marco normativo vigente’ esta Corte se limitará a mencionar solo las actuaciones realizadas directamente ante los órganos de la justicia ordinaria.¹²²⁴

Por tanto, no importaba cuáles y cuántas vulneraciones se hubieran cometido en el primer proceso, en el cual se originó la prueba, porque lo que estaba juzgando la Corte era el segundo proceso. Así, la Corte IDH resolvió el asunto de las pruebas ilícitas del *Caso Berenson* de la siguiente forma:

Al analizar, en su integridad, el proceso seguido en el fuero ordinario, se aprecia que en este fueron presentados elementos de prueba provenientes del juicio militar, así como elementos de prueba recabados directamente ante la jurisdicción ordinaria. La Corte considera que las pruebas del primer grupo son inadmisibles, tomando en cuenta las circunstancias en que se produjeron. Al mismo tiempo este Tribunal advierte que existe, como se ha dicho y acreditado, material probatorio aportado en el curso del proceso ordinario, conducente a establecer los hechos materia del juicio y la sentencia correspondiente. Desde luego, la Corte no se pronuncia acerca de la eficacia de dichas pruebas en el caso concreto, asunto que corresponde a la jurisdicción interna (...).

Por lo tanto, la sentencia dictada en el juicio ordinario que condenó a la señora Lori Berenson (...) se formuló conforme al criterio de valoración de

1224. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. 171.

la prueba y motivación de hecho consagrado en la legislación peruana. La Corte Interamericana no se pronunciará sobre la elección de dicho sistema de apreciación de la prueba que guarda estrecha relación con el que se observa en el juicio por jurado adoptado en diversos ordenamientos (...).

En virtud de lo expuesto, esta Corte considera que no se ha comprobado que el Estado violó el artículo 8.2.b), c) y d) de la Convención en perjuicio de la presunta víctima en relación con el juicio seguido en su contra en el fuero ordinario.¹²²⁵

Finalmente, a la luz de todo ello y tras analizar la violación de otros artículos de la CADH (arts. 1.1, 5.1, 5.2, 5.6, 7 y 9), la Corte IDH determinó que sí se había vulnerado el art. 8 CADH (8.1, 8.2, 8.2 b), c), d), f) y h) y 8.5 CADH). Estableció algunas obligaciones para el Estado y ciertas compensaciones para la señora Berenson, pero no anuló su condena y tampoco ordenó su liberación.

A nuestro parecer, la posición de la Corte con relación a la ilicitud probatoria no ha sido congruente en este caso. No comprendemos como puede aceptar, por un lado, que el primer proceso estuvo plagado de infracciones a los derechos de la señora Berenson y, por otro lado, decir que en el segundo proceso no hubo lesiones a las garantías procesales, especialmente después de que admite que las pruebas del primer juicio (cuya ilicitud reconoce expresamente) han sido incorporadas al segundo. En materia de exclusión probatoria, a la luz de la teoría de los frutos del árbol envenenado, esta situación carece de sentido lógico. La nulidad de las primeras pruebas tendría que haber conllevado la nulidad de las segundas. El debido saneamiento del proceso habría exigido la desvinculación total entre las pruebas de ambos juicios, de forma que en la jurisdicción penal se tendrían que haber utilizado únicamente pruebas nuevas. Sin embargo, consta en la sentencia que en el juicio penal se utilizaron las pruebas del proceso militar, que definitivamente estaban viciadas en su origen.

Por ello, concordamos más bien con el voto disidente planteado por la jueza Medina Quiroga, con relación al tratamiento que debió haber

1225. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párrs. 174, 179 y 181, correspondientemente.

dado la Corte IDH a las pruebas ilícitas que figuran en el *Caso Berenson*. Referimos algunos fragmentos de este enriquecedor texto:¹²²⁶

En este voto, me remitiré a analizar un punto primordial de las fallas que estimo existen en el segundo proceso seguido a la señora Berenson: el de las pruebas que se admitieron en él. Esta Corte ha decidido que en el proceso seguido contra la señora Berenson ante el fuero militar se violaron las letras *b)*, *c)*, *d)* y *f)* del artículo 8.2 de la Convención. Una consecuencia lógica de ello es que las pruebas existentes en ese proceso no tienen para esta Corte validez (...).

Por otra parte, aparece claramente en este caso que se allegaron al proceso ante el fuero común pruebas recogidas en el proceso ante el fuero militar, que son para esta Corte inválidas (...).

La defensa de la señora Lori Berenson objetó la validez de estas pruebas de diversos modos, uno de los cuales fue el pedir que se trajera al juicio ante el juez ordinario el expediente ante el fuero militar ‘a efectos de verificar el cumplimiento procesal de las normas del debido proceso y las actuaciones a nivel judicial y del fuero militar (...)’.

Con respecto al cuestionamiento de la defensa de los medios de prueba traídos del juicio primero, la Sala Nacional de Terrorismo señaló que ‘sin embargo, a pesar de que la investigación policial se desarrollaba en paralelo con la investigación jurisdiccional del Fuero Militar, en ella se cumplían las normas legales vigentes las que aun si fueran extremadamente limitantes y abusiva su aplicación, no estaríamos frente a la prueba prohibida sino a defectos probatorios que deben ser serenamente evaluados dentro del marco de constitucionalidad’, agregando como fundamento que ‘la autoridad policial actuó con la convicción de un debido cumplimiento legal, pero bajo un control jurisdiccional que tenía que ejercer el Fuero Militar’ (...). Estas consideraciones llevaron a esa Sala a sostener que no renunciaba a sus facultades de calificación de legalidad para decidir los medios de prueba que podían o no ser incorporados al proceso.

Después de esas aseveraciones, no hay nada en la sentencia de la Sala Nacional en el sentido de que excluya esas pruebas de sus consideraciones para decidir la culpabilidad de la señora Berenson. Por el contrario, todo

1226. Voto disidente de la Jueza Medina Quiroga en la Sentencia del *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, respecto del artículo 8 en relación con el juicio seguido ante el fuero común, párrs. XVI al XXV.

indica que se reservó el derecho de utilizarlas porque solo tenían defectos probatorios y no era ‘prueba prohibida’.

Teniendo todo esto en consideración, no puedo estar de acuerdo con el hecho de que la Corte expresara que ‘[t]omando en cuenta las características del procedimiento militar, sobre el que ya se ha pronunciado esta Corte, así como las alegaciones formuladas por la defensa de la presunta víctima acerca del ‘origen presuntamente ilegal de los medios de prueba actuados’ y la ‘inconstitucionalidad del marco normativo vigente’ [...ella...] se limitará a mencionar solo las actuaciones realizadas directamente ante los órganos de la justicia ordinaria’. Una separación de las pruebas de esta manera lleva implícita la idea de que la Corte Interamericana tenía la facultad y estaba en condiciones de distinguir entre pruebas que se usaron para decidir la condena de la señora Berenson y las que no se tomaron en consideración y que podía, entonces, decidir que habiéndose recurrido solo a pruebas válidas, el proceso ante el fuero común no violaba el artículo 8 de la Convención.

Disiento de esto por dos razones. La primera es que estimo que la Corte no tiene facultades para distinguir entre pruebas y llegar a la conclusión de que para decidir la culpabilidad de la señora Berenson solo se utilizaron en la sentencia de la Sala Nacional de Terrorismo las pruebas del proceso ante el fuero común. Esto constituye, en mi opinión, una transformación de la Corte Interamericana en un tribunal de cuarta instancia, lo que no le está permitido, tanto por las normas que la rigen como por su propia jurisprudencia ya mencionada. La segunda razón es que hacer ese ejercicio de distinción en este caso es imposible, dada la manera cómo se estructura la sentencia penal en el Perú, que no señala taxativamente los medios de prueba que se utilizan para llegar a concluir qué hechos se dan por probados y cuáles no.

*Estimo, en consecuencia, que el Estado violó el artículo 8.2 de la Convención Americana al permitir la introducción de pruebas en el proceso ante el fuero común que no eran válidas por no haberse cumplido con las exigencias mínimas de dicha disposición; que debió declararse que, adolecido el segundo juicio realizado en contra de la señora Berenson de una falla substancial en materia de debido proceso, la sentencia no tenía validez y la prisión de dicha señora carecía de justificación. La reparación debió haber sido la liberación de la señora Berenson.*¹²²⁷

1227. La cursiva es nuestra. Suscribimos completamente la opinión de la jueza

4. El *Caso Escher y otros vs. Brasil*: Vulneración del derecho a la honra y la dignidad¹²²⁸

Los hechos del presente caso acontecieron en 1999, en el período de conflicto social causado por la reforma agraria que se realizó en varios estados de Brasil. En este contexto, la Policía Militar del estado de Paraná interceptó las líneas telefónicas de varios miembros de las organizaciones COANA y ADECON.¹²²⁹ Las intervenciones se realizaron supuestamente como parte de una investigación criminal en la que se indagaba la desviación de fondos públicos y un homicidio. Sin embargo, existieron múltiples irregularidades que llevaron a la Corte a estimar que se había vulnerado el art. 11 CADH.

En primer lugar, las intervenciones fueron autorizadas por una autoridad diferente a la que estaba realizando la investigación criminal.¹²³⁰ Además, la decisión que avaló las escuchas «no fue debidamente fundada, no indicó la forma en que debió haberse llevado a cabo la diligencia, ni el plazo durante el cual debió extenderse la misma»,¹²³¹ tampoco se notificó al Ministerio Público, según exigía la legislación interna aplicable. Las escuchas tuvieron una duración mayor a la legalmente

MEDINA QUIROGA y coincidimos con que este debería haber sido el fallo de la Corte IDH en el Caso de Lori Berenson.

1228. Corte IDH, *Caso Escher y otros vs. Brasil*, (*Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C, n.º 208.

1229. Se trataba de la *Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.* y la *Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais*. La primera tenía como objetivo el desarrollo comunitario y la integración de sus asociados a través de actividades culturales, deportivas y económicas, mientras que la segunda buscaba integrar a los agricultores en la promoción de las actividades económicas comunes y en la venta de los productos. Las dos organizaciones compartían el objetivo común de promover la reforma agraria (*Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 88).

1230. Ni siquiera se notificó a la policía civil de *Querência do Norte*, encargada de la investigación del caso, sobre la realización de las escuchas. Los resultados de las intervenciones tampoco fueron utilizados como pruebas en la causa penal. Por el contrario, se procuró conseguir otro tipo de información que luego fue difundida a la prensa, de manera que parecía que las injerencias se realizaron más bien por motivos políticos y no para la averiguación de los hechos delictivos referidos.

1231. *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 119.

permitida y sus resultados fueron facilitados a varios medios de comunicación, que luego los hicieron públicos. Con todo ello, la Comisión indicó en su informe que las intervenciones telefónicas, la resolución que las autorizó y su implementación «fueron ilegales, ilegítimas e inválidas».¹²³²

Este caso es relevante porque nos da a conocer la posición de la Corte IDH con relación a la obtención de elementos probatorios en contravención de los derechos amparados por el art. 11 CADH. Para comenzar, en la sentencia del caso la Corte describe el contenido de dicho precepto de la siguiente forma:

El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que ‘el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública’.¹²³³

Como esta Corte ha señalado anteriormente, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. El artículo 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las

1232. *Idem.*

1233. *Cfr. Caso de las Masacres de Ituango*, nota 48, párr. 194; *Caso Escué Zapata vs. Colombia*, párr. 95, y *Caso Tristán Donoso*, nota 9, párr. 55 (nota de la sentencia).

conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación.¹²³⁴

También estableció la sentencia que «el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (...)». En este sentido, la función de la Corte IDH consiste en examinar si tales injerencias se han realizado en los términos del art. 11 CADH. Entonces, «para que resulte conforme a la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: *a*) estar prevista en ley; *b*) perseguir un fin legítimo, y *c*) ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de alguno de dichos requisitos implica que la injerencia es contraria a la Convención».¹²³⁵ Con relación al primer requisito, la legalidad de la injerencia, la Corte señaló que:

Las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.¹²³⁶

Además, la sentencia explica que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan restringir los derechos fundamentales de las personas deberán estar debidamente motivadas, por tanto:

[...] deben exponer, a través de una argumentación racional, los motivos en los cuales se fundan, teniendo en cuenta los alegatos y el acervo probatorio aportado a los autos. El deber de motivar no exige una respuesta

1234. *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párrs. 113 y 114.

1235. *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párrs. 116 y 129.

1236. Continúa diciendo que la ley que regule la interceptación telefónica «debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos» (*Caso Escher y otros vs. Brasil*, párrs. 130 y 130).

detallada a todo argumento señalado en las peticiones, sino puede variar según la naturaleza de la decisión. Corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha. En los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión.¹²³⁷

Por otro lado, la Corte IDH resalta la importancia de reservar para la investigación criminal la información recabada a través de las intervenciones.¹²³⁸ En este caso se vulneró también la intimidad de las personas afectadas, ya que el contenido de las escuchas se hizo público.

En materia de exclusión probatoria debemos resaltar algunos puntos analizados en este caso. En primer lugar, se trata de escuchas que fueron obtenidas como *fuentes* de prueba, pero que nunca llegaron a ser usadas como *medios* de prueba para demostrar la supuesta malversación de fondos públicos y el homicidio. A diferencia de los casos anteriores, los elementos impugnados en este no han servido para condenar a una persona ni para privarla de su libertad. En otras palabras, en el *Caso Escher* la Corte analiza la ilicitud en la obtención de las fuentes y no la exclusión de medios probatorios propiamente dichos. Lo importante es que en la sentencia se expone la necesidad de anular unas diligencias que vulneraron los derechos fundamentales de varios ciudadanos y así la Corte va sentando jurisprudencia que se podrá aplicar en futuros casos de ilicitud probatoria. En segundo lugar, el *Caso Escher y otros vs. Brasil* nos permite ver cómo la Corte IDH resuelve factores importantes

1237. *Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 139.

1238. «En términos generales, la Corte considera que guardar secreto de las conversaciones telefónicas interceptadas durante una investigación penal es un deber estatal: a) necesario para proteger la vida privada de las personas sujetas a una medida de tal naturaleza; b) pertinente para los efectos de la propia investigación, y c) fundamental para la adecuada administración de justicia. En el presente caso, se trataba de información que debía permanecer solo en conocimiento de un reducido número de funcionarios policiales y judiciales y el Estado falló en su obligación de mantenerla con el resguardo debido» (*Caso Escher y otros vs. Brasil*, párr. 162).

relativos al tratamiento de las pruebas prohibidas (como la posibilidad de restringir judicialmente los derechos consagrados en la CADH, la forzosa aplicación del principio de proporcionalidad y la necesidad de realizar una adecuada ponderación de los intereses en juego).

V. CRITERIOS DE EXCLUSIÓN PROBATORIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Tras analizar cuatro casos emblemáticos sobre la exclusión de pruebas prohibidas, hemos observado que el tratamiento que la Corte da a estas pruebas difiere de manera importante dependiendo del derecho que se considere violentado. En este sentido, la Corte ha sido más estricta cuando se trata de pruebas obtenidas vulnerando el *derecho a la integridad personal*. En el caso de las declaraciones realizadas bajo tortura, sabemos que existe una prohibición probatoria expresa establecida en el artículo 10 CIPST. Así, en el *Caso Bayarri*, y en el *Caso Cabrera y Montiel*, en donde las víctimas fueron torturadas y forzadas a declarar en perjuicio propio, la Corte estimó que se había vulnerado el derecho a la integridad personal y que por tanto eran nulas las confesiones así obtenidas.

En cambio, cuando se trata de la vulneración de *otros derechos humanos*, como la inviolabilidad de las comunicaciones o del domicilio, la intimidad personal y las garantías judiciales, la postura de la Corte difiere dependiendo de distintos factores (por ejemplo, la gravedad de la infracción, el tratamiento que se haya dado a las pruebas prohibidas en los procesos internos y la valoración del proceso en su conjunto). En estos supuestos la Corte no ha querido invalidar la prueba basándose únicamente en la manera en que se obtuvo, sino que procede a analizar el proceso de forma global para determinar si este fue o no justo. En este contexto, no deja de sorprendernos la sentencia del *Caso Berenson* en la cual, pese al claro quebrantamiento de las garantías procesales en la obtención de las pruebas, la Corte no anuló la condena que se sustentaba en los elementos probatorios ilícitos, sino que concedió a la víctima reparaciones de tipo económico.

Para analizar el tratamiento de la prueba prohibida en los procesos que conoce la Corte IDH debemos *tomar en cuenta las normas aplicables*. Hemos podido apreciar que, no obstante la falta de regulación expresa sobre la exclusión de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, podemos encontrar en la CADH, en el Reglamento de la Corte y en otros instrumentos interamericanos algunas prohibiciones probatorias, tanto implícitas como explícitas.

En primer lugar, el art. 8.3 CADH señala que «la confesión del inculgado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza», de manera que las confesiones forzadas carecerán de valor probatorio. También el art. 10 CIPST establece que «ninguna declaración que se compruebe haber sido obtenida mediante tortura podrá ser admitida como medio de prueba en un proceso». Por otro lado, el Reglamento de la Corte indica en el art. 57.1 que «las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetir las». En este sentido, la Comisión se encarga de recibir y analizar las denuncias que atribuyan a un Estado la violación de los derechos consignados en la CADH y, posteriormente, si no se llega a una solución amistosa, puede someter los casos a la Corte IDH. Las pruebas que reciba la Comisión serán incorporadas al expediente del caso que se remita a la Corte, debiendo indicarse cuáles son las que provienen de procedimientos contradictorios.

Además de estas normas, el régimen de exclusión probatoria de la Corte IDH tiene que complementarse con el mandato de protección de otros derechos sustantivos y procesales consignados en la CADH. A través del art. 1.1, los Estados Parte de la Convención «se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción». Entre esos derechos podemos destacar, con relación al tema que estudiamos, el derecho a la integridad personal (art. 5 CADH), el derecho a la libertad personal (art. 7 CADH), las garantías judiciales (art. 8 CADH) y la protección de la honra y la dignidad (art. 11 CADH, que incluye el derecho a la intimidad personal y familiar, así como la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones). Los Estados deberán respetar

estos derechos al obtener las fuentes de prueba y también al enjuiciar los casos en donde se pretenda hacer valer una prueba prohibida.

Adicionalmente, el art. 2 CADH establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno que ayuden a garantizar la eficacia de los derechos fundamentales consignados en la Convención. Recordemos que de acuerdo con este artículo:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Por tanto, los Estados Parte deben regular a través del derecho interno cuáles son los mecanismos para proteger los derechos fundamentales. Esto incluye las garantías que deben cumplirse al momento de restringir estos derechos por motivo de una investigación judicial, así como otras garantías de tipo procesal, como la exclusión de las pruebas prohibidas, que tiendan a garantizar la eficacia real de los derechos en cuestión.

Otro parámetro esencial a tomar en consideración es la *naturaleza internacional de la jurisdicción de la Corte IDH*. Este factor es determinante para fijar el régimen de exclusión aplicable, ya que como establece su jurisprudencia, las normas y principios procesales han de aplicarse de manera más «flexible e informal» en el ámbito internacional,¹²³⁹

1239. De acuerdo con la sentencia de la Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, (Fondo)*, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, n.º 4, párrs. 132-134: «El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables, automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos. Esto, que es válido en general en los procesos internacionales, lo es más aún en los referentes a la protección de los derechos humanos. En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones».

especialmente cuando un particular se enfrenta contra un Estado por la violación de un derecho fundamental.¹²⁴⁰ En la Sentencia del *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (párr. 58), la Corte señaló que:

El sistema procesal es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades,¹²⁴¹ sin que por ello deje la Corte de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes. Este proceso, por ser tramitado ante un tribunal internacional, y por referirse a violaciones a los derechos humanos, tiene un carácter más flexible e informal que el seguido ante las autoridades internas.¹²⁴²

Por otra parte, la Corte IDH no puede convertirse en una instancia más del proceso iniciado a nivel nacional.¹²⁴³

1240. ROCHA DE ASSIS MOURA, M. T./COELHO ZILLI, M. A./MONTECONRADO GHIDALEVICH, F. G., «Provas ilícitas e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Relatório — Brasil 2009», en *Sistema Americano de protección de los derechos humanos y Derecho penal Internacional*, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho penal Internacional, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2010, p. 327, comentan que «a liberdade na produção e na valoração do material probatório é uma característica marcante no processo conduzido perante a Corte IDH, como revela o seu próprio regulamento. Com efeito, não há regras de exclusão probatória informadas pelo emprego de meios ilícitos de obtenção. Ao contrario: há uma clara flexibilidade do procedimento probatório e dos limites de tolerância, o que, diga-se de passagem, atende às próprias expectativas que cercam uma Corte internacional desenhada para a proteção dos direitos humanos. Afinal, o que se almeja é a responsabilização internacional dos Estados por tais práticas, o que não seria alcançado caso se exigisse o mesmo rigor formal que é imposto aos processos nacionais».

1241. Cfr. *Caso Juan Humberto Sánchez*. *Interpretación de Sentencia*, nota 6, párr. 42; *Caso 19 Comerciantes*. *Excepciones Preliminares*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C, n.º 93, párr. 35; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, n.º 74, párr. 67; y *Caso 'La Última Tentación de Cristo' (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, n.º 73, párr. 51 (nota de la sentencia).

1242. Cfr. *Caso Maritza Urrutia*, nota 5, párr. 48; *Caso Juan Humberto Sánchez*. *Interpretación de Sentencia*, nota 6, párr. 42; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 5, párr. 120; y *Caso Bulacio*, nota 6, párr. 42 (nota de la sentencia).

1243. «Teniendo esto en consideración, la Corte Interamericana, así como todos los demás órganos de supervisión internacional, han tenido y tienen un extremo cuidado en no transformarse en otra instancia, restringiendo su labor a asegurarse de que el procedimiento en el ámbito nacional haya cumplido escrupulosamente con las obligaciones

Las facultades de la Corte para la revisión de los procesos nacionales son limitadas. Cuando un asunto llega a la Corte, ha sido ya resuelto por los tribunales nacionales. Estos tribunales han conocido del caso y recogido las pruebas del mismo de manera inmediata y, por lo tanto, no es permisible que el órgano internacional, que tiene una intervención *a posteriori* y que no participa de manera directa y personal en la recolección de la prueba, pueda reevaluar la prueba y juzgar el caso nuevamente.¹²⁴⁴

Las facultades de la Corte en cuanto a la valoración de la prueba se limitan a conocer si se ha producido una vulneración de los derechos consignados en la CADH. Para ello deberá valorar la prueba conforme a su experiencia, de acuerdo con los criterios de la lógica y la sana crítica, aplicando los principios de igualdad procesal y contradicción.

La Corte ha señalado anteriormente, en cuanto a la recepción y la valoración de la prueba, que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que las actuaciones judiciales internas, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites trazados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal de las partes. Además, la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por viola-

que impone el artículo 8 de la convención. La Corte, luego, no evalúa nuevamente la prueba del juicio cuestionado, para decidir, por ejemplo, que un acusado en un juicio penal es inocente; lo que examina es si los tribunales nacionales que decidieron el caso eran independientes e imparciales, si han respetado la obligación de, *inter alia*, otorgar un tiempo y condiciones adecuadas para la defensa y dar a la parte la posibilidad de objetar las pruebas que se presenten en su contra; en suma, si ha habido una infracción de las normas procesales básicas establecidas en el artículo 8» (Voto disidente de la jueza Medina Quiroga en la sentencia del *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. xv).

1244. Pasaje extraído del voto disidente de la jueza Medina Quiroga en la sentencia del *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. xiv.

ción de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia.¹²⁴⁵

De esta forma, cuando se examine la posibilidad de valorar una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, la Corte IDH no considera aisladamente la prueba espuria, sino que analiza el proceso en su conjunto para determinar si este —incluyendo la incorporación de la prueba— fue o no justo. De acuerdo con la sentencia del *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú* (párr. 133):

El Tribunal ha establecido que '[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos',¹²⁴⁶ para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención.¹²⁴⁷

Resta hacer la matización de que es posible *distinguir dos supuestos diferentes de ilicitud probatoria* frente a la Corte IDH. Por un lado, encontramos las pruebas que se obtuvieron de forma ilícita en los procesos nacionales y que han sido impugnadas durante años en las distintas instancias de la jurisdicción interna hasta llegar al conocimiento de la Corte Interamericana. Son diligencias o pruebas que se obtuvieron vulnerando los derechos fundamentales consignados en la CADH y que por eso constituyen el objeto (o uno de los hechos) de

1245. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, párr. 41; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, párr. 64.

1246. *Cfr. Caso Herrera Ulloa*, nota 4, párr. 146; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 234, párr. 200; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 210, párr. 120 (nota de la sentencia).

1247. *Cfr. Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 210, párr. 120; *Caso Bámaca Velásquez*, nota 210, párr. 189; y *Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 222 (nota de la sentencia).

la denuncia que se presenta ante la CIDH, como hemos visto en los procesos de Cabrera y Montiel, Bayarri, Berenson y Escher. En estos casos la Corte se ha mostrado más anuente a tutelar los derechos fundamentales de la víctima que, en un contexto social agitado, fueron vulnerados por el Estado.

Un segundo supuesto se refiere a pruebas ilícitas que no se generan en el fuero nacional, sino una vez que el caso llega a la CIDH. Los hechos que provocan la ilicitud no son ahora los hechos que constituyen el objeto del proceso, sino que se trata de pruebas más recientes que fueron generadas precisamente para ser presentadas ante la Comisión o la Corte IDH. Este segundo grupo de casos ha recibido menos atención de la Corte, que usualmente termina admitiendo las pruebas (supuestamente ilícitas) presentadas por la víctima, la parte «débil» del proceso. Así sucede, por ejemplo, en el *Caso Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*, en el que el Estado alegó que la defensa de la víctima había obtenido de manera ilícita unas copias fotostáticas del proceso penal. No consta en la sentencia que se haya demostrado dicha ilicitud y la Corte indica que no renunciará a tales pruebas «en aras de meras formalidades» (insinuando que la aplicación de la RE sería, en este contexto, una formalidad que perjudicaría el derecho de defensa y de prueba de la víctima).¹²⁴⁸ Los documentos no fueron excluidos en este caso, sino que se incorporan junto con el resto del acervo probatorio.

VI. CONCLUSIÓN

Dado que la Corte IDH es un tribunal internacional, cuya misión es garantizar la eficacia de los derechos humanos consignados en la CADH frente a las violaciones cometidas por los Estados Parte, la aplicación que hace de las normas procesales tiende a ser más flexible y menos formalista. En la búsqueda de la verdad sobre los hechos, se procura que exista un equilibrio entre los medios de defensa de ambas partes, tomando en cuenta que el Estado usualmente tiene el monopolio de las

1248. *Caso Hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú*, párrs. 57 al 59.

pruebas y que es la víctima quien, como particular, busca la protección de sus derechos ante la Corte.

Al existir una prohibición de valoración expresa en el art. 10 CIPST, la Corte es más estricta cuando se trata de excluir declaraciones obtenidas a través de la tortura. También anula las pruebas obtenidas a través de otro tipo de coacciones, en virtud de lo establecido en el art. 8.3 CADH.

En cambio, la Corte aplica con mayor flexibilidad la Regla de Exclusión cuando se trata de la vulneración de otro tipo de derechos (arts. 7, 8 y 11 CADH). En estos casos, toma en cuenta el tratamiento que el Estado haya dado ya a esas pruebas en los procesos internos, es decir si se reconoció la vulneración del derecho y si se excluyeron las pruebas o, en cambio, si fueron tomadas en cuenta para fundamentar una condena penal. La Corte examina el proceso en su conjunto para saber si las pruebas impugnadas se obtuvieron en procedimientos contradictorios y, además, analiza si al restringir los derechos se respetaron los correspondientes requisitos de legalidad y proporcionalidad, así como si se emitió una autorización judicial debidamente motivada.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LOS FALLOS DE LA CÁMARA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE GUATEMALA

LIC. WENDY JOHARA MALDONADO URBINA
Exsecretaria técnica del Dr. César Barrientos
Abogada

Este tema ha sido abordado desde diversos puntos de vista, en los que algunos autores han concluido en propuestas de planteamientos de aclaración a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación a algunos aspectos, ello se considera que, por ser un tema joven en cuanto a su aplicación en el ámbito internacional. Esas aclaraciones como la experiencia que vaya teniendo cada uno de los Estados Parte contribuirán a su efectiva aplicación.

Por lo anterior, acá se tratarán en primer lugar, generalidades para su aplicación en una forma sencilla, tal como lo comprendieran y aplicaran históricamente los magistrados que integraron la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia en Guatemala, por iniciativa del que fuera su presidente en el período de 2009-2013, magistrado César Ricardo Barrientos Pellecer, quien demostró que lo que se requiere para mejorar los sistemas de justicia es tener el conocimiento y la voluntad de aplicarlo para generar los cambios necesarios. Así, en segundo lugar, se darán a conocer dos fallos del Tribunal de Casación.

Para el efecto, se tuvo presente la normativa internacional que permite concluir en la obligatoriedad de los Estados Parte de aplicar el control de convencionalidad, conscientes que, al asumir su compromiso, la inobservancia conlleva responsabilidad internacional para los referidos Estados. La Carta de la Organización de los Estados Americanos¹²⁴⁹ —con sus reformas— forma parte del marco normativo del sistema interamericano de derechos humanos, por lo que se considera importante mencionar que, desde su suscripción, los Estados firmantes establecieron como uno de los objetivos *lograr un orden de paz y de justicia*, en los Estados y entre ellos.

El art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto a la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar los derechos establece: «Los Estados Parte en esta Convención *se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (la cursiva es nuestra).

Asimismo, el art. 2, de la referida Convención, en relación al deber de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, regula: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*» (la cursiva es nuestra).

En esa misma línea, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece en su art. 26 el principio de *Pacta sunt servanda*, que refiere que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, de igual forma el art. 27 regula que todo

1249. Carta de las Naciones Unidas de la Organización de los Estados Americanos y sus enmiendas, 1945, San Francisco, California, Estados Unidos.

Estado *debe cumplir de buena fe las obligaciones internacionales que ha adquirido*, no pudiendo alegar el incumplimiento de un tratado en aplicación de su normativa interna.

De los artículos citados, además, de concluir con la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad, está la obligación de los Estados Parte de encontrar avenencia de su normativa interna con la de la Convención porque existe un compromiso de cumplimiento de buena fe de esa obligación, así como el compromiso de respetar y garantizar a las personas los derechos en ella contenidos desde el momento que hay un libre consentimiento, por parte de los Estados, de aceptarlos.

Asimismo, cabe mencionar que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, ha referido, en diversos casos, como en el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,¹²⁵⁰ en su Considerando 125, «esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno».

Para Juana María Ibáñez Rivas,¹²⁵¹ «el «control de convencionalidad» es definido como una herramienta jurídica de aplicación obligatoria *ex officio* por los órganos del Poder Judicial, complementaria al control de constitucionalidad, que permite garantizar que la actuación de dichos órganos resulte conforme a las obligaciones contraídas por el Estado respecto del tratado del cual es parte».

Según Néstor Pedro Sagüés,¹²⁵² el control de convencionalidad «es un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales», si lo vemos así, notamos que su aplicación permite que se llegue a cumplir con los objetivos que contenidos en la normativa internacional para tener una única

1250. Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, n.º 154, párr. 125.

1251. Ibáñez Rivas, Juana María, «Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario de Derechos Humanos 2012*. www.anuariodch.uchile.cl.

1252. Sagüés, Néstor Pedro, «Obligaciones internacionales y control de convencionalidad». *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 1, 2010, pp. 117-136. ISSN 0718-0195.

visión — universal [...] en cuanto a los derechos humanos se refiere, se trata de un proceso de integración en materia de derechos humanos—.

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos refirió en diversos casos lo que es el control de convencionalidad, en los que se puede verificar su desarrollo y evolución, así en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*,¹²⁵³ se refiere a una «especie de control». En el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* referido por Juana María Ibáñez,¹²⁵⁴ la Corte ya es enfática en un control de convencionalidad, indicando como algunas características: «i) es de aplicación *ex officio* por parte de los órganos del Poder Judicial, «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes». En ese sentido, «[e]sta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones»; ii) es complementario al «control de constitucionalidad», de manera que se debe aplicar además del citado control al que están obligados los órganos del Poder Judicial por su propia legislación interna y; iii) es de aplicación también en un eventual «contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales».

En 2010, en la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores contra los Estados Unidos Mexicanos, la Corte adicionó algunos preceptos en cuanto al control de convencionalidad refiriendo: «Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas

1253. Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros*, *op. cit.*, párr. 124.

1254. Ibáñez Rivas, Juana María, «Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *op. cit.*, p.107.

a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluido sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana».¹²⁵⁵

Del control de convencionalidad, en general, se ha abordado suficiente para que los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos den el paso de su aplicación, teniendo la claridad del compromiso que han asumido al ratificar esa Convención. En el caso de Guatemala, se han tenido avances significativos en la aplicación del control de convencionalidad se tiene como ventaja, por llamarle así, lo que bien manifestara el Dr. César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer:¹²⁵⁶ «La regulación de la casación en Guatemala y el orden jurídico nacional e internacional permiten sin cambios legislativos avanzar en cumplimiento de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

Resulta necesario citar sus motivaciones como parte de la experiencia en Guatemala, para su posible utilización en otro Estado porque la casación fue como la llave que abrió la puerta y permitió a la Cámara

1255. Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 220.

1256. Barrientos Pellecer, César Ricardo Crisóstomo. «La evolución de la Casación Penal en Guatemala», Guatemala, 15 de marzo de 2011. Magistrado vocal II, presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República de Guatemala.

Penal de la Corte, como máximo tribunal en materia penal en Guatemala, ejercer el control de convencionalidad y aplicar en sus fallos la doctrina y jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Dr. Barrientos Pellecer ha considerado: «Es necesario conocer la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, para conocer cómo debe interpretarse y ser aplicada la casación en Guatemala, porque sus sentencias son obligatorias, como se desprende del artículo 46 de la Constitución Política de la República».

La sentencia de 2 de julio del 2004¹²⁵⁷ de ese tribunal internacional, dictada en el caso Herrera Ulloa contra el Estado de Costa Rica, declaró que para que existan verdaderamente garantías procesales (en este caso el derecho a recurso a que se refiere la Convención) es necesario asegurar, o hacer valer la titularidad o el ejercicio del derecho de recurrir en un proceso judicial, para lo cual las partes inconformes «en plena igualdad» deben tener el derecho a un recurso pleno, entendiéndose como tal aquel que garantice un examen integral de la resolución recurrida.

La sentencia internacional comentada declara:

1. El recurso integral debe ser otorgado antes que adquiera calidad de cosa juzgada, para evitar que quede firme una sentencia adoptada con vicios y errores que causan un perjuicio indebido a los intereses de una persona.
2. La legislación costarricense, contra una sentencia condenatoria emitida en el proceso penal solamente permite interponer recurso de casación, lo que afecta el derecho de las víctimas.
3. La regulación procesal penal costarricense no satisface, con la mera existencia del recurso de casación, la revisión de la sentencia en el sentido que lo requiere la Convención, para quien el tribunal superior debe reunir las características jurisdiccionales que legitiman el caso concreto. El presidente del Tribunal Internacional, Sergio García Ramírez, calificó la casación costarricense como recurso reducido y estrecho, complejo y no siempre accesible a la generalidad de los justiciables.

1257. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ulloa contra Costa Rica*, julio de 2004.

Continúa manifestando el autor que:

Después de la sentencia dictada contra el Estado de Costa Rica en el 2004, otro caso en el 2005, esta vez contra el Estado de Guatemala (Fermín Ramírez Ordóñez vs. el Estado de Guatemala) trata el tema. La defensa planteó que la apelación especial de Guatemala violaba el mismo artículo 8, numeral 2, literal h, pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos rechazó este punto.

¿Hay contradicción en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la apelación especial o la casación y la necesidad de un recurso que permita el reexamen integral de la sentencia impugnada? Cabe decir que Costa Rica no cumplió con modificar el Código Procesal Penal y que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aceptó de hecho que la legislación de ese país era suficiente porque cumplía con la protección exigida en la casación penal para evitar la sentencia injusta, lo que comprueba la evolución casacional a través de la interpretación de las leyes vigentes.

La doctrina de la CIDH es clara, se necesita por el principio de defensa, y más por el de inocencia pero también por el principio de igualdad de partes que incluye a las víctimas se garantice el derecho a recurrir del fallo final y lograr así el reexamen de las sentencias absolutorias o condenatorias erróneas dictadas en un proceso penal.

De acuerdo a la Comisión Interamericana: La regla general es que en un Estado de Derecho sea posible la corrección y reconsideración total de una sentencia, y por ende pueda ser reexaminado todo lo actuado por el tribunal de sentencia, por una instancia superior.

A continuación se transcribe la síntesis de dos fallos de la Cámara Penal, el primero se cita por ser de trascendencia nacional, en el caso de la masacre de las Dos Erres.

1. *Síntesis*: En el caso 1143-2012 y 1173-2012, los recurrentes denuncian, entre otros agravios, motivos de forma y de fondo dentro de la casación los siguientes: a) la inaplicación de la Ley de Reconciliación Nacional a hechos que se le atribuyen cometidos en el contexto del conflicto armado interno; b) que existió incompetencia por razón de la materia en el

fallo del tribunal de sentencia impugnado en la alzada; c) la Sala no entró a explicar las razones del porqué sería frívolo o notoriamente improcedente, el planteamiento del incidente de extinción de la responsabilidad penal por el delito de hurto agravado por amnistía, y solo fue rechazado, y d) admitir la incorporación para su valoración y conferirle valor probatorio al peritaje sobre derecho internacional humanitario; no obstante que la perito no compareció al juicio. En resumen considera la violación a sus derechos de defensa, de un debido proceso y de petición, entre otros.

Tomando como base la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, el Tribunal de Casación, en aplicación del control de convencionalidad, sentó como doctrina que «de acuerdo a la Constitución Política de la República los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos prevalecen sobre el Derecho interno, por lo mismo Guatemala está vinculada a los fallos de los tribunales internacionales competentes». En ese mismo sentido, citó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo referencia al mismo caso «la Corte Interamericana de Derechos Humanos calificó que en ese caso hubo graves violaciones a los Derechos Humanos», por lo que contrario a lo que plantea el recurrente, son inaplicables las disposiciones de amnistía, prescripción y cualquier otra eximente de responsabilidad penal, y además los delitos contra los deberes de humanidad, asesinato y hurto agravado no se contemplan en el Decreto Ley 8-86 del Jefe de Estado, ni en la Ley de Reconciliación Nacional como susceptibles de ser amnistiados.

Consideraciones del Tribunal:

a) En cuanto la inaplicación de la Ley de Reconciliación Nacional a hechos que se le atribuyen cometidos en el contexto del conflicto armado interno. «Cámara Penal estima que la Sala de apelaciones sí dio respuesta al reclamo del casacionista en forma motivada y completa.

El agravio consistió principalmente en que, se habría vulnerado el derecho de defensa y el debido proceso del acusado, toda vez que la prosecución del proceso penal y el fallo condenatorio en su contra, fueron consecuencia de la resolución dictada por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, de auto-ejecutividad de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso de la Masacre de las Dos Erres versus Guatemala; resolución interna sobre la cual habría recaído sentencia de amparo otorgado por la Corte de Constitucionalidad. Que por esto último aún no se encontraba firme el procedimiento de amnistía, ya que estaba pendiente un recurso de apelación interpuesto contra la resolución que lo habría denegado en primera instancia. Sobre tal reclamo, la Sala de apelaciones resolvió que no constaba en antecedentes alguna certificación que hiciera de conocimiento del Tribunal de sentencia, la obligación de suspender el trámite del juicio. Lo que esta Cámara estima como suficiente fundamento, ya que si el reclamo medular consistía en la inconformidad con la prosecución del proceso penal, la forma idónea de interrumpir el proceso lo constituía una certificación que hiciera válidos los efectos que estimaba el abogado defensor respecto del amparo otorgado. No obstante, esta Cámara estima necesario mencionar que, en todo caso, dicha protección Constitucional no conllevaba los efectos estimados por el recurrente. La referida sentencia de amparo, cuya copia simple consta en el apartado de interposición del recurso de apelación especial, claramente menciona que la resolución impugnada, es decir la de auto-ejecutividad, conserva su «eficacia» (ver reverso del folio dos mil ochocientos veintidós del expediente del Tribunal de sentencia), cuando el espíritu de dicha resolución de la Cámara Penal, que no forma instancia, era precisamente cumplir con la sentencia internacional que ordenó la prosecución del proceso penal y juzgamiento de los responsables por el hecho ocurrido en el parcelamiento Las Dos Erres. Por ello, es válida y fundada la resolución de la Sala de apelaciones, en el sentido de desechar el agravio de apelación especial porque no había un fundamento legal para que el Tribunal de juicio interrumpiera el trámite del mismo. Por lo que deviene improcedente el reclamo de falta de resolución de puntos esenciales, expuesto en casación».

b) En cuanto a que existió incompetencia por razón de la materia en el fallo del tribunal de sentencia impugnado en la alzada. «Cámara Penal observa que en el presente caso el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente tenía competencia para conocer del proceso de mérito conforme el Decreto 21-2009 del Congreso de la República, ya que el presente caso versa sobre hechos y aspectos de materia eminentemente penal, y en ese sentido no concurre el supuesto establecido en el artículo 440 inciso 5) del Código Procesal Penal, que se refiere a los casos en que existe incompetencia por razón de la materia. No obstante, se entra a conocer el agravio que se refiere a la vulneración del principio de juez natural. Es preciso recordar que el mismo fue instaurado con fundamento en los preceptos contenidos en la Constitución Francesa de 1791 y recogida como garantía humanitaria del debido proceso en instrumentos internacionales y la legislación nacional, con el objeto, entre otros, de evitar la existencia de jueces designados ex post facto. Esta garantía se observa en el presente caso puesto que el tribunal que conoció del juicio fue constituido con anterioridad al juzgamiento del caso de marras, por una ley general para conocer delitos de mayor riesgo. Las leyes procesales tienen efecto inmediato y en tal sentido se aplica la vigente en el momento del procesamiento y no la que regía cuando se cometieron los hechos. En cuanto al argumento del casacionista de que el Tribunal Primero de Sentencia referido es ex post facto, Cámara Penal considera que es un juicio incorrecto, toda vez que dicho presupuesto de violación al principio del Juez natural, ocurría en los casos de tribunales de fuero especial, que no es el presente caso, ya que al Tribunal de Sentencia precitado se le ha otorgado su competencia por virtud del Decreto 21-2009 del Congreso de la República, que contempla únicamente la necesidad de trasladar los procesos penales sobre los cuales exista riesgo de afectación a la integridad personal de los sujetos procesales que intervienen en el juzgado o Tribunal donde inicialmente debería conocerse el caso, supuesto que ocurría según fue determinado en su oportunidad en resolución que no forma instancia. Por ello, resulta inaceptable el reclamo relativo a que ha habido incompetencia por razón de la materia, que aún no se habría advertido».

c) En relación a que la Sala no entró a explicar las razones del porqué sería frívolo o notoriamente improcedente, el planteamiento del incidente de extinción de la responsabilidad penal por el delito de hurto agravado por amnistía, y solo fue rechazado. La consideración que hizo según los argumentos del primer recurrente fue: «La inconformidad principal en apelación especial versó en que el Tribunal de Juicio había rechazado liminarmente un incidente de extinción de responsabilidad penal por el delito de hurto agravado, planteado al inicio del debate con base en el Decreto Ley 8-86 del Jefe de Estado, con el fundamento de que esos mismos hechos eran el objetivo del debate oral y público. A lo cual la Sala resolvió que dicho rechazo tenía como fundamento el artículo 66 inciso c) de la Ley del Organismo Judicial, que faculta a los jueces para rechazar bajo su estricta responsabilidad, los incidentes notoriamente frívolos o improcedentes, y que el Tribunal sí había rechazado el incidente expresando los motivos respectivos. Esta Cámara estima que dicha argumentación judicial es válida como fundamento, ya que expone las razones jurídicas que motivaron dicho rechazo. Igualmente, debe recordarse que la prohibición de utilizar leyes de amnistía en el presente caso, viene dada de la propia sentencia excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso de la Masacre de las Dos Erres versus Guatemala. Por lo que se estima válido el argumento de la Sala, que validó el rechazo liminar del incidente de extinción de responsabilidad planteado porque el Tribunal de juicio sí habría expuesto las razones de su decisión, por lo que le otorgó fundamento en el artículo citado anteriormente. Y en ese sentido, el agravio de casación deviene igualmente improcedente.» La consideración que hizo en relación a los argumentos del segundo recurrente es «El agravio de apelación especial versó en que no podía ser condenado por el delito de hurto agravado en virtud que a su juicio, el mismo se encontraba amnistiado según el Decreto Legislativo 8-86 del Congreso de la República, para lo cual se habría fundamentado en el artículo 101 inciso 2 del Código Penal, mismo que refiere que la responsabilidad penal se extingue por amnistía. La Sala resolvió que no concurría la violación de ley y que las causas de

extinción de responsabilidad penal citadas no eran aplicables al caso, ya que de conformidad con el Derecho internacional del cual Guatemala es parte, el delito de hurto está tipificado como pillaje, el cual es de carácter imprescriptible, y por otra parte, existirían acciones del recurrente calificadas como de lesa humanidad, razón por la cual serían perseguidos universalmente. En casación denuncia que no se entró a conocer el reclamo que consistía en que el delito de hurto agravado estaba amnistiado. Sin embargo, esta Cámara considera que la Sala sí explicó las razones por las cuales consideraba que no procedía la causal de extinción de la responsabilidad penal alegada por el apelante. En ese sentido, no puede argumentarse que el reclamo no fue resuelto. Además, se hace necesario hacer hincapié en la imposibilidad de citar en el presente caso, leyes de amnistía, dado el contenido de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, dictada en el caso de la Masacre de las Dos Erres versus Guatemala. En todo caso, en la resolución de la primera denuncia por motivo de fondo, esta Cámara ampliará sobre la idoneidad de las leyes de amnistía y resolverá en lo sustancial y definitivamente, el agravio que acusa el casacionista en su calidad de abogado defensor del acusado Carias López».

d) Referente a admitir la incorporación para su valoración y conferirle valor probatorio al peritaje sobre derecho internacional humanitario; no obstante que la perito no compareció al juicio, determinó: «En apelación especial la denuncia gravitó en torno a que el peritaje sobre Derecho Internacional Humanitario emitido por la perito Claudia Paz y Paz no podía simplemente ser incorporado por su lectura, por no cumplir con los requisitos de actos definitivos o irreproducibles según el artículo 363 inciso 1) del Código Procesal penal. Expuso que era necesaria la ratificación por la perito, pero debido a que no compareció y a que el Ministerio Público renunció a la misma, no podía incorporarse ni dársele valor probatorio. No obstante, el Tribunal de juicio aceptó la incorporación por su lectura del documento, con lo que habría vulnerado el artículo 186 del mismo cuerpo legal. A lo que la Sala respondió que no le asistía la razón al recurrente, porque la ratificación

del dictamen por la perito no era eminentemente necesaria, debido a la naturaleza del mismo, que era sobre Derecho Internacional Humanitario, y no sobre cuestiones que constituyeran prueba que contribuyera a demostrar la responsabilidad penal de los acusados. Además, que los jueces eran libres de apreciar la prueba, con la única limitante de que sus juicios fueran razonables. Cámara Penal es del criterio que dicha resolución constituye fundamento suficiente para dar respuesta al agravio del apelante, toda vez de que, efectivamente, el peritaje referido por tratarse de un asunto de Derecho propio del iura novit curia, no ameritaba la comparecencia de su autora, y que el inciso 1) del artículo 363 del Código Procesal Penal, permite la incorporación por su lectura de los informes cuando «... fuere (...) manifiestamente inútil la declaración en el debate...». En ese sentido, es válido que la Sala haya convalidado dicha incorporación, ya que la comparecencia de la perito no era eminentemente necesaria, por versar el documento sobre cuestiones de Derecho que la defensa podía rebatir sin necesidad de contradictorio porque el Derecho no está sujeto a prueba sino a interpretación, por lo que la defensa pudo profundizar sobre el tema, además, en sus argumentaciones finales y recursivas sobre el Derecho aplicable. Y por ello, el reclamo de casación deviene improcedente».

Haciendo referencia a los motivos de fondo que fueron planteados por uno de los casacionistas, el primero referente a la aplicación de la amnistía, consideró: «...Cámara Penal estima que el mismo debe ser resuelto desde dos perspectivas: a) la inaplicabilidad de las disposiciones de amnistía en el presente caso, y b) la falta de idoneidad de las disposiciones de amnistía para resolver casos como el presente».

En cuanto al tema litigioso contenido en la literal a) *Cámara Penal recuerda nuevamente en el presente fallo, la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, en el caso de la Masacre de Las Dos Erres, versus el Estado de Guatemala. Dicha sentencia deviene obligatoria en el presente caso dados los imperativos expresos contenidos en los artículos: 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece*

que «[l]os Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes», así como 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipulan respectivamente, que «[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», y que «[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...». Por la materia que desarrollan dichas disposiciones, se interpreta que las mismas forman parte del bloque de Constitucionalidad y han ingresado al ordenamiento jurídico interno, por lo que son de observancia obligatoria en atención al artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. En relación con lo anterior, el Tribunal interamericano resolvió en su sentencia sobre la masacre de Las Dos Erres, que «... 129. [...] la Corte reitera su jurisprudencia constante sobre la incompatibilidad de figuras como la prescripción y la amnistía en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, que de manera clara ha establecido que: El Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a investigar y [eventualmente] sancionar a los responsables de los hechos de este caso surtan sus debidos efectos y, en particular, de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. En ese sentido, el Tribunal ya ha señalado que [...] son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos». [...] ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos [...]. En particular, al tratarse de graves violaciones de derechos humanos el Estado no podrá argumentar prescripción o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber. 130. El Tribunal hace notar que los hechos de

la Masacre de Las Dos Erres, reconocidos por el Estado, constituyen graves violaciones a derechos humanos. El contexto de dichos hechos ha sido reconocido por esta Corte como «un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como ‘enemigos internos’». Además, desde la fecha en que ocurrieron los hechos del presente caso y hasta hoy en día, no han habido mecanismos judiciales efectivos ni para investigar las violaciones de los derechos humanos ni para sancionar a todos los responsables. 131. En consideración de lo anterior, la Corte determina que la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía de la LRN en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana. En razón de esto el Estado tiene el deber de continuar sin mayor dilación con el proceso penal, en el cual se incluya la multiplicidad de los delitos generados en los hechos de la masacre para su debida investigación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de estos actos. [...] 233. En razón de lo anterior, el Estado deberá utilizar los medios que sean necesarios, de acuerdo con su legislación interna, para conducir eficazmente las investigaciones con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables de los crímenes cometidos en el Parcelamiento de Las Dos Erres, y remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad en este caso. En particular, el Estado deberá velar porque la investigación abarque los siguientes criterios: a) en consideración de la gravedad de los hechos, el Estado no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem (supra párr. 129), o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación. En consecuencia, el Estado deberá continuar con el proceso penal, sin mayor dilación; b) investigar de forma efectiva todos los hechos de la masacre tomando el cuenta el patrón sistemático de violaciones a derechos humanos existente en la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, incluyendo, además del asesinato de los pobladores del Parcelamiento, otras posibles graves afectaciones a la integridad personal, y en particular, los presuntos actos de tortura, a la luz de los impactos diferenciados con motivo

de la alegada violencia contra la niñez y la mujer. El Estado también deberá aplicar, eventualmente, las sanciones correspondientes a estos hechos, así como ejecutar las órdenes pendientes de captura; c) la determinación de todos los presuntos autores materiales e intelectuales de la masacre, por lo que deberá culminar el proceso penal iniciado contra ellos, y proceder a investigar aquellos presuntos autores que aún no se encuentran identificados...». En razón de lo anterior, es indiscutible que el presente caso fue declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como de graves violaciones de Derechos Humanos, situación sobre la cual dicho Tribunal internacional ha reiterado su jurisprudencia en el sentido de hacer inaplicables las leyes de amnistía o invocaciones de prescripción u otra eximente de responsabilidad penal.

En cuanto al tema litigioso contenido en la literal b), no obstante que la aplicación per se de leyes de amnistía resulta improcedente en el presente caso, Cámara Penal entra a analizar si la inaplicación del Decreto-Ley 8-86 de fecha diez de enero de mil novecientos ochenta y seis, ha menoscabado los derechos del acusado Carias López, o bien si la inaplicación del Decreto 145-96 del Congreso de la República, Ley de Reconciliación Nacional colisiona con el artículo 44 Constitucional invocado. El aludido precepto Constitucional establece: «Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.». Tomando en cuenta los hechos acreditados en su relación con la normativa Constitucional citada como vulnerada, así como el contenido del Decreto 145-96 precitado, esta Cámara estima que, el mismo no podría ser aplicado al presente caso, porque su artículo 2 extinguió totalmente la responsabilidad penal únicamente por los delitos políticos cometidos durante el enfrentamiento armado interno hasta la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley, y comprendió a «...

*los autores, cómplices y encubridores de los delitos contra la seguridad del Estado, contra el orden institucional y contra la administración pública, comprendidos en los artículos 359, 360, 367, 368, 375, 381, 385 a 399, 408 a 410, 414 a 416 del Código Penal, así como los contenidos en título VII de la Ley de Armas y Municiones...». Además, los artículos 3 y 4 del mismo Decreto Legislativo definieron respectivamente que, como delitos conexos debían entenderse a los que se relacionaran con los precitados delitos políticos y que los delitos comunes conexos con los delitos políticos sobre los que se declaraba amnistía eran los contenidos en los artículos 214 al 216, 278, 279, 282 a 285, 287 a 289, 292 a 295, 321, 325, 330, 333, 337 a 339, 400 a 402, 404, 406 y 407 del Código Penal. Y en el presente caso, los delitos por los cuales se ha enjuiciado al encartado se encuentran comprendidos en los artículos 132, 248 y 378 del Código Penal. Lo mismo ocurre con el Decreto-Ley 8-86 del Jefe de Estado de fecha diez de enero de mil novecientos ochenta y seis, en cuyo artículo 1.º se concedió amnistía general «... a toda persona responsable o sindicada de haber cometido delitos políticos y comunes conexos, durante el periodo comprendido del 23 de marzo de 1982 al 14 de enero de 1986...» (resaltado no es del original). En tal virtud puede concluirse que, también desde los textos de los citados cuerpos normativos se desprende la improcedencia de citárseles como fundamento de algún beneficio para el acusado, por lo que carecen de sustento jurídico tanto la denuncia relativa a que la inaplicación del Decreto-Ley 8-86 precitado, habría vulnerado los derechos del acusado Carias López, como el reclamo que pretende invocar la amnistía como derecho susceptible de ser tutelado bajo el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala; b) además, esta Cámara estima útil establecer los criterios mínimos que permitirían considerar a un delito como político: siguiendo la doctrina, el Estado valora al mismo como el mayor mal del ciudadano contra el Estado, y la agresión no es el daño efectivo ni el menoscabo, sino la estimación subjetiva por parte del Estado. En ese sentido, se transforma contra su seguridad exterior e interior (Paz Mencos, Eleodoro (1993). *El Delito Político*. Universidad de San Carlos de Guatemala, página 29). Como criterios delimitadores pueden mencionarse: 1) el objetivo, definido por*

el bien jurídico que lesiona: el Estado, sus poderes y autoridades, por medio del uso no admitido por el orden social establecido (Manuel de Rivera Delgado, citado por Eleodoro Paz Mencos, loc. cit.), y II) el subjetivo, definido por la finalidad eminentemente política que persigue (Paz Mencos, Eleodoro, op. cit., página 31). De ahí que la propia legislación haya excluido de tal beneficio a delitos como los que aquí se tratan. En la misma forma, la doctrina comparada ha excluido de este beneficio, a los delitos atroces, entendidos como tales aquellos repudiados por la conciencia colectiva, dada la extrema insensibilidad moral de sus autores por la perversidad que acusan y por la gravedad intrínseca de los hechos (Acosta David, Víctor (1984). Delito Político y Amnistía, en: Estudios Penales. Jorge Enrique Valencia, director. Temis, Bogotá, Colombia, páginas 74-75). Debe tomarse en cuenta que la integralidad de los hechos acreditados por el Tribunal de Sentencia, definen la muerte masiva de doscientas una personas, en condiciones que bajo ningún punto de vista podrían definirse como políticas. El asesinato por igual de: hombres, mujeres, mujeres en estado de gestación, ancianos y niños que incluso fueron lanzados dentro de un pozo, la violación de mujeres en estado de gestación y niñas, entre otros hechos acreditados cometidos en contra de una población pacífica, que no opuso resistencia a la agresión, en la que ni se acreditó que hubieren aparecido armas, y la posterior sustracción de sus bienes sin la posibilidad de recuperación por parte de los familiares de las víctimas, excluyen toda posibilidad de consideración política por parte de sus autores, y pasan a la categoría de graves violaciones a Derechos Humanos como ya ha sido declarado por el Tribunal interamericano. En tal virtud, puede concluirse que, el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala citado como vulnerado por el recurrente, no le cobija en el beneficio de amnistía que incorpora el Decreto 145-96 del Congreso de la República, como tampoco han sido vulnerados sus derechos por la inaplicación del Decreto-Ley 8-86 del Jefe de Estado que concedió amnistía únicamente por la comisión de delitos políticos y comunes conexos, que no es el presente caso. Por ello, el agravio planteado deviene improcedente.

Por lo considerado en este fallo los recursos de casación interpuestos por motivos de forma y fondo fueron declarados improcedentes.

2. *Síntesis:* En la casación número 01004-2014-00371, se refiere a la existencia de colisión entre la legislación nacional — artículo 65 del Código Penal— y la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, puesto que, en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, consideró que solo solo se podía fundamentar una pena con base en las circunstancias propias del hecho imputado y no así en los antecedentes personales del sindicado como Derecho penal de autor. Las circunstancias personales del sindicado forman parte de los parámetros establecidos por el Código Penal para fijar penas, pero, a consecuencia de la sentencia de la CIDH, los numerales referentes a las circunstancias personales de sindicado, no pueden ser tomadas en cuenta para aplicar una pena.

El Tribunal consideró lo siguiente: *«En el presente caso, el agravio expuesto por el casacionista parte sustancialmente, de que, el juzgador no consideró al imponer la pena las circunstancias que le favorecerían consistentes en que, no es peligroso social y que sus antecedentes no son dudosos.*

Para analizar dicho agravio debe partirse de lo normado por la Constitución Política de la República de Guatemala, que en el artículo 17 establece que «No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración» (principio de legalidad penal).

La doctrina es coincidente en señalar que el Derecho penal debe construirse en torno a los actos «El Derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) (...),¹²⁵⁸ de esa cuenta, la fijación de la pena solo puede ser

1258. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Editorial Comercial, Industrial y Financiera Sociedad Anónima, Argentina, 2002, p. 120.

determinada por «(...) el grado de la acción ilícita y el de la responsabilidad por ella. Lo contrario importaría el desconocimiento de la garantía del Derecho penal de acto en el momento decisivo de actuación del poder penal del Estado (...)».¹²⁵⁹

De lo descrito se desprende que para fijar la pena, dentro del rango mínimo y máximo establecido en la ley, el juez no puede tomar como parámetro la peligrosidad social del culpable, puesto que el hacerlo implicaría reconocer que la imposición de la pena parte de la concepción del Derecho penal de autor, pues solo a él puede considerársele con mayor o menor peligrosidad. Lo anterior implicaría un desconocimiento a los avances del Derecho penal moderno y de los Derechos Humanos.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez contra el Estado de Guatemala*, al considerar que, cuando se «sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía».¹²⁶⁰ Así mismo, que la peligrosidad del agente «implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo —con pena de muerte inclusive— no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos».¹²⁶¹

Mismo juicio puede hacerse en cuanto el parámetro referente a los antecedentes personales del culpable, que al igual que la peligrosidad del agente, es una manifestación de Derecho penal de autor, pues no

1259. Roxin, Claus y otros, *Determinación judicial de la pena*, Edigraf S. A., Argentina, 1999, p. 78.
1260. El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D del Ministerio de Economía y Competitividad DER 33045/2012 sobre «La protección de las víctimas en la Unión Europea: La orden Europea de Protección».
1261. *Ibid.*

se considera la propia acción ilícita y la responsabilidad o reproche que produce ésta, sino valora la conducta social del sujeto que cometió el delito antes de la comisión del mismo y que no tiene trascendencia en el acto propio. En consecuencia, no es sustentable jurídicamente el alegato referente a la ponderación de la pena basada en circunstancias personales distintas al hecho, sin embargo, como se citó, es criterio de esta Cámara, que deben existir acreditadas circunstancias, referentes al hecho, que habiliten una cuantificación de la pena superior al límite mínimo fijado.

El a quo para fundar la cuantificación de la pena, consideró fundamentalmente que, el móvil del delito consistió en quitarle la vida a dos personas, el ad quem validó ese argumento, pues se limitó a señalar que el móvil sí fue acreditado.

El Tribunal de Casación para concluir acerca de si existió o no móvil acreditado, parte de: «cualquier voluntad humana se dirige a un fin, o sea que no hay voluntad ni conducta sin finalidad»,¹²⁶² «siempre se quiere algo, siempre la voluntad es ‘voluntad de’ y ‘voluntad para’»,¹²⁶³ por lo tanto, la relación de causalidad debe partir de la base de una «causalidad a priori, o sea sobre la previsión de la causalidad»,¹²⁶⁴ es decir que, cuando se tiene un fin se actúa así: «el hombre se propone un fin, selecciona mentalmente los medios para lograrlo (programa); pone en funcionamiento la causalidad; y ésta desemboca en el resultado».¹²⁶⁵

En el caso objeto de estudio, está claro que el sindicato tiene el fin y la voluntad de producir el resultado de la muerte y para el efecto seleccionó los medios idóneos (un arma de fuego) e inició el programa causal por medio de una acción. Pero cabe distinguir que, el fin que persiguió con su conducta (dar muerte), y el móvil son elementos distintos que no deben confundirse.

«Si bien es cierto que el hecho psíquico siempre es una complejidad, no obstante, el objetivo o fin y el móvil del mismo pueden distinguirse.

1262. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte General III*, Editorial Comercial, Industrial y Financiera Sociedad Anónima, Argentina, 1981, p. 64.

1263. *Idem.*

1264. *Idem.*

1265. *Ibid.*, p. 66.

‘Mientras que con el término fin se considera sobre todo el aspecto cognoscitivo del hecho y se lo figura como la representación de un resultado que el agente entiende conseguir, con el término móvil se pone especialmente de relieve el aspecto afectivo del hecho psíquico y se lo considera, sobre todo, como impulso determinante de la acción’.¹²⁶⁶

*«La distinción debe ser cuidadosamente realizada, toda vez que (...) psicológicamente, cada fin tiene una motivación (móvil) y también la motivación lo es de la acción, pero un mismo fin puede tener distintas motivaciones y una motivación puede dar lugar a distintas finalidades.*¹²⁶⁷

Es decir, el fin que se pretende lograr y las acciones destinadas al efecto (en este caso la muerte de dos personas) están determinadas por el elemento psíquico del móvil, o lo que al agente motivó a querer ese fin y ejecutar esas acciones (por ejemplo, ajustar cuentas, querer suceder hereditariamente a la víctima, o pertenecer a una pandilla) y solo en atención a la naturaleza de esa motivación podría ser cuantificada la pena.

Cámara Penal constata que, no se acreditó el móvil del delito, de manera que no fue probado el elemento o elementos psíquicos, que motivaron al sindicado a perseguir el fin de dar muerte a las víctimas y en consecuencia, esta circunstancia no puede fundar el aumento de la cuantificación de la pena.

En cuanto a las agravantes señaladas por el Ministerio Público, se estima que: a) la premeditación no quedó acreditada de conformidad con los hechos fijados, b) la vinculación con otro delito; si bien se estableció el arma utilizada en la muerte de las víctimas fue robada tres meses antes, no fue argumentado por el Ministerio Público en el debate que dicho robo haya sido para preparar, facilitar, consumir u ocultar la muerte de las víctimas, y por ende no se acreditó. c) menosprecio del ofendido; se acreditó la minoría de edad de las víctimas, sin embargo, del hecho acreditado no se desprende que la acción fuera cometida en desprecio de la edad de la víctimas, del sexo, de la enfermedad, o de la

1266. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte General III.*, p. 380.

1267. *Ibid.*, p. 381.

condición de incapacidad física, o penuria del ofendido, pues no basta con que las víctimas sean menores de edad, en la acción acreditada debe desprenderse el desprecio de esta edad.

En consecuencia, al no quedar acreditada ninguna circunstancia que justifique la cuantificación de la pena en la manera que el sentenciador consideró y la sala confirmó, debe declararse procedente el recurso de casación por motivo de fondo interpuesto por el sindicado en la parte resolutive de la presente resolución».

Es necesario mencionar que no obstante la observancia y aplicación que el Tribunal de Casación realizara en sus fallos, por tener Guatemala un Tribunal Constitucional, independiente del Organismo Judicial, el interesado puede agotar en ese Tribunal sus recursos, lo que abre la puerta a que la sentencia sea sometida a consideración de este y, de no compartir el criterio de que la Constitución Política de la República está subordinada a los tratados y Convenciones en materia de derechos humanos —tomando en consideración la experiencia que hemos tenido, esto es, que los magistrados que integran la Corte de Constitucionalidad son cambiados cada cinco años, y que puedan variar la jurisprudencia del Tribunal por no compartir el criterio— hace posible que los fallos se reviertan.

Sin embargo, sí podemos hacer la observación que a ese Tribunal Constitucional le corresponde ejercer un doble control, el de constitucionalidad y el de convencionalidad, situación que se abordará en un estudio, tomando en cuenta la vivencia que se ha tenido hasta ahora.

Cabe mencionar que todo sería más fácil, si, en efecto, todos los jueces nacionales, sin importar su jerarquía, observaran y aplicaran la normativa internacional en sus fallos como lo demanda la Corte Interamericana Sobre Derechos Humanos. Y, posiblemente, como lo refiere Néstor Pedro Sagüés,¹²⁶⁸ a los jueces se les incrementaría su carga laboral porque tendrían que conocer a detalle la jurisprudencia de esa Corte.

1268. Sagüés, Néstor Pedro. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, op. cit., p. 123.

Adicional a la aplicación ya referida que ha realizado la Cámara Penal en sus fallos, se preocupó también en capacitar a los jueces en Derecho internacional de los derechos humanos, derechos internacional humanitario, normativa internacional en el tema, situación que permitió que muchos de ellos profundizaran más en el conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la aplicaran en sus sentencias.

De igual forma, la Cámara Penal, en aplicación del control de convencionalidad logró presentar al Congreso de la República reformas al Código Procesal Penal, que eran necesarias para hacer efectivos derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cumpliendo con lo que refiere la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en el *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, fondo de reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52 párr. 207, en lo que respecta a la adecuación del derecho interno a la Convención: «El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías».

De lo anterior, se concluye que la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, realizó la labor que demanda la Corte Interamericana, en el sentido de adecuar sus sentencias a las disposiciones internacionales.

Guatemala, 6 de enero de 2015

LA TUTELA DE LA MUJER VÍCTIMA DE UN DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA Y EUROPA: ¿EL PRINCIPIO DE UNA NUEVA ERA?*

PROF.^a DR.^a ELENA MARTÍNEZ GARCÍA
*Profesora titular de Derecho Procesal
Acreditada al Cuerpo de Profesores Catedráticos
Universitat de València (España)*

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTAS LÍNEAS.- II. BREVE INTRODUCCIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA: DE LA ASUNCIÓN DEL PROBLEMA EXISTENTE A LA REGULACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA LA PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.- III. ¿POR QUÉ EL LEGISLADOR ESPAÑOL CREÓ LA LEY ORGÁNICA 1/2004?- IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL GÉNERO COMO PRINCIPIO INFORMADOR E INTERPRETADOR DE LA 1/2004 LOVG.- V. ¿QUÉ HA HECHO EL LEGISLADOR ESPAÑOL PARA ENFRENTARSE A ESTA LACRA? 1. Concepto de violencia de género y su incidencia en el Código penal. 2. Concepto de violencia de género y su incidencia en las normas procesales. VI. ¿QUÉ SE ESTÁ HACIENDO EN EUROPA EN MATERIA DE PROTECCIÓN Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO? 1. Posiciones muy diferentes de los Estados frente a este problema. a) *El sistema alemán.* b) *El sistema francés.* c) *El sistema de los países nórdicos.* i. *Suecia.* ii. *Finlandia.* 2. Las órdenes de protección civil y penal de víctimas como principio de una progresiva aproximación. VII.- PERSPECTIVAS DE FUTURO. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La experiencia española en materia de prevención y erradicación de la violencia de género tiene un gran valor *exportable* a los países vecinos europeos. La posición adoptada por nuestro legislador en el año 2004, tras la aprobación de la Ley de Medidas de Protección Integral contra los Actos de Violencia de Género ha arrojado una jurisprudencia, protocolos de actuación y una experiencia muy positiva en la materia que puede ser muy útil en la conformación de una política europea de lucha contra la violencia sexista. En estas líneas se hace balance de estos años de aplicación de esta ley y se realiza una aproximación a los sistemas de tutela policial y judicial de países vecinos, para concluir en la idea del importante reto que tiene Europa ante sí en esta materia.

Palabras clave: género, violencia, protección, orden, Europa, España.

SUMMARY: The Spanish experience in the prevention and eradication of gender-based violence has an important value to be exported to our neighbor European Countries. The position adopted by our legislature in 2004, after the adoption of the 1/2004 Act about Integrated Protection Measures against Gender Violence Acts has thrown an important jurisprudence, protocols and a very positive experience in the future regulation of an European policy to combat violence against women. In these lines we reflect about these years of implementation of this Act and we also do an approach to the police and judicial protection systems of some neighboring countries, concluding with the idea of recognizing a major challenge for Europe in this area.

Keywords: gender, violence, protection, order, Europe, Spain.

I. JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTAS LÍNEAS

Estas líneas se enmarcan dentro del homenaje que se realiza al Prof. César Barrientos. Las víctimas ha sido el tema elegido para recordarlo durante la vida de este libro, vida que suele perdurar con un poco de suerte de forma casi inmortal en los fondos bibliotecarios de las universidades.

Por ello he elegido estas líneas de reflexión, con motivo del décimo aniversario de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Han sido diez años de intenso trabajo desde el Poder

Judicial y desde el Ministerio de Sanidad y Ministerio del Interior. También la ciudadanía ha experimentado el cambio impuesto por esta ley en el que se diseña un nuevo modelo de sociedad; todos y todas hemos tenido que admitir la existencia de un modelo de pareja y de tratamiento hacia la mujer que —en definitiva— atenta contra los derechos de estas. Hasta ahora como ciudadanos mirábamos a un lado, nuestras instituciones hacían lo propio y desde el año 2004 sabemos que algo está cambiando y queremos que cambie.

El siglo XXI debe de ser el siglo de la igualdad entre el hombre y la mujer; un nuevo pacto social está por llegar, un pacto más justo que se haga con y por las dos partes afectadas de nuestra sociedad, a saber, la mujer y el hombre. No puede haber una economía saludable si el 50 por ciento de esta sociedad se encuentra en franca desventaja. Las formas de violentar a una mujer son muy variadas, como veremos y las próximas reformas deben de ser igualmente valientes para atajar de raíz este problema.

Solo así, reescribiendo las normas que hacen nuestra sociedad y asumiendo este cambio, podremos modificar las estadísticas tan denostadas por todos y todas en relación a las agresiones y muertes de la mujer a manos de sus parejas o exparejas.

Este artículo se desarrolla dentro de la investigación financiada por el Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad MINECO 33045_2012 sobre la «Protección de las víctimas en la Unión Europea: La orden europea de protección». En conclusión, estas líneas son más un conjunto de conclusiones, fruto del trabajo de investigación que venimos desarrollando desde el año 2004, que proponemos como punto de partida para desarrollar en los próximos años.

II. BREVE INTRODUCCIÓN AL ESTADO DE LA CUESTIÓN: DE LA ASUNCIÓN DEL PROBLEMA A LA REGULACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA LA PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

Desde el año 2004 en España hemos vivido un cambio radical en la percepción que nuestro legislador ha dado a la protección de la mujer víctima de delitos de violencia de género, a saber, la violencia física o psíquica sufrida a manos de su pareja o expareja. Este proceso ha dado como resultado una realidad estadística que ha desembocado en el deber moral de los Estados de la Unión Europea de revisar estos datos en sus 28 realidades internas. Como se verá, el resultado de la macroencuesta europea ha sido arrollador.¹²⁶⁹

La violencia de género ha sido durante muchos años un problema negado a la vez que ubicado dentro del ámbito privado y familiar. Por esta razón, esa violencia nunca ha sido un problema político, tampoco social y menos aún jurídico. La consecuencia inmediata ha sido la dificultad real de lograr una intervención pública, bien porque la víctima no denunciaba la agresión, bien porque, si se atrevía a hacerlo, la policía y/o los jueces tendían a minimizar el problema; dada la escasa sensibilidad social (política y jurídica) existente ante este conflicto, incluso animaban a la agredida a regresar a casa con su verdugo. Asumida esta realidad por nuestra sociedad, el paso siguiente ha sido adoptar las decisiones políticas necesarias para erradicar el problema así circunscrito con los instrumentos propios de una sociedad que se rige por los principios de libertad, justicia y seguridad. En tal sentido, la decisión adoptada por el legislador español ha sido clara y tendente a no tolerar ningún tipo de violencia hacia la mujer dentro del ámbito de las relaciones afectivas. La conciencia que de este problema tuvieron nuestros representantes parlamentarios ante la cruda realidad que muestran las estadísticas, terminó por imponer una voluntad unánime en el Parlamento y su fruto fue

¹²⁶⁹. Disponible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/vaw-survey-main-results>.

la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas Integrales de Protección contra los Actos de Violencia de Género, a la que siguió poco tiempo después la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad entre Hombres y Mujeres, las cuales han marcado un punto y aparte en lo que debe ser entendido como igualdad y género.¹²⁷⁰ Ambas normas suponen, con toda seguridad, un punto de inflexión frente a la estructura patriarcal de poder y que hace imposible el retorno a épocas de silencio anteriores.

III. ¿POR QUÉ EL LEGISLADOR ESPAÑOL CREÓ LA LEY ORGÁNICA 1/2004?

La violencia contra la mujer es un problema que se deja entrever en toda la estructura del modelo de sociedad actual. Nuestra sociedad no es ninguna excepción en ese sentido, tal y como demuestran los datos estadísticos. En el segundo trimestre de 2012 —según datos del Consejo General del Poder Judicial—¹²⁷¹ se presentaron un total de 32.703 denuncias relacionadas con hechos de este tipo, se enjuiciaron a 5362 varones por delitos relacionados con la violencia de género, de los que un total de 3920 fueron condenados y se solicitaron 9139 órdenes de protección, de las que fueron acordadas 5655. Estas cifras nos dan una imagen de la magnitud del problema al que nos enfrentamos, pensando en términos de violencia delictiva tal y como la define nuestro Código Penal. Pero, junto a esta, la violencia contra la mujer aparece reflejada en muchos momentos de nuestra vida; pensemos en campañas publicitarias, en declaraciones públicas de nuestros representantes políticos y agentes sociales,¹²⁷² etc. Esta es la estructura patriarcal y de subordinación de la mujer cuyo

1270. BOE n.º 313 de 29 de diciembre de 2004 y BOE n.º 71, de 23 de marzo de 2007, respectivamente.

1271. Estos datos pueden encontrarse en la sede del Observatorio de la Violencia de Género del Poder Judicial Español, www.poderjudicial.es.

1272. En tal sentido véanse, entre otras muchas, las declaraciones de un político, es decir, el alcalde de Valladolid en relación a Leire Pajín <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/21/espana/1287666080.html>; igualmente, las del presidente del Consejo de la Ciudadanía en el Exterior <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/10/05/espana/1349460552.html>.

rechazo social y político hilvana la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección contra la Violencia de Género (a partir de ahora LOVG) y las sucesivas leyes autonómicas que han surgido *a posteriori*.

Hablar de violencia de género es algo más complejo de lo que *a priori* puede parecer, al describir el concepto legal establecido en la LOVG cuando afirma que «la violencia que, como forma de sometimiento y discriminación, ejerce el hombre sobre la mujer en el ámbito de una relación de afectividad presente o pasada». Todo se presenta como complejo o enrevesado en sus raíces y soluciones cuando nos adentramos en el ámbito de lo afectivo, de la pareja y, posiblemente, de la familia. Si nos abstraemos de estos matices *familiares* lograremos ver que los términos del conflicto, del debate y de sus soluciones son otros: nos referimos a los conceptos desigualdad entre el hombre y la mujer, derechos fundamentales, autonomía de la voluntad de la víctima, limitaciones al libre mercado e imagen de la mujer, obligación de los poderes públicos de remover la desigualdad, etc., conceptos todos ellos que pertenecen al ámbito de lo público y lo político. El legislador supo bien localizar estos derechos e intereses en conflicto en el modelo de sociedad que pretendía diseñar y para su transformación hizo uso de un acervo complejo de normas de derecho material y procesal. Así, el Parlamento por unanimidad entendió que acabar con la estructura patriarcal que hilvana nuestra sociedad no es tarea única del Código Penal; por el contrario, solo la implementación del título I de la LOVG (relativo a las medidas de prevención y sensibilización) puede llegar con mucho tiempo a transformar una sociedad.

Así pues, la estrategia para luchar contra la violencia de género reúne un frente múltiple de acción.

1.º En primer lugar, existe un primer *plano de rechazo social*, conseguido ampliamente por la ley citada donde se crea la definición legal (y política) de la violencia ejercida por el hombre contra la mujer dentro de las relaciones de afectividad,¹²⁷³ definiendo que es —principal-

1273. Pudo ser más amplia pero el legislador decidió entrar a regular este concreto donde la violencia es estadísticamente más agresiva y necesitada de tutela. Otras legis-

mente— ejercicio de poder y subordinación del hombre hacia la mujer, quiebra el principio constitucional de la igualdad (art. 14 Constitución española) entre ambos y explica su existencia la justificación histórica que ha tenido el modelo patriarcal, alimentado por y desde el poder político, religioso y, en definitiva, el control social derivado de estos. La nueva ley marcó un punto y aparte decisivo, aunque las resistencias son muchas y constantes.¹²⁷⁴

2.º Un segundo elemento a tener en cuenta en el estudio de este fenómeno violento y, por tanto, en su prevención y erradicación, es el plano *relacional o de pareja, aparentemente privado*. Los «pactos» (aparentemente consentidos por la mujer) que integran una relación y que se forjan poco a poco sobre la base de la *subordinación ejercida por el hombre hacia la mujer* (a través de actitudes micromachistas, machistas y violencia), explican muchos de los tipos de situaciones violentas y los diversos modelos de víctima y de maltratador.¹²⁷⁵ Claro está, que en la medida en que el primer plano aludido esté fuertemente consolidado como rechazo político frontal frente a este fenómeno de subordinación y desigualdad, mayores dificultades tendrá en agresor de perpetuarse en ese tipo de conducta, es decir, el *control social* funcionará.¹²⁷⁶

Dentro de esta breve introducción, podemos afirmar que —sin lugar a dudas— esta primera etapa de la LOVG ha desplegado numerosas medidas, que han supuesto un verdadero y complejo

laciones tales como la recién aprobada Ley de Violencia de Género de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2012, amplía el concepto de violencia de género al de violencia contra la mujer a los únicos efectos de otorgar medidas civiles de protección.

1274. Propuesta de Directiva relativa a la integración de los consejos de administración por un 40 % de mujeres (http://ec.europa.eu/news/justice/121114_1_es.htm).

1275. Esto explica, por ejemplo, que una misma mujer no admitiera ningún tipo de sometimiento o violencia en un primer matrimonio, pero la sufra y se vea sometida a ella en una segunda relación, con independencia del estatus y la formación académica y profesional que esta mujer pueda tener. Igualmente, ello explica que haya mujeres que ante el primer acto violento o amenaza denuncien y no se sometan a ese pacto perverso de sometimiento, y otras mujeres tengan una comprensión diferente de la aceptación de esta *norma de conducta* implícita que intenta imponer el maltratador a su víctima.

1276. A este respecto muy interesante el estudio sociológico de GARCÍA SELGAS, F. / CASADO APARICIO, E. (2010).

entramado de acciones y normas de protección integral de la mujer, de su imagen, de sus derechos laborales... de su igualdad frente al hombre, decisiones que bien deben aplaudirse por el enorme esfuerzo político y económico que han generado. Se ha sabido ubicar en el terreno de lo *público* algo que permanecía oculto a la sociedad y a las instituciones del Estado democrático y de derecho¹²⁷⁷ y se ha procedido a alejar *la identificación de las causas de la violencia* de lo que sería *la naturaleza o la conflictividad propia de las relaciones familiares, de pareja* o de las condiciones de la familia o de los miembros de la misma. En definitiva, superpone los planos público/privado y muestra con nitidez que *la justicia, la igualdad y la autonomía solo son posibles en la intersección entre ambos espacios vitales, el público y el privado*.¹²⁷⁸

No obstante, desde su aprobación, han sido numerosos los frentes abiertos contra la ley. Por citar algunos, pensemos en el significado que tiene la existencia de alrededor de 250 cuestiones de inconstitucionalidad en torno a los tipos penales creados por el legislador; la negativa en abundante jurisprudencia a aplicar la existencia del ánimo «discriminator y de sometimiento» que establece el art. 1 de la LOVG (con la consecuente negación del sentido de la ley); el frecuente rumor sobre las denuncias falsas en violencia de género como instrumento de abuso de derecho, algo existente en numerosos delitos y no siempre lo suficientemente perseguido, ni puesto en tela de juicio; el recurso al denominado «síndrome de alienación parental» para lograr custodias compartidas en contra de la propia negativa del menor a trasladarse a vivir con su progenitor, el cual arrastra alguna que otra condena por violencia de género,¹²⁷⁹ la ley de custodia compartida...¹²⁸⁰ Podríamos exponer un largo etc. que nos mostraría las resistencias internas que se ofrece a la ley desde

1277. Democrático, porque sin el respeto de los derechos fundamentales no hay democracia, *vid.* FERRAJOLI, L. (2011).

1278. ANÓN, M. J. / MERINO, V., en VV. AA. (coord. Martínez García, E.) (2012).

1279. Por cierto, no existe en la OMS ningún síndrome bajo esta denominación.

1280. La Ley de Custodia compartida de la Comunidad Valenciana se encuentra hoy recurrida ante el Tribunal Constitucional.

los propios aplicadores de la norma. Se trata de formas sofisticadas de posmachismo.¹²⁸¹

En este debate, hemos comprobado que existe un contundente movimiento de la doctrina penal tendente a afirmar que existe un desequilibrio entre el coste de tener que llegar al Derecho penal y el resultado que con ello se obtiene y se alude a esta estrategia *equivoca tanto para el modelo de protección jurídica —y jurídico penal— deseable como para sus beneficiarias que acaban perdiendo su condición reivindicativa para pasar a ocupar una posición pasiva y victimaria que les perjudica en la imagen social. Por ello, hay que repensar la idoneidad de otras fórmulas informales o también formales de resolución de conflictos, tales como el recurso a otras instancias jurídicas, civiles, laborales o administrativas*. Lo importante es «hacer llegar a la conciencia colectiva la necesidad de ver identificada, valorada y superada la discriminación, la desigualdad y la exclusión de la mujeres como fruto de un modelo cultural de género que parece tener la vocación de permanecer invisible» (Maqueda Abreu).¹²⁸²

Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, el principio de igualdad exigía la actuación de los poderes públicos para remover los obstáculos necesarios para la obtención de dicha igualdad entre el hombre y la mujer. Se pudo ello lograr de diferentes formas, pero el Tribunal Constitucional ha avalado que lo hecho es acorde con la Constitución española.

IV. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL GÉNERO COMO PRINCIPIO INFORMADOR E INTERPRETADOR DE LA LO 1/2004

Para entender la acción llevada a cabo por el legislador en el marco de la LO 1/2004, es necesario hablar del principio de igualdad entre el hombre y la mujer dentro de las relaciones de afectividad. Cuesta afirmar que desde que se promulgó la Constitución española de 1978 (a

1281. LORENTE ACOSTA, M. (2008).

1282. BOIX REIG, J., (2012).

partir de ahora CE), donde se sitúa al principio de igualdad como piedra angular de la misma, este mandato a los poderes públicos todavía no se ha hecho una realidad en materia de género, entre el hombre y la mujer, en casi ninguno de los ámbitos en los que estos interactúan y tampoco en el de las relaciones de afectividad.

El art. 14 consagra ese derecho desde una doble perspectiva. En primer lugar, se refiere a *la igualdad formal*, que impone la prohibición de toda discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Este mandato es doble.¹²⁸³ En segundo lugar, y con el fin de alcanzar la igualdad, la prohibición de la discriminación tiene un alcance *material* en el art. 14 en relación con el art. 9.2 CE, como mandato dirigido a los poderes públicos en orden a la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan su efectiva realización. Ello implica una obligación para los poderes públicos de generar las condiciones necesarias para asegurar la igualdad efectiva. Y es aquí cuando se permite la discriminación positiva para lograr tal fin. En este sentido, afirma el Tribunal Constitucional «La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos históricamente preteridos y marginados» (STC 216/1991). Nos encontramos, pues, en lo que el Tribunal Constitucional ha denominado *el derecho desigual igualatorio*; esto es, la desigual situación de partida de un determinado colectivo requiere la adopción de medidas que tiendan a reequilibrar dichas situaciones con

1283. Por un lado, exige *la igualdad de trato* a no ser tratado jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en la misma situación. Es decir, ante supuestos de hecho iguales han de ser aplicadas consecuencias jurídicas también iguales y cualquier desigualdad debe de ser razonable y proporcionada (STC 229/1992). Pero por otro lado, también impone la *prohibición de discriminación, de modo que se prohíbe que este trato desigual sea motivado por razones especialmente odiosas y rechazables, «que afectan a colectividades concretas», que históricamente han estado en clara desventaja por poseer uno de los rasgos a los que expresamente se refiere el precepto (art. 10 CE).*

el objetivo de igualarlas de modo real y efectivo. De lo contrario se produciría la *discriminación por indiferenciación*, es decir, la provocada por el hecho de tratar de modo igual situaciones disímiles.¹²⁸⁴

La Ley Orgánica 1/2004 parece haber asumido esta diferenciación de trato a lo largo de su articulado. Una de ellas —y la única controvertida— incide sobre el ordenamiento penal. A ella se refiere el pronunciamiento del Tribunal Constitucional 59/2008 —entre otros— que ha declarado expresamente la constitucionalidad del art. 153.1 CP.¹²⁸⁵ No se trata de un supuesto de discriminación positiva ni de medida de acción de esta índole, sino simplemente de «una legislación sexualmente diferenciada, que es razonable porque obedece a la selección constitucionalmente legítima, al amparo del art. 9.2 CE, de bienes jurídicos y finalidades constitucionalmente legítimas distintos a los protegidos por las normas generales del Código penal sobre malos tratos, lesiones, coacciones o amenazas».¹²⁸⁶ O, en otros términos, se trata de una ley sexo-específica.¹²⁸⁷

En este sentido, entender la posición del Alto Tribunal, supone partir de los siguientes aspectos:¹²⁸⁸

a) La desigualdad de género en las relaciones de afectividad que generan violencia y sometimiento constituyen el plus de protección dispensado por el legislador en estos tipos penales. Se trata del prin-

1284. RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., «El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», 2008, pp. 65 y ss.

1285. Sobre esta sentencia véase el comentario LARRAURI PIJOAN, E., «Igualdad y violencia de género», *Revista para el Análisis del Derecho. Indret*, febrero 2009, www.indret.com.

1286. ALÁEZ CORRAL, B., «El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2008, p.14.

1287. AÑÓN ROIG, M. J. / MESTRE MESTRE, R., «Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho», *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, (coords. BOIX/MARTÍNEZ), 2005, pp.64 y ss.

1288. COMAS D'ARGERMIR, M., «La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución», *Tutela procesal frente a hecho de violencia de género*, 2007, pp. 61 y ss.

cipio de igualdad entre el hombre y la mujer del art. 14 CE. Como esta desigualdad se genera casi de forma unánime en una dirección, la consecuencia lógica ha sido que el sujeto pasivo siempre será el mismo, pero la protección dispensada se dirige a dicho principio protector de la igualdad y del género en el ámbito de las relaciones de afectividad.

b) El género (y la vulnerabilidad en que se encuentran estas personas frente a la violencia en el ámbito de la pareja) es el fundamento de la diferencia de penalidad, pero el sexo es el elemento diferenciador en la norma. Por esta razón, la agravación de las penas al maltratador la ha generalizado el legislador para todos los casos que afecten a los sujetos pasivos que sufran dicha violencia dentro de la relación afectiva, tanto para la mujer como para las personas especialmente vulnerables (hijos, ancianos, etc.).

c) Esta agravación no es algo ajeno a nuestra tradición jurídica. Cuando el Código Penal castiga de forma diferente al sujeto activo (empresario) que emplee sin contrato a españoles y a extranjeros, recibirá mayor reproche si el empleado es extranjero que si es nacional, dado que las condiciones de vulnerabilidad y especial situación de debilidad son diferentes (arts. 311 y 312 CP).

d) No se quiebra el principio de proporcionalidad, dado que no se priva al juez de la posibilidad de realizar un juicio de proporcionalidad dentro de la aplicación del Derecho penal, en las condiciones definidas por el legislador y acordes al art.9.2 CE para perseguir las finalidades constitucionalmente legítimas (principio de igualdad entre el hombre y la mujer y la especial vulnerabilidad de esta frente a la violencia de su pareja).

e) El art. 153.1 CP (así como los arts. 148.4, 172.2, 171.4, 5 y 6 CP) se trata de una norma sexo-específica que se dirige directamente a romper con la subordinación generada en el ámbito de la pareja y a restablecer la igualdad de género.

A pesar del pronunciamiento del Alto Tribunal sigue habiendo un rechazo importante y velado desde algunos miembros de la judicatura, aunque la aplicación generalizada de la ley es satisfactoria, siempre en

el buen entendido de que es mejorable y está siendo sometida a revisión diez años después.

V. ¿QUÉ HA HECHO EL LEGISLADOR ESPAÑOL PARA ENFRENTARSE A ESTA LACRA?

Asumida esta realidad por el legislador español, procedió a regular un sistema que otorgara una tutela integral de la mujer, tanto como plan de prevención de desigualdad y de diseño de nuevos valores, donde la percepción de la relación entre el hombre y la mujer sea igualitaria, como un sistema de punición y prevención frente a actos de violencia de género en una relación afectiva pasada o presente. A tal fin diseñó las bases para la creación de medidas de acción positiva en el ámbito de protección social de la mujer maltratada y un conjunto de especificidades penales y procesales tendentes a dotar de mayor y mejor protección esta situación de especial vulnerabilidad al proceder la violencia de aquel con el que tiene una relación de afectividad que, como hemos afirmado *supra*, dificulta su salida de dicha situación. Estas medidas se pueden resumir como se afirma a continuación.¹²⁸⁹

La LOVG se divide en cinco títulos (72 artículos), de los cuales cabe resaltar el relativo a la sensibilización, prevención y detección (título I); los derechos de las víctimas (título II); las especiales medidas destinadas a la tutela institucional (título III); la tutela penal (título IV) y las medidas judiciales y procesales civiles y penales (título V). Con ello se pretende alcanzar las siguientes finalidades:

- Fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana de prevención, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático.

1289. Para un estudio pormenorizado BOIX/MARTÍNEZ (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género* (2005) y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Tutela judicial contra la violencia de género* (2007).

- Consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.
- Reforzar hasta la consecución de los mínimos exigidos por los objetivos de la ley los servicios sociales de información, de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral, así como establecer un sistema para la más eficaz coordinación de los servicios ya existentes a nivel municipal y autonómico.
- Garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género.
- Garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.
- Establecer un sistema integral de tutela institucional en el que la Administración General del Estado, a través de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en colaboración con el Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer, impulse la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de la violencia contemplada en la presente ley.
- Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género.
- Coordinar los recursos e instrumentos de todo tipo de los distintos poderes públicos para asegurar la prevención de los hechos de violencia de género y, en su caso, la sanción adecuada a los culpables de los mismos.
- Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra la violencia de género.
- Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas.

Dichos fines aparecen hilvanados en la LOVG de forma que se garantiza el principio de transversalidad de estas medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género. A tal fin se creó el órgano que centraliza toda esta información y que es el motor que impulsa y supervisa todo este conjunto de medidas, que día a día se adoptan por los jueces y la Administración, estatal y autonómica. Nos referimos a la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia de Género, organismo perteneciente al Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad y con sede representativa en todas las comunidades autónomas (art. 29).

1. Concepto de violencia de género y su incidencia en el Código Penal

La ley integral ha hecho una definición de la violencia de género sencilla, no por ello ausente de problemas, que han provocado numerosas cuestiones de inconstitucionalidad por parte de los jueces y magistrados.¹²⁹⁰

1290. Art. 153 Código Penal 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior

Se entiende por violencia de género la violencia, ejercida a través de violencia física y psicológica, que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1). Esta definición presupone:

- Violencia ejercida exclusivamente por el hombre hacia la mujer.
- Entre los que existe o ha existido una relación de afectividad con o sin convivencia, en algún momento.¹²⁹¹

cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga un lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. 4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. Artículo 173. 2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

1291. STC 59/2008, de 14 de mayo: «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su

Ello no significa que la mujer no pueda agredir o agredir al hombre, sino que no requiere una tutela especial, más allá de las agresiones ya recogidas en el Código Penal; ello obedece a una realidad que las estadísticas ponen de manifiesto, como es, el hecho de que la violencia en la pareja se ejerce —sobre todo— por el hombre hacia la mujer. Es la relación de afectividad el elemento que origina e intensifica el sometimiento y relación de poder y, por tanto, ello requiere un plus de protección. Así lo ha afirmado el propio Tribunal Constitucional en su STC 203/2009, de 27 de octubre: «No constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados [...]. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa [...] que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada». Por tanto, son dos bienes jurídicos los que se tutelan, a saber, la igualdad entre el hombre y la mujer en las relaciones de pareja y el bien jurídico vida, integridad física, psíquica, etc.

Son muchos los problemas generados con la opción penal que ha desarrollado el legislador al no limitarse, simplemente a regular una agravante por violencia de género basada en relaciones de afectividad; pero las circunstancias probablemente le exigían dar un paso adelante y regular esta norma-sexo específica acorde con el art. 14 de la Constitución española.

2. Concepto de violencia de género y su incidencia en las normas procesales

Sin ánimo de entrar en el estudio de todas estas medidas, sí queremos pergeñar los aspectos procesales introducidos por la ley, destinados a la

objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales». En igual sentido, S TC 45/2009, de 19 de febrero.

prevención y erradicación de la violencia sexista. A tal fin se han creado un conjunto de normas de carácter orgánico (tales como creación del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, especialización de las secciones de la Audiencia Provincial destinadas a enjuiciar los delitos más graves, la creación de la Fiscalía especial de Violencia de Género y la creación de la Unidades de Valoración Integral Forense en los juzgados); junto a ello se han creado normas de carácter procesal penal y civil, tendentes a regular la competencia de estos juzgados especializados y algunas especialidades procesales.

En relación a la competencia, debemos afirmar que esta se ha otorgado a los órganos jurisdiccionales penales, que conocerán tanto de los delitos y faltas como de los asuntos civiles que tienen especial vinculación con esta tipología delictiva. A tal fin, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán (art. 87 ter pfo. 1):

A) Instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por delitos de violencia de género dentro del ámbito objetivo y subjetivo de la ley;¹²⁹²

B) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, dentro del ámbito subjetivo determinado por la ley;

C) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas de la violencia de género, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia (especialmente importante en los casos de juicios y faltas de enjuiciamiento rápidos);

1292. «... delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.»

D) Del conocimiento y fallo de las faltas cometidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal (arts. 617 a 628), dentro del ámbito subjetivo de la ley.

Por lo que se refiere a la competencia civil, los juzgados especializados en Violencia sobre la Mujer conocerán, siempre que concurra causa penal, de los siguiente asuntos:

A) Los de filiación, maternidad y paternidad.

B) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.

C) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.

D) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

E) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.

F) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

G) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

H) Publicidad ilícita que afecte a la utilización vejatoria o discriminatoria de la mujer.

Para la asunción de competencias civiles es necesario que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de actos de violencia de género, en los términos legalmente expresados; igualmente, que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesarios en la realización de actos de violencia de género, tal y como aparece configurado por la ley. Por último, que se haya iniciado ante el juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. A partir de ahí se inicia un procedimiento de inhibición del juez civil al penal, salvo que el proceso civil se encuentre en fase de juicio oral (con lo que se garantiza el principio de inmediación).

Por último, la competencia territorial (art. 15 bis LECRIM) goza de un fuero privilegiado. Se ha creado un fuero especial como es el lugar del domicilio de la víctima, con el fin de darle facilidades a esta a la hora de seguir el proceso; sin embargo, para la adopción de una orden de protección o medidas urgentes del art. 13 LECRIM, puede ser competente el juez del lugar de comisión de los hechos. Por domicilio se entiende el lugar donde la presunta víctima desarrolla su vida cotidiana.

La conexidad está bastante restringida con el fin de no pervertir la finalidad de la norma y que dichos juzgados especializados solo conozcan de los asuntos que estrictamente tienen que ver con la violencia de género en las relaciones de pareja.

Por último, cabe hacer una breve mención al atestado. Este tiene una gran importancia en dicha actividad delictiva, pues el futuro éxito de una hipotética condena depende, precisamente, de la elaboración de un buen atestado policial, dado que en este conflicto es muy habitual encontrar a la mujer víctima con una postura dubitativa en el proceso por la que, si bien denuncia en un primer momento, se acaba acogiendo a su derecho a no declarar en juicio en contra de un familiar (art. 416 LECRIM).¹²⁹³

1293. Las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2007 y de 21 de noviembre de 2003 señalan que el deber de advertir al testigo que se encuentra en la situación que prevé el art. 416.1.º LECRIM, es decir, de su derecho a no declarar contra su cónyuge no solo alcanza al juez, sino también a la policía (STS 21 de noviembre 2003). La omisión de tal advertencia por parte de la policía podrá determinar más tarde la nulidad de tal declaración y una Sentencia absolutoria (STS 385/07 de 10 de mayo). A este respecto recordemos que la doctrina del TCO es unánime en relación al derecho establecido en el art. 6.3 CEDH sobre «el derecho de todo acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él» en juicio público y con todas las garantías (STCO 76/1993). Se trata, pues, de una garantía del estado de derecho que impide convertir sin más en prueba el acervo sumarial realizado por la policía o por el Juez instructor. Solo razones de «urgencia» y de «imposibilidad de práctica» de esa fuente de prueba *a posteriori* fundamentarían la posibilidad de utilizar las manifestaciones de la víctima ahora retractada. Frente a la tesis clásica de la jurisprudencia del TS conforme a la cual no sería posible utilizar tales declaraciones sumariales, algunas Audiencias Provinciales se han decantado por la necesidad de poder introducir en el plenario como prueba las manifestaciones vertidas en sede policial o judicial porque, entenderlo de otra forma, llegaría a suponer la desvirtuación o manipulación de la finalidad última del art. 416 LECRIM. (SAP Cuenca, 24 de mayo de 2006). Otras Sentencias partidarias de dicha tesis hablan incluso de que lo contrario

A tal fin, se han creado numerosas normas reguladoras de la confección del atestado¹²⁹⁴ en los casos en los que se incoa por un delito de violencia de género, protocolizando, especialmente, tanto la recogida de pruebas como en la protección de la víctima y evitación de la reiteración delictiva. Tales funciones se resumen del siguiente modo:

- Solicitar copia del informe relativo a la asistencia sanitaria prestada a la víctima.
- Solicitar la presencia del médico forense para el reconocimiento de la víctima.
- Remitir al Instituto de Medicina Legal, de Toxicología o al laboratorio las sustancias aprehendidas.

supondría un verdadero fraude procesal, prohibido por el art. 11.2 de la LOPJ. (Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Castellón, 12 de abril de 2006). Cuando la declaración de la víctima sea conseguida porque ella ha ido voluntariamente a denunciar ante Autoridad y, además se le informe de su derecho a no denunciar/declarar en contra de su marido, algunas Audiencias consideran que ha existido en tales casos una «renuncia concluyente» de la víctima a la referida exención. Otros pronunciamientos insisten en que en tales casos estaríamos ante una renuncia «concluyentemente expresada». Tesis que parecen seguir las SSTS 21 noviembre de 2003 y 27 de octubre de 2004. En cualquier caso, no debe existir ningún atisbo de duda de que la renuncia se hace de forma expresa y previa información de sus consecuencias. (STS de 10 de mayo de 2007). En nuestra opinión, este tema está mal solucionado por la ley y su posible modificación tampoco arrojará mejores estadísticas, dado que el talón de aquiles es la falsa creencia de la relación de afectividad que ella mantiene en su imaginario, más que el temor, incluso. La falsa ilusión del amor, de creer que es una prueba de amor. En realidad, ¿qué ámbito de decisión se le debería dejar a la mujer? En un estado idílico de las cosas, la que denuncia debería estar bajo la tutela de los servicios sociales evolucionando en su estado emocional y tras ese trabajo, sería libre de decidir si quiere o no continuar con el proceso y si quiere o no ser parte.

1294. Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, publicado por Resolución de 1 de julio de 2004 de la Secretaría de Estado de Seguridad. Protocolo de actuación y coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y abogados ante la violencia de género, aprobado el 4 de julio de 2007. Protocolo de colaboración y coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía Local para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, de 13 de marzo de 2006. Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre y su comunicación a los órganos judiciales, aprobado el 10 de julio de 2007*.

- Control de alcoholemia y sustancias psicotrópicas.
- Remisión de ambas partes a las Unidades de Valoración Integral Forense.
- Citar a las partes y testigos para la comparecencia ante el juez de Violencia.
- Informar a agresor y víctima de los derechos que le asisten.
- Defensa especializada del turno de oficio.
- Aplicación del protocolos de valoración del riesgo.¹²⁹⁵

Este informe forma parte del atestado o bien se remitirá posteriormente a la autoridad judicial, informando a la víctima en caso de riesgo medio, alto o extremo, con el ofrecimiento de medidas de prevención, recursos disponibles y orientación sobre medidas de autoprotección.

Una vez comunicada la valoración del riesgo al juez, en caso de discrepancia, prevalecerá la valoración y medidas que determine este último. Por otro lado, tengamos en cuenta que está en juego la seguridad de la víctima y el atestado puede ser un instrumento muy importante para que el juez deduzca, siquiera indiciariamente, la existencia de una situación objetiva de riesgo para la misma, sobre la que fundamentará la adopción, en su caso, de una orden de protección.¹²⁹⁶

También debemos hacer una breve mención a la prohibición expresa de mediación tanto civil como penal en los casos de violencia de género (art. 87 *ter* parr. 5). La mediación como fórmula de resolución de con-

1295. La valoración se hace a través de un programa informático basado en datos estadísticos destinado a que la Policía pueda realizar la valoración del riesgo en el que se encuentra la presunta víctima de violencia de género. Véase la Instrucción 10/2007, de la Secretaria de Estado de Seguridad, por la que se aprueba Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la Ley Orgánica 1/2004, modificada por la Instrucción 14/2007 y por la Instrucción 5/2008.

1296. Otros aspectos interesante podemos encontrarlos en SENÉS MOTILLA, C., «Reflexiones sobre la LO de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género en su cuarto aniversario», Seminario Internacional *El proceso penal entre Europa y América: Especial consideración a las víctimas menores de edad*, celebrado en la Universitat de Girona, noviembre de 2008 e Informe de la Subcomisión para el estudio del funcionamiento de la Ley Integral de Medidas contra la Violencia de Género y, en su caso, propuestas de modificación, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* n.º 296, serie D.

flictos —no solo generados en el ámbito civil, sino también el penal—, nos llega desde el ámbito europeo a través de la Decisión marco de la Unión Europea 2001/220/JAI por la que se aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal.¹²⁹⁷

Para entender la prohibición de mediación penal del art. 87 *ter* parr. 5 para los conflictos de violencia de género, en mi opinión, debe de partirse de la probable desconfianza de nuestros representantes parlamentarios hacia los aplicadores de la norma que estaba diseñándose en el Parlamento. Se debió pensar que admitir la mediación penal sería tanto como posibilitar al juez a que obviara o restara importancia al hecho delictivo, tal y como venía desde antaño siendo frecuente, sobrevalorando el ámbito de la privacidad familiar en detrimento de la dignidad e integridad física y moral de la persona y el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en la pareja. En nuestra opinión, el empoderamiento de la mujer por parte de los servicios sociales una vez formulada la denuncia podría propiciar que algunas de ellas sí tuvieran interés en negociar con su maltratador, en ningún caso para minimizar lo ocurrido o reconciliarse, sino para imponer normas y tener voz en la resolución del conflicto (jurídico y afectivo) y esto último, es precisamente, lo que nunca le permitió él tener. Ello conllevaría igualmente que ese maltratador asumiera su responsabilidad y cómo devolver a la sociedad y a la víctima la reconstrucción del daño realizado. Como decíamos al inicio de estas líneas, el tema es muy complejo y se necesita de un sistema judicial maduro y sensible con el tema y una gran cantidad de medios materiales y personales para poder desarrollar en condiciones realistas esta posible mediación, algo que no consideramos todavía posible en España.

El enjuiciamiento rápido, como su propio nombre indica es un juicio acelerado, en el que se puede proceder así porque, dada su sencillez instructora y/o su flagrancia, la localización del imputado y la menor gravedad de los hechos (penalidades de hasta cinco años). En principio, parece

1297. Así continua en el Proyecto de Ley regulador del Estatuto Jurídico de la Víctima (1 agosto 2014) que transpone la Directiva Europea 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas y que sustituye a la de 2001.

que el perfil del conflicto en violencia de género podría incardinarles dentro de estas características. Sin embargo, la realidad de este tipo de violencia suele ser doble. Por un lado, encontramos supuestos en los que la víctima afortunadamente posee un bajo nivel de tolerancia a la agresión y denunciaría ante un primer episodio de esta. Desafortunadamente no suele ser así y la mujer que denuncia carga con un gran historial de amenazas y agresiones físicas y verbales. Esa segunda opción parece no adecuarse bien con la tipología procesal del enjuiciamiento rápido.

En la práctica, este juicio acelerado o rápido suele versar sobre el último episodio de violencia que lleva a la denuncia, pero no se transforma habitualmente el procedimiento en diligencias previas destinadas a averiguar qué hay detrás de esa denuncia, según obliga al juez el art.798 LECRIM. Simplemente se enjuician rápidamente esos hechos y, a lo sumo, el juez deducirá testimonio para la investigación de ese presunto delito de malos tratos habituales, a pesar de que el art.798 citado no deja duda al respecto. Esta práctica, además, puede arrojar un doble perjuicio tanto para la víctima como para el imputado.

Desde la perspectiva de la víctima, la diversificación de procesos redundan negativamente en una doble victimización, en posibles sentencias contradictorias, incremento del riesgo, etc. Por lo que se refiere al imputado, la duplicidad de procesos —cuando el delito de violencia habitual ya goza de una penalidad cualificada— puede conllevar dos sentencias, una posible condena por enjuiciamiento rápido y una segunda sentencia futura que de ser condenatoria, deberá partir de la existencia de unos antecedentes penales. Ello trae consigo otra consecuencia penal, como es, la imposibilidad de acogerse al beneficio de suspensión de la condena.

Por su lado, la ejecución en esta materia es una asignatura pendiente dada la especialidad del perfil de este delincuente. Se debe de detectar qué penas impuestas a los maltratadores cumplen mejor los fines de prevención tanto general como especial. Estudiar la posibilidad de establecer controles periódicos posteriores, destinados a evaluar al maltratador condenado, su actitud y actividad. Estos periodos, cursos, controles, etc., podrán configurarse como penas accesorias, como beneficios para la reducción de penas privativas o limitativas de derechos (prisión,

alejamiento, visitas a hijos, etc.) o simplemente como elementos necesarios para instar a la cancelación de antecedentes o reducir plazos para poder solicitarla. Así se dispone en la LO 5/2010, de 22 de junio, modificadora del Código Penal, que prevé la incorporación de una nueva pena accesoria de libertad vigilada, por tanto la actualidad y novedad del tema planteado es indiscutible.

Nos encontramos ante un tema que debe de ser profundamente desarrollado en un futuro próximo y que supone una puesta en común de medios, personas y coordinación para los Juzgados de lo Penal, Juzgados de ejecutorias, servicios sociales penitenciarios y ayuntamiento. No perdamos de vista que la rehabilitación del maltratador es un fin constitucionalmente previsto pero —además— es la única forma de evitar nuevos y futuros riesgos para las víctimas. El art. 83.1 del Código Penal condiciona en todo caso la suspensión de la pena privativa de libertad al cumplimiento de las obligaciones o deberes enumerados en las reglas 1.^a, 2.^a y 5.^a, es decir, que el penado participe en programas formativos, laborales, de educación vial, sexual y otros similares. Hoy, la LO 5/2010, de 22 de junio, modificadora del Código Penal y la modificación en el RD 1849/29009 de 4 de diciembre, por el que se modifica el RD 515/2005 (BOE 5 de diciembre 2009) da la cobertura legal para aplicar dichos cursos formativos a los procesos por violencia de género. Falta ahora una respuesta comprometida por parte de las autoridades administrativas con el fin de que este tipo de pena orientada a la rehabilitación se haga una realidad.

VI. ¿QUÉ SE ESTÁ HACIENDO EN EUROPA EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO?

La igualdad entre hombres y mujeres está configurada como uno de los valores fundamentales de la Unión Europea,¹²⁹⁸ la prevención y erra-

¹²⁹⁸. Artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 364, 18 de diciembre de 2000.

dicación de la violencia contra la mujer debe erigirse como un principio básico de actuación, cuya consecución se revela imprescindible para garantizar ese valor fundamental de la igualdad.

Por ello, el Parlamento Europeo ha desarrollado fundamentalmente desde 1986 un proceso de elaboración de resoluciones sobre la violación de las libertades y derechos fundamentales de las mujeres.¹²⁹⁹ Pero estas declaraciones no han sido suficientes para cambiar esa estructura de la que venimos hablando. Todo al contrario, los datos ponen de manifiesto la necesidad de una mayor implicación y sensibilización en esta materia. Las cifras de la encuesta realizada por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre violencia de género contra las mujeres del 5 de marzo de 2014 en Bruselas,¹³⁰⁰ muestran unos resultados aterradores para Europa. Basada en entrevistas personales realizadas a 42.000 mujeres (con edades comprendidas entre los 18 y los 74 años) en los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea, arroja unos datos difíciles de aceptar en una Unión democrática y de derecho como la nuestra:

- El 33 % de las mujeres (lo que equivale a un total de 62 millones de mujeres) ha sufrido violencia física y/o violencia sexual.
- El 22 % de las mujeres ha sufrido violencia física y/o sexual por parte de su pareja.
- El 5 % de las mujeres ha sufrido violación sexual alguna vez desde que tenía 15 años.
- El 43 % de las mujeres europeas ha sido víctima de violencia psicológica.
- El 55 % de las mujeres ha sufrido cualquier tipo de acoso sexual.

1299. Resolución sobre las agresiones a la mujer, de 11 de junio de 1986, Resolución sobre la violación de los derechos de las mujeres, de 13 de marzo de 1997, Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres, de 16 de septiembre de 1997, Resolución sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 26 de noviembre de 2009, Resolución sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión Europea para combatir la violencia contra las mujeres, de 5 de abril de 2011.

1300. Disponible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/vaw-survey-main-results>.

- Solo el 33 % de las víctimas denunciaron las agresiones ante la Policía u otro servicio de asistencia.

A partir de ahí, la Unión Europea *debe* actuar y colocar como prioridad en su agenda la lucha contra la violencia de género, pues se trata de derechos fundamentales.

1. Posiciones muy diferentes de los Estados frente a este problema

Según lo dicho, es un paso muy importante la observación de este fenómeno en un marco comparativo europeo. Ello nos hace tener una perspectiva diferente desde el momento en que, en primer lugar, es fácil observar los problemas comunes que tenemos aquí y en nuestro entorno europeo para lograr dar ciertos pasos —ya no solo en la definición de las estrategias de prevención y punición, sino en la simple localización y visibilización del conflicto—; en segundo lugar, nos pone en alerta sobre las causas profundas que informan este tipo de delincuencia, que afectan al modelo social presente. A tal fin, la creación de políticas comunes europeas será una herramienta de peso en dicha transformación de valores y creencias y, por tanto, en desechar patrones de violencia basados en el sometimiento, vejación y vulneración de una víctima concreta, la mujer. En este sentido, la regulación de términos tales como, por ejemplo, un concepto común europeo sobre la *violencia de género* sería útil a los efectos de poder visibilizar de forma estadística este tipo de violencia y este es el primer gran paso para afrontar una regulación nacional adecuada con los instrumentos necesarios y propios del Estado de derecho, seguridad y justicia que propone la propia Unión Europea para la erradicación del crimen.¹³⁰¹

De manera esquemática y a los únicos efectos de mostrar al lector la difícil tarea que le queda por hacer al legislador europeo, procedemos a

1301. En este sentido las referencias bibliográficas con estudios comparados son muy pocas. Existe un gran trabajo realizado por VAN DER AA, S. (2011) donde realiza un estudio sobre las órdenes de protección en los 27 países de Europa.

mostrar las diferencias existentes entre tres ordenamientos europeos vecinos, sin perjuicio de que estos países son, tal vez —con la excepción del Reino Unido—, los más próximos y con regulaciones más actualizadas en la materia dentro de la Unión Europea. Es curioso, además, observar que en países de larga tradición en materia de igualdad entre el hombre y la mujer —especialmente en lo referido a las políticas de inserción profesional y conciliación familiar— no regulan una protección basada en el género sino, antes bien, en las relaciones familiares, admitiendo una protección general para la violencia ejercida dentro de la pareja, del tipo que fuere y con independencia del sujeto activo. Sin embargo, las estadísticas de violencia sobre la mujer siguen siendo elevadísimas en estos países. Ello pone de manifiesto las necesidades de realizar estudios especializados sobre el tema, destinados a arrojar datos que muestren que combatir la desigualdad profesional no es más que luchar contra un *tentáculo* más del patriarcado y el machismo que de él se deriva.

a) *El sistema alemán*¹³⁰²

En Alemania se lleva años trabajando sobre los denominados *proyectos de intervención* entendidos como redes que articulan una campaña de colaboración vinculante entre todos los servicios locales de apoyo en el área de lo que ellos denominan «violencia doméstica contra las mujeres». El primer proyecto piloto financiado por el Ministerio Federal de la Mujer fue el Proyecto de intervención de Berlín contra la violencia doméstica (BIG), que comenzó a ejecutarse en 1995, como proyecto de organización no gubernamental. Desde la fundación de BIG ha sido posible determinar los factores esenciales que deben estar presentes para que el trabajo en red tenga éxito y llegue a los cuerpos y fuerzas de seguridad, servicios sociales, víctimas y maltratadores, escuelas, padres y orientadores juveniles.¹³⁰³

1302. Este apartado ha sido realizado con la colaboración del Prof. Burchard de la Universidad de Múnich (Alemania).

1303. Una parte importante del plan de acción fue la investigación sistemática de la experiencia femenina de la violencia. En un intento por obtener por primera vez en

La Ley de protección contra la violencia doméstica del Código Civil entró en vigor el 1 de enero de 2002 (Gewaltschutzgesetz, GewSchG). Constituyó un hito en la mejora de la protección jurídica que se ofrecía a las víctimas de la violencia. En general la *Ley de protección contra la violencia* ayuda a personas que estén afectadas por violencia doméstica, independientemente de que se trate de violencia en una pareja heterosexual u homosexual o de violencia contra otros familiares.

La competencia judicial se determina por el elemento convivencia entre autor y víctima. La diferencia consiste en que si son pareja o expareja con convivencia la competencia se otorga a los *tribunales de familia* y si alcanza a otras relaciones violentas sin convivencia corresponde conocer a *los tribunales civiles*. Igualmente, se debe mencionar que la ley protege por igual al hombre y la mujer, como sujetos activos y pasivos del delito; cuestión diferente es que, estadísticamente hablando, la violencia suele ejercerse mayoritariamente en Alemania del hombre hacia la mujer.¹³⁰⁴ La única excepción son maltratos de niños por sus padres. Estos casos se rigen por las normas del derecho de paternidad y filiación y de custodia, que prevé medidas por parte del tribunal de familia en colaboración con la oficina de protección de menores.¹³⁰⁵

Por violencia —según la Ley de protección contra la violencia— se entienden todas las lesiones intencionadas e ilícitas del cuerpo, la salud o la libertad de una persona, indiferentemente de que se produzcan en el ámbito de un hogar familiar o no. La Ley de protección contra la violencia también recoge violencia psicológica, al igual que amenazas y molestias inaceptables y daños físicos como consecuencias mediatas.

Alemania datos estadísticos fiables respecto al alcance, los antecedentes y las consecuencias de la violencia contra las mujeres, y por sacar a la luz los innumerables casos de agresiones de los que la policía no tiene constancia, el Ministerio de la Mujer encargó un estudio representativo de la violencia contra las mujeres. Del mismo, basado en las entrevistas efectuadas a 10 000 mujeres, se obtuvieron datos que revelaban que en Alemania existía una tasa medio-alta de violencia contra las mujeres, en comparación con el resto del mundo. Véanse los numerosos estudios de HAGEMANN, C. (2008).

1304. FREYTAGEN, V. (2006).

1305. «Más protección en caso de violencia doméstica», informaciones acerca de la Ley de protección contra la violencia, Ministerio para la Familia, Ancianos, Mujeres y Juventud, p. 11.

En relación a las eximentes, señalar que el juez también puede aplicar medidas de protección contra el autor cuando haya cometido sus actos de violencia en estado de inimputabilidad alcanzado intencionalmente por el autor mediante consumo de alcohol u otros estupefactivos.¹³⁰⁶

El modelo para la regulación alemana de la protección contra la violencia fue la ley federal austríaca para la protección contra la violencia en las familias.¹³⁰⁷ Contiene una combinación de medidas sincronizadas de protección policial, civil y de asistencia social. Así se consigue que una víctima pueda ser mejor protegida en casos de urgencia. Con la ley de protección contra la violencia el legislador alemán ha dado un gran paso y, como expresó el gobierno alemán con grandes palabras, el estado no tolera la violencia, tampoco si esta acontece en lugares privados.¹³⁰⁸

Dado que medidas de protección civiles, incluso si son *medidas cautelares judiciales*, tardan un tiempo, en un principio es necesaria la *intervención policial* para garantizar una protección inmediata y terminar con la situación de peligro.

En esta primera *fase policial* y para los casos de peligro inminente, los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado ofrecen ayuda a los afectados. Si existe una conducta punible como una lesión, una coacción, una violación o una privación de libertad, la policía ha de recibir denuncias. En un procedimiento penal la denuncia será transmitida a la fiscalía, que decide sobre la presentación de la querrela. La policía puede además obligar a una persona a salir del domicilio si es necesario para la protección de otros convivientes. Así pues, el § 27a ap. 1 a 3 de la Ley policial de Baden-Württemberg (Polizeigesetz von Baden-Württemberg, PolGBaWü) permite para evitar un peligro, sobre todo un delito, que contra una persona concreta (el llamado «amenazador») puedan ser ordenadas la salida de un lugar concreto, la salida obligatoria del domicilio y el alejamiento y puedan

1306. FREYTAGEN, V., *idem*.

1307. HEINKE (2010).

1308. «Más protección en caso de violencia doméstica», informaciones acerca de la Ley de protección contra la violencia, Ministerio para la Familia, Ancianos, Mujeres y Juventud, p. 3.

ser impuestas la prohibición de estancia en un lugar concreto así como órdenes de alejamiento.

Si la Policía cree necesaria la salida del domicilio, le quita las llaves del domicilio al autor. Si este no deja el domicilio de forma voluntaria la policía puede sacarlo con violencia. En algunos *Länder* la Policía incluso está autorizada a expulsar al autor del domicilio durante varios días, para que la víctima tenga tiempo para pedir asesoramiento o iniciar un proceso civil y obtener órdenes judiciales de protección. Sin embargo, estas medidas de protección solo tienen carácter provisional, como demuestra por ejemplo el § 27a, apdo. 4 y 5. Según esta norma solo se pretende que el afectado tenga la posibilidad de solicitar tutela jurisdiccional, sobre todo medidas de protección definitivas según la Ley de protección contra la violencia. Para la salida del domicilio, la prohibición de volver al mismo y una orden de alejamiento según § 27a, apdo. 4 PolG-BaWüse puede fijar un plazo máximo de dos semanas y este solo puede ser prolongado por dos semanas más si la persona agredida o amenazada solicita medidas de protección conforme a la Ley de protección contra la violencia antes de que se cumpla dicho plazo. Por lo tanto, cabe destacar que las medidas de intervención policiales, sobre todo en cuanto a casos de violencia doméstica, solo significan medidas auxiliares a corto plazo para hacer posible una primera intervención a favor de la víctima en casos de urgencia y para apoyarla hasta que pueda adquirir tutela judicial.¹³⁰⁹ En este sentido, el § 27a PolG-BaWü prevé qué medidas de protección policiales finaliza el día de una decisión judicial, de una conciliación judicial o una medida cautelar.

En segundo lugar, tras la actuación policial ya entrará en juego la posible adopción de medidas cautelares por los *tribunales de familia o civiles*.

Quien haya sido víctima de violencia puede obtener medidas de protección civiles. Aparte de órdenes de protección, la asignación de un domicilio compartido para el uso en exclusiva de la víctima e indemnizaciones por daños físicos y personales, la víctima puede solicitar la

1309. Tribunal Administrativo de Karlsruhe, decisión del 16/08/2007 — 6 K 2446/07 y REINKEN (2010).

concesión de la patria potestad exclusiva de los hijos o limitaciones del derecho de visitas.

Órdenes de protección y la asignación del domicilio en exclusiva como medidas de protección preventiva contra actos de violencia están reguladas por la Ley de protección contra la violencia, una ley civil federal. Así, se puede impedir, por ejemplo, que el autor intente comunicarse con la víctima. Esto, a menudo, es imprescindible para acabar con una situación de peligro. La víctima tiene la oportunidad de ocuparse tranquilamente de su seguridad a largo plazo y pedir apoyo para librarse de la violencia continua.¹³¹⁰

El afectado de esta forma tiene dos posibilidades de protección; la policial (urgente e inmediata) y la judicial (pausada y meditada). A través de órdenes y prohibiciones judiciales se amplía el alcance de protección a la vez que es más fácil ejecutarlas: el § 4 GewSchG remite —entonces— al Derecho penal y aumenta así la fuerza de órdenes de protección civiles.¹³¹¹

b) El sistema francés

Los primeros pasos en esta toma de conciencia en Francia se dieron en 1992 cuando se introdujo como circunstancia agravante el hecho de que el autor de las agresiones intencionadas hacia la integridad de la víctima sea su cónyuge o su pareja de hecho.¹³¹² Años más tarde, el Parlamento aprobó su actual ley destinada a luchar contra la violencia

1310. «Más protección en caso de violencia doméstica», informaciones acerca de la Ley de protección contra la violencia, Ministerio para la familia, ancianos, mujeres y juventud, p. 10.

1311. Los tribunales civiles, concretamente los tribunales de familia, obligan al autor que se abstenga de(1.) entrar en el domicilio del/la lesionado/a, (2.) hallarse dentro de una distancia mínima al domicilio del lesionado/a(3.) ir a lugares concretos, especificados por el tribunal, en los que suele estar el lesionado/a a menudo (4.) comunicar con el lesionado/a, incluyendo medios de comunicación(5.) provocar un encuentro con el lesionado/a (§ 1 ap.1 GewSchG).

1312. De este modo, aunque los hechos no provoquen una incapacidad laboral total, constituyen un delito y pueden ser considerados una causa criminal en el Tribunal de Magistrados. La ley también contempla el desahucio del lugar de residencia del autor de las agresiones durante diversas fases del proceso penal.

doméstica (Ley de 4 de abril de 2006), por la que se refuerza la prevención y extrema las sanciones de la violencia doméstica y violencia hacia los menores. Esto significa que, hoy en día, la violencia doméstica se castiga de forma más severa gracias a las nuevas medidas legales que amplían el número de circunstancias agravantes aplicables y que incluyen a parejas de hecho inscritas y exparejas, así como nuevos delitos como el asesinato, la violación y la agresión sexual.¹³¹³ Además, reconocen la posibilidad de robo con violencia entre las parejas cuando es consecuencia del deseo de la parte delincuente de subyugar a la víctima.

A modo de resumen, las clases de violencia en las que las circunstancias agravantes son aplicables, sea perpetrada por cónyuges, parejas de hecho o parejas de hecho inscritas, son las siguientes en el código penal francés:

- Violencia que provoque incapacidad laboral total (ITT) de más de ocho días (222-12 6), se castigará con cinco años de prisión y una multa de 75.000 €.
- Violencia que provoque incapacidad laboral total (ITT) inferior o igual a ocho días, o sin llegar a ser incapacidad laboral total (222-13 6), se castigará con tres años de prisión y una multa de 45.000 €.
- Reiteradas llamadas telefónicas hostiles o agresiones sonoras que alteren la tranquilidad de los demás (222-16 1), se castigará con un año de prisión y una multa de 15.000 €.
- Amenazas condicionales, repetidas o llevadas a cabo para cometer un crimen o un delito, amenazas de muerte condicionales, repetidas o llevadas a cabo, amenazas o actos de intimidación a la víctima para que no interponga una demanda o para que retire una demanda (222-17, 222-18), se castigará con una pena de entre seis meses y cinco años de prisión y una multa que oscilará entre 7.500 € y 75.000 €.

1313. La sección 132-80 del Código Penal contiene una definición genérica de circunstancia agravante respecto a la violencia entre parejas.

- Agresión sexual distinta a la violación (222-28 7), se castigará con siete años de prisión y una multa de 100.000 €.
- Tortura (222-3 6), se castigará con 20 años de prisión.
- Violencia que provoque una muerte involuntaria (222-8 6), se castigará con 20 años de prisión.
- Violencia que provoque mutilaciones o discapacidad permanente (222-10 6), se castigará con 15 años de prisión.
- Violación, se castigará con diez años de prisión.
- Violación que provoque la muerte de la víctima (222-25), se castigará con 30 años de prisión.
- Violación precedida, acompañada o seguida de tortura o actos bárbaros (222-26), se castigará con cadena perpetua.
- Detención, rapto, retención o aislamiento durante más de siete días o seguido de una liberación voluntaria antes del séptimo día (224-1), se castigará con 20 años de prisión y una multa de 75.000 €.
- Asesinato (221-4 9), se castigará con cadena perpetua.

Estas circunstancias agravantes también son de aplicación a todas las exparejas, si el delito está vinculado a la relación que mantiene la víctima y el autor de los hechos. Además, el legislador afrontó un problema real que tenía su sociedad, elevando la edad mínima de consentimiento para el matrimonio en 18 años en aras de poder perseguir los matrimonios forzados.

Desde el 2006 Francia viene diseñando un «Plan de Acción Global» del Gobierno francés para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres. Este plan incluye las medidas legales para concienciar a los y las profesionales, apoyo financiero a las asociaciones, apoyo a las mujeres víctimas de la violencia (vivienda, sanidad e integración laboral), con especial atención a las mujeres inmigrantes: apoyo a las organizaciones especializadas, guía para fomentar sus derechos y luchar contra la mutilación genital de las mujeres y la prevención al trabajar con los agresores para que cambien sus actitudes y comportamientos a través de respuestas psicológicas y sociales.

Al igual que en España este tipo de controversias, en la medida que suponga una violencia de intensidad media o baja, se reconoce el uso de

los procedimientos de enjuiciamiento rápido con el fin de acoger y tutelar una situación de una persona vulnerable. Igualmente, se han llevado a cabo muchas medidas también similares para mejorar la aplicación de la ley y para que los funcionarios puedan llevar a cabo sus obligaciones; las mejoras incluyen:

- Recibir y escuchar a las víctimas en comisarías, con especial atención a las asociaciones de apoyo a las víctimas presentes en todo momento, trabajadores sociales y un área confidencial donde las víctimas pueden ser interrogadas en intimidad.
- Formación inicial y continua de los funcionarios, lo que incluye programas de formación específica para funcionarios que se encarguen de recibir a las víctimas en las comisarías y formación de los policías respecto a la violencia contra las mujeres que ha llevado al nombramiento de un agente en cada *gendarmerie* [fuerza policial que se encarga principalmente de las zonas rurales y dependen del Ministerio de Defensa], «como representante del departamento para luchar contra la violencia doméstica».

c) *El sistema de los países nórdicos*¹³¹⁴

En estos ordenamientos, al igual que ocurre en Alemania, se propone la protección frente a la violencia familiar y no tanto de género o, especial, para la mujer. Así, se protege también al hombre que sufre violencia ejercida por su mujer, como la violencia dentro de las parejas de homosexuales.

i. Suecia

La Ley de Órdenes de Protección (*Lagomkontaktförbud*) se instauró en Suecia en 1988. El objetivo fundamental de esta ley es prevenir los delitos en contra de las víctimas de hostigamiento y acoso y proporcio-

1314. Este apartado ha sido realizado con la colaboración de la Prof.^a Ervo de la Universidad de Örebro (Suecia).

nar a esas víctimas una sensación de seguridad. La ley está redactada en un lenguaje neutral no sexista, pero, teniendo en cuenta la labor de preparación de la norma, resulta patente que se dirige particularmente a las situaciones en las que una mujer está expuesta a violencia o a amenazas dentro de una relación o a supuestos en que un hombre acosa a una mujer tras la ruptura de una relación sentimental. El 1 de septiembre de 2003 se modificó la ley incorporando dos nuevas formas de orden de protección: la «orden de protección especialmente prolongada» y la «orden de exclusión de la vivienda», que es la especialidad más importante en la materia.

La ley abarca la violencia doméstica tanto contra las mujeres como contra los hombres e incluso la infligida por hijos adultos contra padres ancianos. También se contemplan las situaciones en las que la orden de protección está justificada por un riesgo de acoso o por la probabilidad de actos delictivos. Se trata, por tanto, de un ámbito legal de protección diferente al español.

En Suecia existen tres tipos de orden de protección como formas eficaces de proteger a la mujer maltratada, a saber: una orden de protección básica que se aplica al individuo que propicia activamente el contacto con el fin de acosar o amenazar a una persona que necesita protección. Esta orden se dicta para un plazo máximo de un año. Con una orden de protección prolongada, se puede ordenar al individuo que se mantenga alejado de una zona geográfica determinada de especial importancia para la víctima. Y por último, la orden de protección especialmente prolongada cubre un área geográfica más amplia y se dicta para un plazo máximo de seis meses. En estos casos, también se puede aplicar una orden de exclusión de la vivienda para un máximo de dos meses.

La orden de protección especialmente prolongada es aplicable en el caso de incumplimiento de una orden de protección prolongada. En la mayor parte de los casos se dicta a continuación una vigilancia electrónica. No obstante, debe valorarse el criterio de la proporcionalidad. La orden de protección especialmente prolongada no es habitual: entre los años 2005 y 2010 solo se aplicó en nueve casos.

Ante la necesidad detectada de una prevención más eficaz, se introdujeron modificaciones a la ley anterior que entraron en vigor en octu-

bre de 2011. En virtud de la nueva Ley de Órdenes de Prohibición del Contacto, existe la posibilidad de aplicar vigilancia electrónica en una orden de prohibición del contacto cuando se prohíba también el acceso a las proximidades de la víctima.

Las solicitudes de este tipo de medidas suelen entregarse a la policía junto con la denuncia del delito y la Fiscalía las resuelve. Aunque es poco común, en ocasiones también se celebran vistas para el examen de esas resoluciones. Sea como fuere, la solicitud puede presentarse en representación de otra persona; el único requisito para ello es que se demuestre que la persona protegida quiere realmente la protección. La condena por infringir una orden puede consistir en el abono de una multa o en el cumplimiento de una pena de prisión de hasta un año de duración.

ii. Finlandia

En Finlandia la Ley de Órdenes de Protección (*Lakilähestymiskielosta*) entró en vigor el 1 de enero de 1999. En virtud de esta ley, la orden de protección se dicta en las situaciones en las que prohibir a una persona que entre en contacto con otra protege la vida, la salud, la libertad o la inviolabilidad de esta última. Entre los casos en los que se suele dictar la orden de protección, se encuentran los de acoso grave por parte de un excónyuge o expareja que entra en contacto o intenta acceder al domicilio, así como situaciones en las que un hijo/a de edad adulta intenta coaccionar a sus padres ya ancianos para conseguir dinero. Este tipo de orden de protección recibe el nombre de «orden de protección intrafamiliar» y obliga a la persona contra la que se dicta la orden a permanecer alejada del domicilio común. La Fiscalía, la Policía o los servicios sociales también pueden solicitar una orden de protección si la persona amenazada se siente demasiado intimidada para hacerlo por sí misma.

La evaluación de los requisitos para imponer una orden de protección se lleva a cabo tomando en consideración las circunstancias de las personas implicadas, la naturaleza del delito o del acoso que ya se ha producido, el carácter reiterativo del delito o del acoso, y la proba-

bilidad de que la persona contra la que se dicta la orden prosiga en su conducta delictiva o el acoso contra la víctima.

La orden puede imponerse durante un máximo de un año. Sin embargo, una orden de protección intrafamiliar no puede exceder el plazo de tres meses. El incumplimiento de una orden de protección constituye un delito punible. La pena puede consistir en una multa o en prisión por un período máximo de un año. El incumplimiento de una orden de protección compete a la Fiscalía. Todas las órdenes de protección se registran en un fichero de datos personales especial custodiado por la policía. La policía también supervisa estas órdenes y puede usar la fuerza en el caso de incumplimiento de las mismas. Por ejemplo, si una persona contra la que se ha dictado una orden de protección continúa acosando a la persona protegida, la policía puede trasladar al culpable a comisaría e interrogarle para tomar otras medidas.

2. Las órdenes de protección civil y penal de víctimas como principio de una progresiva aproximación

En este sentido, resulta fundamental el desarrollo normativo de esta materia mediante instrumentos que no solo persigan la erradicación de esta lacra, sino también que faciliten la cooperación entre los Estados miembros en esta lucha, constituyendo un buen ejemplo de ello tanto la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección¹³¹⁵ (en adelante, «Directiva sobre la OEP») y Reglamento (UE) n.º 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013. Con ello se consigue que nos acabemos asemejando, es decir, las Directivas y Reglamentos europeos son como una *lluvia fina* que va calando en los Estados y genera a largo plazo *algún parecido* entre los países, lo que posibilitará introducir conceptos de género hasta ahora inexistentes en la mayoría de los Estados miembros.

1315. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 338, 21 de diciembre de 2011.

La incorporación de esta perspectiva de género en esta lucha por prevenir la violencia sexista desde Europa, nos hará tener una perspectiva diferente de un mismo conflicto, será más fácil observar los problemas comunes y lograr un frente común en el difícil cambio de un modelo de poder —patriarcal— y con ello dar ciertos pasos en la definición de las estrategias de prevención y punición. A tal fin, la creación de políticas comunes europeas será una herramienta de peso en dicha transformación de valores y creencias y, por tanto, en desechar patrones de violencia basados en el sometimiento, vejación y vulneración de una víctima concreta, la mujer. En este sentido, la regulación desde Europa de términos tales como, por ejemplo, el concepto común relativo a la *violencia de género* sería útil a los efectos de poder visibilizar de forma estadística este tipo de violencia y este es el primer gran paso para afrontar una regulación nacional adecuada con los instrumentos necesarios y propios del Estado de derecho, seguridad y justicia que propone la propia Unión Europea para la erradicación del crimen.¹³¹⁶

Excede del propósito de estas líneas profundizar en diferentes sistemas nacionales europeos a efectos de ver las futuras dificultades que se pergeñan en materia de prevención y erradicación de la violencia de género.¹³¹⁷ Nos interesa más hacer hincapié en las fuertes enormes reticencias a ceder poder en Europa en materia de protección de derechos fundamentales, así como en aproximación de derechos penales y procesales complica el panorama sobremanera. Y esta misma tónica la vamos a encontrar en materia de legislación de cualquier acción positiva en materia de género. Sin embargo, el inicio de los primeros pasos de armonización en materia de género, vía participación en consejos de administración son un paso importante, al igual que la protección de las mujeres víctimas en Europa a través de la Orden Europea de Protección de 13 de diciembre de 2011 y Reglamento (UE) n.º 606/2013 del Parla-

1316. En este sentido las referencia bibliográficas con estudios comparados son muy pocas. Existe un gran trabajo realizado por VAN DER AA, S. (2011) donde realiza un estudio sobre las órdenes de protección en los 27 países de Europa.

1317. MARTÍNEZ GARCIA, E., La experiencia española en la prevención y erradicación de los delitos de violencia de género: perspectivas de futuro en un marco comparativo europeo, Revista *Asparkia*, n.º 24 (2013).

mento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013.¹³¹⁸ Con ello consideramos que avanzaremos ineludiblemente en una cierta aproximación sobre tipos delictivos, valoración del riesgo y todos los elementos que la experiencia española ha arrojado como datos de indiscutible valor legal, policial, judicial y sociológico.

Ambas regulaciones, Directiva y Reglamento, atienden a establecer un mecanismo para el reconocimiento de las medidas de protección en materia penal y civil, respectivamente, que hayan sido dictadas en un Estado miembro, con el fin de proteger a una persona cuando existan motivos fundados de peligro para su vida, integridad física, psíquica o sexual, libertad personal o seguridad. Si bien este Reglamento y Directiva se aplican a todas las víctimas, no solo a las víctimas de violencia de género, estas últimas van a ser algunas de las principales beneficiarias de las medidas contenidas en el Reglamento y la Directiva, según consta. La simple mención de la importancia cuantitativa de este tipo de víctimas, beneficiarias de esta legislación europea, es ya sintomático de la importancia que ellas tienen en la agenda política europea.

Tal vez el punto de partida más complejo sea la diversidad de regulación entre nuestros ordenamientos, especialmente, en materia de regulación penal de los delitos atinentes a la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer, dentro de las relaciones de pareja o afectividad. Es verdad que existen importantes y decisivas diferencias entre los sistemas penales, civiles y procesales de tutela y protección de la víctima en los países de la Unión Europea, pero debemos ser capaces de reconocer la «orden de protección» dictada por el juez de un país vecino, con el fin de no hacer volver a pasar a esa víctima por el calvario de someterla a un nuevo proceso, ahora en otro país, destinado a dar validez a ese título cautelar que ya consiguió en su país de origen y, por tanto, para ser protegida. A ello tienden la Directiva sobre la Orden Europea de Protección 29/2011/UE como el Reglamento (UE) 606/2013 relativo a la orden de protección civil de la Directiva 2012/29, ambos presentan el reconocimiento mutuo de decisiones pasa a ser la clave de cooperación judicial en materia de protección de víctimas.

1318. Diario Oficial de la Unión Europea L 181, 29 de junio de 2013.

Los citados Reglamento y Directiva han cumplido uno de los objetivos fijados por el Consejo Europeo en el Programa de Estocolmo, para el período 2010-2014.¹³¹⁹ En este se identificaron como prioridades de la agenda política de la Unión tanto el fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales, configurando el espacio de libertad, seguridad y justicia como un espacio único de protección de los derechos y libertades fundamentales; igualmente, la creación de una Europa de la ley y la justicia, donde se diera prioridad a los mecanismos destinados a facilitar el acceso a la misma, de forma que las personas puedan hacer valer sus derechos en toda la Unión. De acuerdo con el Programa de Estocolmo, el reconocimiento mutuo es la clave para el éxito de la cooperación judicial entre Estados, en la confección de Europa, en definitiva; además, allí mismo se insta a la Comisión y a los Estados miembros a examinar los modos de mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo a la protección de las víctimas. En el mismo sentido apunta la reciente ratificación por parte de España del Convenio del Consejo de Europa,¹³²⁰ donde se propugna la cooperación internacional en materia civil y penal para eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Por último, también en los trabajos de la Conferencia de La Haya, cabe destacar que en abril de 2011 el Consejo de Asuntos Generales y Política incluyó en la agenda de la Conferencia el reconocimiento de medidas de protección en materia civil dictadas, entre otras, en casos de violencia doméstica (término anglosajón que predomina en Europa). Desde entonces, un grupo de expertos nombrado a tal efecto expuso en febrero de 2014 la prioridad que se le debe otorgar a la protección de las víctimas y la conveniencia de utilizar un certificado estandarizado para facilitar el reconocimiento de medidas de protección e implantar un sistema de registro electrónico internacional de dichos certificados al objeto de verificar su autenticidad y ejecutividad. En conclusión, la regulación de la violencia dentro de la pareja es ya una realidad en la agenda europea en su calidad de derecho fundamental y espacio de libertad, seguridad y justicia; tardaremos en encontrar resultados pero

1319. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 115, 4 de mayo de 2010.

1320. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de junio de 2014, n.º 137, pp. 42946-42976.

el camino hacia la igualdad ha comenzado. Esto nos recuerda a la andadura iniciada en España en 2004, que con sus luces y sombras, es indudable que nunca —ni políticamente ni socialmente— se volverá atrás.

VII. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Una de las primeras conclusiones a las que podemos llegar se refiere a la necesidad de homogeneizar en Europa el tratamiento jurídico de la violencia de género. Somos ordenamientos demasiado dispares como para poder contrarrestar la violencia propia de una relación de poder, basada en la pertenencia a un sexo, con una posición institucional tan *tibia* en numerosos países, lo que contribuye a dotarle de opacidad a este tipo de violencia en dichos países.

Una postura institucional unánime desde Europa impulsará esta lucha por la transformación de hábitos y desigualdades (que tienen alcance delictivo). No entenderlo así, conlleva a dejar en una peor posición a las víctimas de la violencia basada en una relación de afectividad desigual y discriminatoria, porque —como víctimas— sufren mayores riesgos que cualquier otra víctima en el Código Penal, sea del país que fuere. Como primera conclusión, creemos que definir el concepto de la violencia de género para que sea asumido por los países miembros es muy importante, dado que traerá luz y visibilidad sobre el problema y se podrá exigir a nuestras instituciones nacionales y europeas por una postura activa frente al abuso y violación de derechos fundamentales de tantas mujeres.

En un segundo plano de discusión, en los próximos años debemos reflexionar sobre las penas más adecuadas a este tipo de violencia. Así pues, la pena de prisión se presenta como pena más adecuada para los supuestos de atentado grave contra la integridad física, pero también debemos apostar porque no sea el único instrumento válido para luchar contra la violencia sobre las mujeres. Incluso en los casos en los que exista pena de prisión, deben ser acompañados de la rehabilitación del maltratador a través de un plan realista y efectivo de asunción de responsabilidad, toma de conciencia del abuso de poder y desequilibrio

generado con el acto violento en cualquiera de sus fases y resultados. Esta corresponsabilidad del delincuente es la única forma de que no vuelva a delinquir sobre la pareja o expareja, como se viene deduciendo de los quebrantamientos de medidas de alejamiento a pesar de las penas y medidas.

En esta lucha es básico contar con la construcción de un complejo sistema de indicadores. Para que una sociedad pueda activar mecanismos eficientes y eficaces es necesario disponer de los recursos técnicos y el conocimiento más complejo posible de la realidad sobre la que se interviene. En este sentido, los sociólogos deben de tener un protagonismo en estos estudios hasta ahora poco llamativo y sin ellos resulta difícil tener una idea estadística aproximada de lo que está pasando.

Igualmente se debe seguir en la línea de visibilización y apoyo para la denuncia de este crimen. Dicho esto, los datos estadísticos en la materia es verdad que poco han cambiado durante estos años en España. Sin embargo, hay un dato clave en las mismas: el número de denuncias ha ascendido desde la aprobación de la ley de forma indubitada. Ello significa que el umbral de sufrimiento, de soportar lo que se considera incluido en la condición de «esposa o pareja», se ha transformado. Ahora se sabe que al primer golpe o agresión puedes pedir ayuda y denunciar, la Administración ya no duda de la posible veracidad de unos hechos, hasta ahora, ocultos en el ámbito de lo privado y aceptados como tal desde la perspectiva institucional, tal y como acontecía antes de la ley. Afortunadamente, la especialización del juzgador ha sido una de las mejores reformas introducidas por el legislador. La sensibilidad creada en los jueces y magistrados es superior a los frentes abiertos a los que me acabo de referir. Algo está cambiando y debe seguir siendo así.

Desde la perspectiva de la posición y protagonismo de la víctima también podemos percibir ciertos hitos sobre su futuro. Si bien la LOVG diseñó con trazo grueso la protección del principio de igualdad en materia de género, imponiendo obligaciones y prohibiciones —razonablemente estrictas en aras de proteger a la víctima y en detrimento de su libertad—, se percibe que poco a poco en un futuro las cosas pueden ir previsiblemente cambiando, es decir, cuando la sociedad sea más ma-

dura el legislador podrá permitir a los jueces discriminar situaciones en las que la colisión entre la libertad de la víctima y el orden público restablecido son frecuentes. Sin embargo, hoy por hoy, el principio de igualdad entre el hombre y la mujer debe prevalecer como bien protegido en detrimento de la autonomía de la voluntad de la misma.

Los próximos años debieran ser tiempos de empoderamiento de la víctima. Se debe intentar que la mujer que decida denunciar reciba el apoyo legal y psicológico suficientes como para madurar la decisión e ir por esta vía judicial con todas las consecuencias y sin posteriores retractaciones, reconciliaciones, consentimientos en el quebrantamiento de la medida cautelar existente, etc. Esto supondrá, sí, la modulación del Derecho penal. No nos debe importar este retroceso del proceso penal si se logra seguridad en la víctima y colaboración para que, en primer lugar, no vuelva a estar ella en peligro y, en segundo término, para que cumpla la pena el maltratador en condiciones rehabilitantes para él. Solo así no volverá a molestarla.

En este sentido, los juicios rápidos se manifiestan como una herramienta excesivamente acelerada tanto en lo que se refiere a la averiguación e investigación del crimen (con el riesgo de juzgar la punta del iceberg) como en la imposición de una posible condena, lo que nos hace pensar en una revisión de este instrumento. Igualmente, en los próximos años debiera mejorar el régimen de ejecución de penas, especialmente las relativas a las obligaciones derivadas de la suspensión, sustitución y trabajos en beneficio de la comunidad como pena directa. Es un deber constitucional reinsertar al delincuente y en este tipo de delitos se observa con claridad, dada la propia base relacional, afectiva y psicológica que informa este tipo de agresiones y desequilibrios que perpetúan el conflicto y ahondan en el desequilibrio.

Por último, animando a que se produzcan cambios que vengan de Europa, creemos que la aprobación de la Directiva y Reglamento sobre la Orden de Protección Europea representan un avance indubitado en materia de protección de mujeres víctimas de violencia de género en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea, donde la libertad de movimiento y la seguridad personal son derechos fundamentales. En mi opinión, todo apunta a que España, líder de la iniciati-

va, se convertirá en modelo a seguir en este ámbito de tutela y ello contribuirá a largo plazo a generar un proceso similar al vivido en nuestro país hace unos años, es decir, repercutirá en una mayor sensibilidad en el resto de los países en estos temas de igualdad y género, lo que acaba repercutiendo en la creación de observatorios que visibilicen la magnitud de la violencia contra la mujer, modificando tipos delictivos de acuerdo con esos nuevos valores y prioridades y, en definitiva, contribuyendo a un nivel equiparable en el tratamiento de una misma tipología delictiva. También la creación de ONU Mujeres apunta en esta misma dirección.

Para acabar, considero que debemos siempre incidir en la idea de la *corresponsabilidad* en esta transformación social, es decir, todos y todas —hombres y mujeres— debemos hacer nuestro este cambio y solo así lograremos modificar las cifras estadísticas y en este camino, afirma Naciones Unidas, el papel de los hombres y de los jóvenes en el logro de la igualdad de género será determinante (Reunión de Expertos, Brasilia 2003).

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B., «El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 12/2008, de 13 de enero, Thomson Aranzadi.
- AÑÓN ROIG, M. J. / MESTRE MESTRE, R. »Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y derecho», *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, (coords. BOIX/MARTÍNEZ), Iustel (2005).
- AÑÓN, M. J. / MERINO, V., en vv. AA. (coord. MARTÍNEZ GARCÍA, E.), «Concepto de Violencia de Género tras seis años de la Ley Orgánica 1/2004», *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género, Un estudio Multidisciplinar y Forense*, Aranzadi (2012).
- BOIX REIG, J., en vv. AA. (Coor. Martínez García, E.), «Prólogo», *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género, Un estudio Multidisciplinar y Forense*, Aranzadi (2012).

- COMAS D'ARGERMIR, M., «La violencia doméstica y de género: Diagnóstico del problema y vías de solución», *Tutela procesal frente a hecho de violencia de género*, (VV. AA., coord. GÓMEZ COLOMER).
- FERRAJOLI, L., *Poderes salvajes*, Trotta, 2011.
- FREYTAGEN, V., *Strafrechtliche Nebengesetze*, Erbs/Kohlhaas (2006).
- GARCÍA SELGAS, F. / CASADO APARICIO, E., *Violencia de Género en la pareja: Género y vínculo*, Ed. Talasa (2010).
- HAGEMANN C., Violence without end? Some reflections on achievements, contradictions, and perspectives of the feminist movement in Germany. En R. C. A. Klein (ed.), *Multidisciplinary perspectives on family violence* (pp. 176-191). Londres: Routledge, 1998 y Hagemann-White, C., Gloor, D., Hanmer, J., Hearn, J., Humphreys, C., Kelly, L. *et al.*, *Gendering Human Rights Violations: The case of interpersonal violence, final Report (2004-2007) of the Coordination Action on Human Rights Violations (CAHRV)* (2008).
- HEINKE, V. *Nomos Kommentar zum Gewaltschutzgesetz, Vorbemerkung zum GewSchGnm. 8* (2010).
- LARRAURI PIJOAN, E., «Igualdad y violencia de género», *Revista para el análisis del Derecho. Indret*, febrero (2009), www.indret.com.
- LORENTE ACOSTA, M., *Los nuevos hombres nuevos*, Ed. Destino (2008).
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La experiencia española en la prevención y erradicación de los delitos de violencia de género: perspectivas de futuro en un marco comparativo europeo», *Revista Asparkia*, n.º 24 (2013).
- *Tutela judicial contra la violencia de género*, Iustel (2007).
- RIDAURA MARTÍNEZ, M. J., «El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, (coords. BOIX/MARTÍNEZ) (2005).
- SENÉS MOTILLA, C., «Reflexiones sobre la LO de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género en su cuarto aniversario», *Seminario Internacional «El proceso penal entre Europa y América: Especial consideración a las víctimas menores de edad»*, celebrado en la Universitat de Girona en noviembre (2008)
- VAN DER AA, S. *European Crim Policy Res* (2011).

LA MEDIACIÓN PENAL

PROF.^a M.^a PILAR MOLLAR PIQUER

*Profesora asociada de Derecho Procesal
Universitat Jaume I de Castellón*

En este trabajo se analiza la evolución de la mediación penal, su problemática, los delitos que podrían someterse a mediación, el desarrollo del procedimiento y sus fases.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.- II. SITUACIÓN ACTUAL.- III. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL.- IV. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.- V. CASOS QUE PUEDEN SOMETERSE A MEDIACIÓN.- VI. EFECTOS.- VII. CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFIA.

I. ANTECEDENTES

Desde finales de los años ochenta diversos organismos internacionales como Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social, la Unión Europea y el Consejo de Europa han recomendado la incorporación de la mediación penal.

La aprobación de la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) supuso una exigencia para todos los esta-

dos miembros de la Unión Europea al objeto de instaurar la mediación penal en sus respectivas legislaciones,¹³²¹ aunque no todos los países cumplieron en aquel momento esa exigencia

La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos de 29 de noviembre de 1985 ya instaba a los estados sobre la utilización de la conciliación y la reparación por el daño causado a las víctimas¹³²² de los delitos.

A partir de los años noventa han sido numerosos los textos de la Unión Europea y también de Naciones Unidas en los que está presente la mediación. Podemos hacer alusión a la Resolución 26/1999 de 28 de julio sobre desarrollo e implementación de la mediación y las medidas de la justicia restaurativa en la justicia criminal.¹³²³

Tras esta, la Unión Europea prevé la mediación en su Recomendación R99/19, de 15 de septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y en la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 24 de julio, sobre los principios básicos en relación a los programas de justicia restaurativa.¹³²⁴

A nivel nacional estas exigencias se reiteran; así, el Consejo General del Poder Judicial ha realizado grandes esfuerzos implantando proyectos piloto de mediación en algunos juzgados, al objeto de valorar su eficacia, su viabilidad, incidencia, casuística y posibilidades de éxito.

Valencia fue pionera al implantar el primer programa de mediación penal en España en el año 1993.¹³²⁵

Desde entonces se han desarrollado proyectos de mediación en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Torrent, en el Juzgado de

1321. Montero Hernanz, T.: *La futura mediación penal en España*, Aranzadi, S. A., Pamplona, 2013, BIB 2013/2095, p. 1.

1322. Barata López, J.: «La mediación en el ámbito penal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero de 2013.

1323. García Arán, M.: *Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, TOL2.283.210, p. 7.

1324. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, TOL3.054.407, p. 1.

1325. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, cit., p. 1.

lo Penal núm. 2 de Alicante, y en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante,¹³²⁶ proyecto este último que se aplica desde el año 2007 a través de la llamada «Oficina Judicial de Coordinación Institucional».¹³²⁷

Al proyecto de Valencia le siguió Cataluña,¹³²⁸ que implantó la mediación en 1998¹³²⁹ con un proyecto piloto que llevó a cabo la primera experiencia en adultos, habiendo tenido experiencia en menores desde el año 1990.

Es destacable el proyecto piloto de mediación penal de la comunidad autónoma de La Rioja, surgido en el año 1999, donde a diferencia de los proyectos existentes en otras comunidades como Cataluña, Valencia o el País Vasco, la *valoración* inicial sobre la idoneidad del inicio de la mediación lo realiza la Oficina de Atención a la Víctima, quien, tras analizar las circunstancias específicas del asunto, realiza la propuesta de acudir a un proceso de mediación, dando cuenta de ello a la Fiscalía Superior de La Rioja.¹³³⁰

Juristas como Cervelló Donderis y Magro Servet, entre otros, consideran la mediación como una herramienta fundamental para implantar el concepto de «justicia restaurativa o reparadora».¹³³¹

El objetivo fundamental de la mediación consiste en un intento de acercar posiciones entre víctima y delincuente y en la consecución

1326. <http://www.favide.es/es/mediacion-penal>. Últ. consulta el 7 de julio de 2014.

1327. Magro Servet, V., artículo publicado en <http://www.diarioinformacion.com/opinion/2013/04/25/nueva-regulacion-legal-mediacion-penal/1366897.html>. Últ. consulta el 30 de junio de 2014.

1328. Martínez Soto, T.: «Mediación penal y su implantación en España: ámbito de la responsabilidad del menor». Estudio comparativo con Reino Unido. Riedpa.com, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. www.riedpa.com n.º 1/2011.

1329. Guimerà i Galiana, A.: «La mediación Reparación en el Derecho penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto de Cataluña», publicado en <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano3-2005/a32005art3.pdf>.

1330. Gordillo Santana, L. F.: «La Mediación Penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia». http://www.larioja.org/ofivictima/pdf/articulos/programa_piloto.pdf, p. 7.

1331. Barona Vilar, S.: «Mediación Penal: un instrumento para la tutela penal». Dialnet n.º 94 del 2012, pp. 23-32, y Barona Vilar, S.: «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso hacia la resocialización y la justicia restaurativa». Dialnet n.º 26 del 2009, pp. 11-53.

ción de la reparación del daño junto a la reinserción social del condenado.¹³³²

Este modelo de justicia en el ámbito penal considera que el intento de restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho delictivo se logra por la vía de la reparación del daño y de la reconciliación de la víctima con el delincuente. Bajo nuestro punto de vista esta opción puede ser la más acertada para conseguir tanto la reparación del daño a la víctima, como la reconducción de la futura conducta del inculpaado.

En España la regulación legal de la mediación penal se puso de manifiesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Actualmente aparece regulada en el Anteproyecto de Código Procesal Penal, de 20 de septiembre de 2013 (en adelante ACPP). Hasta este momento no existía regulación debido a que el legislador consideraba que la introducción de la mediación precisaba una reforma en profundidad de la LECRIM, a lo cual se sumaba el problema de la no disponibilidad del proceso penal que parecía impedir la mediación.

El modelo español de mediación penal, regulado en el ACPP, desarrolla el proceso de forma que su puesta en práctica tenga lugar dentro del procedimiento, de forma paralela a este, respetando el principio de legalidad y el monopolio jurisdiccional.

Una vez admitida por el legislador la posibilidad de acudir a la mediación en el proceso penal, es de vital importancia la determinación del ámbito de la mediación penal, la concreción de los delitos que pueden someterse a mediación.

Analizando los modelos europeos, se encuentran el modelo alemán y el francés de mediación penal que delimitan los delitos susceptibles de mediación por la gravedad de la pena, mientras que Austria, Canadá, el Reino Unido, Nueva Zelanda y Bélgica no establecen límite alguno, y en otros como Noruega y EE.UU. se excluyen algunos delitos como los cometidos con violencia o contra la libertad sexual.¹³³³

1332. Barata López, J.: «La mediación en el ámbito penal», cit., p. 3.

1333. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, cit., p. 11.

Actualmente la Decisión marco de 15 de marzo de 2001 de la Unión Europea ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Esta Directiva, además de establecer la obligación de proteger a la víctima del delito, de modo que quede garantizada la reparación del daño, establece la exigencia de que todos los estados miembros de la Unión Europea aprueben disposiciones sobre mediación¹³³⁴ con el límite temporal hasta el 16 de noviembre de 2015.

Por lo que respecta a los casos de violencia de género, la aplicación de la mediación penal en estos procesos es cada vez más discutida aunque la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género 1/2004, de 28 de diciembre, excluye la mediación penal en cualquier supuesto, al igual que sucede en Luxemburgo.¹³³⁵ Ello tiene sentido por la posición de dominio que ostenta el agresor frente a la víctima, infundiendo temor en esta, conducta que no resulta apropiada para iniciar un proceso de mediación.^{1336, 1337}

Por lo que respecta a la fase del proceso penal en que puede tener lugar un proceso de mediación, según los modelos de países como EE. UU., el Reino Unido, Bélgica y Canadá el proceso de mediación lo han extendido incluso al ámbito penitenciario, pudiendo incluso desarrollarse dentro de la fase de ejecución.

II. SITUACIÓN ACTUAL

En España actualmente se desarrollan programas de mediación penal en casi todas las comunidades autónomas y se extienden a todo tipo

1334. Montero Hernanz, T.: *La futura mediación penal en España*, cit., pág. 1.

1335. Martínez García, E.: «La mediación penal en los procesos de violencia de género». Dialnet n.º 33 de 2011, pp. 9-32.

1336. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, cit., p. 13.

1337. Gómez Colomer, J. L.: *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón, 2007.

de delitos, a excepción, como hemos referido, de los temas de violencia de género cuya prohibición viene establecida en la propia Ley de Protección Integral de la Violencia de Género.¹³³⁸

Cataluña y el País Vasco, al tener las competencias transferidas en materia de administración de justicia, han desarrollado de forma estable la mediación penal.

Tanto en Cataluña como en el País Vasco, la elección del asunto que se somete a mediación está basada en las circunstancias concretas del caso más que en el tipo de delito y en su gravedad.

Ambas comunidades autónomas han desarrollado procedimientos de mediación en casi todos los tipos de delitos y faltas. La misma línea han seguido Burgos y La Rioja, donde la mediación penal se aplica como delitos y faltas

En el caso de Zaragoza predomina su aplicación a los delitos; en Navarra se aplica a todo tipo de delitos excluidos los de atentado, resistencia, delitos cometidos por funcionarios en ejercicio de sus cargos.

En Alicante y en Huelva, la mediación se limita a los delitos; en Cádiz se excluye de aplicación en los supuestos de delitos con víctimas no individuales como seguridad del tráfico.¹³³⁹

Actualmente en la Comunidad Valenciana se ha suscrito un convenio entre la Universidad de Valencia, la Generalitat y el Consejo General del Poder Judicial que consiste en la posible participación voluntaria en un proceso de mediación de la víctima y del imputado en un delito o falta.¹³⁴⁰

Algunos autores como Cervelló Donderis consideran que la mediación penal debe realizarse teniendo en consideración los principios y fines del Derecho penal y de la pena, incluidas sus consecuencias económicas, por ello, el mismo autor entiende que la mediación podría

1338. http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion_Penal. Últ. consulta el 7 de julio de 2014.

1339. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, cit., p. 13.

1340. <http://www.elmundo.es/comunidad-valenciana/2014/03/24/532fea9c268e3ec92c8b456a.html>. Últ. consulta el 7 de julio de 2014.

ser el sustitutivo para el enjuiciamiento de penas de prisión de menor gravedad.¹³⁴¹

III. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL

Por primera vez en España, el concepto de «justicia restaurativa» y su puesta en escena a través de la mediación, se regula en el ACPP, que la introduce en el título VI.

Coinciden los autores¹³⁴² en que la mediación supone un nuevo modelo de «justicia restaurativa» que facilita la reinserción social del agresor, tras la demostración del fracaso que el Derecho penal tradicional ha supuesto en la resolución de conflictos sociales.

La propia Exposición de Motivos configura la mediación penal como instrumento para alcanzar ciertos fines, dando prioridad a los intereses de la víctima. Su fundamento es la gestión del conflicto y la reparación del daño con la intervención de un tercero independiente con los conocimientos adecuados.

La mediación penal se regula en el ACPP como una opción «intra judicial» basada en la voluntariedad. Así se define en la Exposición de Motivos y en el art. 143 del ACPP.

El requisito fundamental para que la mediación pueda iniciarse es la voluntad de sometimiento de las partes, tanto del acusado como de la víctima.¹³⁴³

El fin que persigue la mediación es la aplicación del principio de «justicia restaurativa», entendido de forma más amplia que la simple indemnización que se consigue dentro del procedimiento judicial, incluyendo tanto la restauración de la víctima, como la

1341. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, cit., p. 29.

1342. Barona Vilar, S., Gómez Colomer, J. L., Panchadell Gargallo, A., Calderón Cuadrado, M. P., entre otros.

1343. Magro Servet, V.: «La nueva regulación de la mediación penal en el nuevo Código Procesal Penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5/2013. Ed.: Aranzadi, S. A., Pamplona, 2003, p. 2.

prevención de futuros actos delictivos que pudiera realizar el acusado.¹³⁴⁴

La mediación posibilita que el daño a la víctima sea reparado tanto en su parte económica como moral y psicológica, algo de gran trascendencia, puesto que la vía judicial solo permite reparar la parte económica, ya que los sentimientos de indignación, frustración, etc., que sufre la víctima, se ven incluso incrementados tras la celebración del juicio.¹³⁴⁵

Con este procedimiento «alternativo» se consigue que los sentimientos de ira de la víctima afloren en el diálogo y esta sienta una liberación que no consigue con la celebración del juicio, donde sufre la impotencia de ver que no domina la situación, donde el trámite procesal es muy estricto, no puede intervenir como desearía, y la condena es para la víctima, inferior a la que merece el autor.¹³⁴⁶

No debemos perder de vista los principios básicos sobre los que debe desarrollarse, puesto que debe realizarse en base a unos principios básicos que en parte coinciden con los principios básicos de la mediación en otras ramas del derecho, aunque debe tenerse especial atención a los principios propios del proceso penal y a sus especialidades, de modo que deberá valorarse en su actuación y regulación.

Los principios que informan la mediación penal se regulan en el art. 144 del ACPP, añadiendo a estos los principios básicos de la mediación en general, *los de reparación del daño, la gratuidad*¹³⁴⁷ y *la oficialidad*.

Los principios fundamentales del procedimiento de mediación a que hace alusión el art. 144 referido son:¹³⁴⁸

1344. Magro Servet, V.: «La nueva regulación de la mediación penal en el nuevo Código Procesal Penal», cit., p. 4.

1345. Seara, P., López Jiménez, R., Méndez Valdivia, M., Merino Ortiz, C., Moreno Catena, V., Otero Parga, M., Pérez Daudí, V., Perulero García, D., Romera Antón, C., Saint-Mezard Opezzo, D., Saiz Garitaonaendía, A., Sanz Parrilla, M., Soletto Muñoz, H., Villagrasa Alcaide, C., Viola Demestre, I., Zafra Espinosa de los Monteros, R., *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*.

1346. Martínez Perza, C.: «La mediación en el ámbito penal», cit., p. 4.

1347. Martínez Perza, C.: «La mediación en el ámbito penal». Publicado en la web del Ilustre Colegio de Abogados de Huelva, <http://www.icaluelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf>, p. 3.

1348. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, cit., p. 6.

1. El sometimiento voluntario de las partes, una vez informadas del procedimiento de mediación.¹³⁴⁹
2. La confidencialidad como garantía de la información que se obtenga en el proceso.¹³⁵⁰ La intervención del mediador queda sujeta al secreto profesional, no pudiendo ser llamado a declarar sobre los hechos objeto de la mediación,¹³⁵¹ ni tampoco informar al juez de su desarrollo.
3. La imparcialidad, dado que el mediador es un tercero imparcial.
4. Se impulsa por el propio juez de oficio previo acuerdo o a iniciativa del Ministerio Fiscal o del abogado defensor.
5. Es un procedimiento gratuito, de forma que sea accesible a las partes.
6. Discurre a través de un procedimiento flexible en cuanto al tiempo de duración y extensión de las sesiones.
7. Ambas partes tienen las mismas oportunidades de presentar sus posiciones, Se exige que exista igualdad de las partes en la adopción del acuerdo, debe existir igualdad entre las partes a la hora de ver plasmados sus acuerdos.
8. El inicio del proceso de mediación puede darse en las diferentes fases del proceso penal. La forma de inicio del procedimiento dependerá de la fase en que esté el procedimiento judicial.

La posible opción de la mediación puede adoptarse en cualquier fase del procedimiento. En el caso de que el procedimiento se encuentre en la fase de diligencias previas se valora por el juez, o se propone por el Ministerio Fiscal o el abogado defensor que el asunto puede someterse a mediación. El momento oportuno para proponerse durante la primera declaración que preste el imputado.

1349. Se hace alusión a ella en el art. 143 del Anteproyecto de CPP.

1350. Martínez Perza, C.: «La mediación en el ámbito penal», cit., p. 3.

1351. Según el protocolo de mediación penal editado por el Consejo General del Poder Judicial bajo el título *La mediación penal en el sistema de justicia*. Publicado en <http://mediacionesjusticia.com/2013/10/14/guia-para-la-practica-de-la-mediacion-intra-judicial-del-cgpj/>.

En caso de que el juez estime que el asunto debe someterse a ella, será él mismo quien lo acuerde, previo conocimiento del Ministerio Fiscal.¹³⁵²

En la fase de juicio oral ante el tribunal sentenciador, si el juez con acuerdo del fiscal valora la posibilidad de someter el asunto a mediación, podrá realizarlo de oficio, comunicando esta decisión a las partes.

Si la mediación se inicia en la fase de ejecución, la decisión de sometimiento del asunto a mediación es también de oficio, siendo el secretario judicial quien contacta con el abogado defensor para informarle de que se ha considerado someter el asunto a mediación.

Esta es aconsejable en supuestos en que concurren circunstancias especiales donde sea incluso desaconsejable la ejecución de la pena y no exista alarma social. En estos casos se podría alcanzar mediante un proceso de mediación la reparación del daño por parte del condenado a la víctima, con la ventaja de la reinserción del penado.¹³⁵³

Distinto sucede en el juicio de faltas, donde el juez con acuerdo del Ministerio Fiscal, resuelve someter la cuestión a mediación sin necesidad de notificación a las partes.

IV. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El inicio de la mediación se regula en el art. 144.2 del ACPP, y se lleva a cabo mediante la comunicación por parte del Ministerio Fiscal, bien de forma directa o a través de la Oficina de la Víctima, de la posibilidad de someter el conflicto a mediación.

Este comporta una serie de consecuencias para el proceso penal, como la posible suspensión de las diligencias de investigación mediante decreto, siempre que el juez lo considere oportuno (art. 145 ACPP).

1352. Según el protocolo de mediación penal editado por el Consejo General del Poder Judicial bajo el título *La mediación penal en el sistema de justicia*. Publicado en <http://mediacionesjusticia.com/2013/10/14/guia-para-la-practica-de-la-mediacion-intra-judicial-del-cgpj/>.

1353. Montero Hernanz, T.: *La futura mediación penal en España I*, Aranzadi, S. A., Pamplona, 2013, BIB 2013/1368, p. 4.

La decisión de acudir a la mediación, así como su finalización y resultado, serán comunicadas al Ministerio Fiscal (art. 144.3 ACPP).

El procedimiento de mediación se desarrolla en varias etapas, coincidentes en cualquier proceso de mediación, existiendo en primer lugar una sesión informativa y tras ella, varias sesiones constitutivas donde se intentará llegar al acuerdo de mediación.¹³⁵⁴

Estas etapas incluyen:

1. La selección por parte del juez o del sistema de mediación e informe de este a las partes a través de sus abogados y al MF.
2. La derivación del asunto al equipo de mediación.
3. Los primeros contactos.
4. El primer encuentro dialogado de las partes y los sucesivos encuentros.
5. Si se alcanza el acuerdo, se plasma por escrito que firman las partes.
6. Por último, la ejecución de los acuerdos.

Entre las peculiaridades de la mediación penal que la hacen distinta a la realizada en otros campos del derecho, encontramos la protección sobre lo actuado en el proceso de mediación a través de la prohibición de comparecencia del mediador como testigo en juicio, y de la exigencia de secreto; lo que se conoce a través de la mediación es estrictamente confidencial, está sometido a secreto.

Toda la información que surja del desarrollo de las sesiones será confidencial y no podrá utilizarse para incriminar al acusado. Ni siquiera el propio juez puede conocer el contenido de las sesiones de mediación, salvo el acuerdo que se alcance.

A lo largo de las sesiones de mediación, el autor no precisa reconocer los hechos, como tampoco es necesario su reconocimiento para elaborar el acta de acuerdo que ponga fin a la mediación.

Por lo que respecta a la intervención de los abogados de las partes en el procedimiento de mediación, esta se hace necesaria al objeto de

1354. Montero Hernanz, T.: *La futura mediación penal en España*, cit., p. 3.

garantizar el respeto de las garantías constitucionales que asisten a las partes.

Se inicie la mediación en cualquiera de las fases del proceso penal, su procedimiento es el mismo, remisión de la documentación por parte del juzgado al centro de mediación donde se inicia una primera fase de acogida de las partes por el mediador, la segunda fase, de diálogo entre las partes, con la presencia del mediador, y la tercera y última fase, la de acuerdo que puede llegar a alcanzarse o no, es totalmente libre y voluntario de las partes. Tanto si finaliza con acuerdo como sin él, este se traslada al juzgado

Si no existe acuerdo entre las partes se abre el juicio oral, y de existir acuerdo, se trasladan los escritos de calificación en conformidad al Juzgado Penal que tenga que enjuiciar.

V. CASOS QUE PUEDEN SOMETERSE A MEDIACIÓN

En principio parece que la selección más acertada lo sea a partir del tipo de sujetos intervinientes, tanto del lado de la víctima como del delincuente, como del ofendido.

Antes de iniciar el proceso de mediación, como condición indispensable para valorar la aptitud de la víctima para someterse a mediación, debe recibir la información exacta y detallada de todo el proceso de mediación, mostrando esta verdadero interés en participar en ella.

Debemos destacar la especial formación con que deberá contar el mediador en temas penales, puesto que su papel es un tanto distinto al que ostenta en los demás tipos de asuntos dadas las especialidades de la materia. El mediador deberá ser consciente del alcance del acuerdo y solo debe consensuar los acuerdos que considere susceptibles de cumplimiento.¹³⁵⁵

Barallat López considera que los delitos penales más susceptibles de mediación son los delitos contra el honor, los de lesiones menos graves,

1355. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, cit., p. 31.

los delitos patrimoniales de hurto, robo, apropiación indebida y defraudación, siempre que sean menos graves y el infractor no sea delincuente habitual, los delitos de imprudencia con resultado de lesiones, daños o incluso muerte y los delitos perseguibles previa denuncia de la víctima, salvo los de libertad sexual.¹³⁵⁶

VI. EFECTOS

Entre los efectos que pueden resultar de someter el proceso a mediación distinguimos los que afectan al acuerdo entre las partes, que serán únicamente los que estén plasmados en el texto del acuerdo, y los que afectan al acusado en cuanto a la pena a imponer por el delito o falta cometido.¹³⁵⁷

En relación a los efectos sobre el acusado, el sometimiento del asunto a mediación supone un esfuerzo que realizan las partes por reconocer los hechos y reparar el daño.

Por ello se considera que el acusado debe ser premiado, siendo decisión del órgano judicial la aplicación del beneficio que estime oportuno en relación a la pena a imponer y al conjunto de circunstancias del caso.

Entre los efectos que los órganos judiciales pueden considerar a la hora de dictar sentencia cuando se ha sometido un asunto a mediación podemos destacar:

- a) La *reducción* de la pena a importe al acusado, por parte del órgano sentenciador, el cual podrá aplicar la atenuante establecida en el art. 21.5 CP de reparación del daño por haberse sometido a mediación.

Esta atenuante podrá aplicarse incluso si el infractor mostrase su voluntad de someterse a ella pero no fuera posible por el rechazo de la víctima.¹³⁵⁸

1356. Barata López, J.: «La mediación en el ámbito penal», cit., p. 15.

1357. Cervelló Donderis, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, cit., p. 16.

1358. Martínez Perza, C.: «La mediación en el ámbito penal», cit., p. 7.

- b) Podrá darse una posible *suspensión* de la pena impuesta, establecida en los arts. 80 a 87 CP, cuando esta sea privativa de libertad. En el caso de que el acusado sea drogodependiente se podrá acordar una suspensión genérica de la condena si se celebra la mediación ya en el ámbito de la ejecución de la pena, pudiendo surtir efecto en cuando a posible suspensión de la pena privativa de libertad impuesta. Podrá también acordarse la suspensión por la causa prevista en el art. 4.4 del CP, en los supuestos de petición de indulto, dado que el juez podría valorar la petición de indulto ante el sometimiento del asunto a mediación.
- c) La *sustitución* de la condena, en caso de ser privativa de libertad, podría ser sustituida por pena de multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad.

En materia penitenciaria la mediación surte sus efectos en la concesión de permisos de salida, exclusión del periodo de seguridad del art. 36.2 CP o en la concesión de libertad condicional.¹³⁵⁹

Tanto la víctima como el acusado gozan de beneficios en cuanto al resultado que pueden conseguir con la mediación; respecto a la víctima, puede ver su derecho de resarcimiento reconocido, y respecto al acusado, además de los beneficios expuestos, puede conseguir el principal objetivo de la mediación penal, la reinserción.

Con estos logros se alcanza uno de los objetivos del Derecho penal que es la resocialización, reduciendo delitos futuros y tratando al delincuente de forma más humana.

VII. CONCLUSIONES

La mediación penal supone un gran avance social donde se ofrecen una serie de garantías en el tratamiento a la víctima, de forma que se protegen mejor sus derechos, al poder participar directamente en la adopción del acuerdo.

1359. Martínez Perza, C.: «La mediación en el ámbito penal», cit., p. 7.

La voluntariedad de las partes de someterse a mediación es de tal importancia que si existiera, podrían someterse a mediación todo tipo de delitos, a excepción de los de violencia de género y los de agresión sexual.

Para los delitos referidos en el párrafo anterior, así como para los delitos más graves, como pueden ser los violentos, o aquellos en que se vea afectada una colectividad, quedaría excluida la mediación, como también lo estaría en delincuentes habituales en los que se considera muy difícil la reinserción.

Al objeto de fomentar la referida voluntariedad de sumisión de las partes a mediación, deberían estimularse los programas de mediación por parte del legislador mediante la exposición de las ventajas que ofrece a las partes; por un lado, al penado, por la posible aplicación de atenuantes, sustitución de la pena, etc., y para la víctima, que goza de la posibilidad de verse resarcida del perjuicio causado con mucha más celeridad que en el proceso judicial, pudiendo expresar su opinión y posición en cualquier momento del proceso, así como ajustar la indemnización a recibir de forma más directa y personal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., CARRETERO MORALES, E., CASTILLEJO MANZANARES, R., DI STEFANO LOREDANA, ESTEBAN SOTO, Y., FAJARDO MARTOS, P., FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., FONT GUZMÁN, J. N., FREIRE PÉREZ, R., FUNES LAPONNI, S., GIL ALBURQUERQUE R., GONZÁLEZ PILLADO, E. *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- BARATALL LÓPEZ, J.: «La mediación en el ámbito penal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero de 2013.
- BARONA VILAR, S.: «Mediación Penal: un instrumento para la tutela penal». *Dialnet* n.º 94, 2012.
- «Mediación penal como pieza del sistema de tutela en el siglo XXI. Un paso hacia la resocialización y la justicia restaurativa», *Dialnet* n.º 26, 2009, pp. 11-53.

- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, TOL3.054.407.
- GARCÍA ARÁN, M.: *Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, TOL2.283.210.
- GÓMEZ COLOMER, J. L.: *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Universitat Jaume I, Servei de Comunicació i Publicacions, Castellón, 2007.
- GORDILLO SANTANA, L. F.: «La mediación penal: caminando hacia un nuevo concepto de justicia». http://www.larioja.org/ofivictima/pdf/articulos/programa_piloto.pdf.
- MAGRO SERVET, V.: «La nueva regulación de la mediación penal en el nuevo Código Procesal Penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5/2013. Aranzadi, S. A., Pamplona, 2003.
— artículo publicado en <http://www.diarioinformacion.com/opinion/2013/04/25/nueva-regulacion-legal-mediacion-penal/1366897.html>.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.: «La mediación penal en los procesos de violencia de género», *Dialnet*, n.º 33, 2011.
- MARTÍNEZ PERZA, C.: «La mediación en el ámbito penal». Publicado en la web del Ilustre Colegio de Abogados de Huelva, <http://www.ichuelva.es/ArticulosDoctrinales/MediacionPenal.pdf>.
- MARTÍNEZ SOTO, T.: «Mediación penal y su implantación en España: ámbito de la responsabilidad del menor». Estudio comparativo con Reino Unido. Ed.: Riedpa.com, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. www.riedpa.com, núm. 1/2011.
- MONTERO HERNANZ, T.: *La futura mediación penal en España*, Aranzadi, S. A., Pamplona, 2013, BIB 2013/2095.
— *La futura mediación penal en España I*, Aranzadi, S. A., Pamplona, 2013, BIB 2013/1368, p. 4.
- Protocolo de mediación penal editado por el Consejo General del Poder Judicial bajo el título *La mediación penal en el sistema de justicia*. Publicado en <http://mediacionesjusticia.com/2013/10/14/guia-para-la-practica-de-la-mediacion-intrajudicial-del-cgpj/>.

SEARA, P., LÓPEZ JIMÉNEZ, R., MÉNDEZ VALDIVIA, M., MERINO ORTIZ, C., MORENO CATENA, V., OTERO PARGA, M., PÉREZ DAUDÍ, V., PERULERO GARCÍA, D., ROMERA ANTÓN, C., SAINT-MEZARD OPEZZO, D., SAIZ GARITAONAENDÍA, A., SANZ PARRILLA, M., SOLETO MUÑOZ, H., *Proceso penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

VILLAGRASA ALCAIDE, C., VIOLA DEMESTRE, I., ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «*Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*».

SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

PROF. DR. VÍCTOR MORENO CATENA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. LOS FINES DEL PROCESO PENAL.- II. EL PROCESO PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS.- III. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO CLAVE DEL SISTEMA PENAL. 3.1. La presunción de inocencia como regla de tratamiento. 3.2. La presunción de inocencia como regla de juicio. 3.3. El derecho a no autoinculparse y a no cooperar. 3.4. Las declaraciones del imputado y el derecho al silencio.

I. LOS FINES DEL PROCESO PENAL

En la actualidad atravesamos por unos momentos de profunda reflexión acerca del proceso penal en la mayoría de los países europeos y de América Latina,¹³⁶⁰ que nos permite enfocar el análisis desde dos

1360. No fue ajeno al movimiento reformista, sobre todo en su querida Centroamérica, el querido, entrañable y comprometido Dr. César Barrientos. Precisamente este compromiso con la justicia y con los más necesitados, sincero y personal, de entrega total como solamente él sabía hacerlo, contribuyó decisivamente a su trágico final. Estas modestas líneas quieren ser un encendido homenaje a su persona y una adhesión incondicional a los ideales que movieron su vida.

perspectivas que resultan complementarias. Por una parte, se discute sobre la *eficacia* del proceso penal, y se nos hace ver que al ser un instrumento de política criminal, debe dar una respuesta cumplida, ágil y eficaz a las infracciones contra los bienes jurídicos más preciados para el conjunto de la sociedad, que son los que el Derecho penal protege. Por otra parte, se plantea el cumplimiento de las *garantías procesales* en la persecución penal, esto es, se analiza si el actual modelo respeta las exigencias y los derechos fundamentales que se han ido construyendo durante décadas y que se reconocen tanto en las normas constitucionales, como en los Códigos procesales y en las resoluciones que los interpretan, así como en los textos internacionales sobre derechos humanos.

El proceso penal probablemente sea el principal campo de tensión entre la seguridad ciudadana y el derecho a la libertad de quien se ve sometido al proceso. Cuando alguien es llamado como imputado a un proceso aparece su libertad seriamente amenazada, y se ponen en severo riesgo el *valor político que representa la libertad*, así como el conjunto de derechos que conforman las libertades civiles, singularmente el honor y el patrimonio, tanto por la definitiva imposición de sanciones en una eventual sentencia condenatoria, como en razón de las medidas cautelares que se pueden adoptar durante la sustanciación del procedimiento.

Pero también es cierto que, frente al derecho a la libertad, la seguridad pública representa también un valor digno de especial protección, *la seguridad en la pacífica convivencia*, en la imperturbabilidad de la tranquilidad personal y en el disfrute de las propias libertades.

La seguridad pública cuenta con el proceso penal como uno de sus más importantes elementos, precisamente como el instrumento de cierre de la lucha contra la criminalidad y de las medidas de política criminal de diversa índole que deben adoptar los poderes públicos, de modo que se atribuye al sistema de justicia penal la administración y gestión del medio a través del cual imponer la sanción que corresponda al responsable de la acción delictiva.

El proceso penal es sin duda el instrumento último de la política pública de seguridad, por lo cual el interés y la responsabilidad de los

gobernantes en su diseño es uno de los puntos de equilibrio más delicados del Estado democrático, porque debe atender a la mejor represión de las conductas delictivas, pero sin menoscabo del escrupuloso respeto de las libertades individuales. Por ello la reforma del proceso penal representa un proceso de transformación que excede ampliamente la mera reforma normativa.

El actual proceso de transformación en materia penal ha llevado a la comunidad jurídica a plantearse qué valores están jugando un mayor papel en las reformas y de qué modo lo están haciendo. Por una parte, se discute arduamente sobre los fines y la esencia del Derecho penal con argumentos de gran solidez, y aquí encontramos un amplio abanico de posiciones doctrinales que van desde quienes defienden lo que se ha denominado Derecho penal del enemigo, pasando por el neorretribucionismo, a quienes abogan por la desaparición del Derecho penal formal, por la desformalización o abolición de la respuesta represiva.

Por otra parte, en el orden procesal se plantea una viva polémica acerca de la adecuación del proceso penal a las exigencias constitucionales, o, dicho de otro modo, si el proceso actual respeta las garantías que se han ido construyendo tanto desde las normas constitucionales como desde los textos internacionales sobre derechos humanos. Y se pretende avanzar hacia la implantación de un proceso penal verdaderamente adversarial, regido por el principio acusatorio.

Además, dentro de los problemas objeto de controversia, se debate sobre la eficacia del proceso penal, que debe dar una respuesta cumplida, ágil y eficiente a las infracciones contra los bienes jurídicos que se protegen con las normas penales, a partir de la defensa de la libertad y de las garantías en favor del imputado.

La evolución del sistema penal, del conjunto de disposiciones represivas (normas penales materiales) y garantes de los derechos (normas procesales penales) nos coloca actualmente en una coyuntura difícil. La verdad es que se ha producido una radical transformación en los modelos procesales de todos los países de América Latina, pero en muchos casos sin preocuparse por disponer de un diagnóstico previo y un análisis preciso de la situación: *por qué* era necesario cambiar, si es que el sistema penal no funcionaba; *para qué* era necesario cambiar, cuál

era el objetivo que se perseguía; *cómo* era necesario cambiar, estableciendo el camino a seguir. Pareciera que las profundas reformas se han impuesto a base de una dosis de emulación de ordenamientos jurídicos más avanzados, junto con otra gran dosis de valoración política como producto eficaz contra la inseguridad pública.

Pero obviamente el sistema de justicia penal no es más que un simple instrumento de la política criminal que no puede, por sí solo, dar las respuestas que la sociedad espera. En muchos países de nuestro entorno la situación de inseguridad, lejos de mejorar con los cambios legislativos, ha empeorado de manera escandalosa; y es que las reformas, si son realmente profundas como la que aquí se ha acometido, no se pueden centrar exclusivamente en las normas sino que ha de extenderse al cambio de paradigma, y para eso es preciso modificar todo el sistema: desde los edificios e instalaciones y la técnica de depuración de las causas en tramitación, a la formación en los nuevos papeles que deben desempeñar todos los que intervienen en el procedimiento; respecto de los servidores públicos, es preciso introducir incentivos y complicidades, así como mejorar su estatuto profesional para asegurar y garantizar su independencia; respecto de los profesionales privados hay que asegurarse que sus funciones como defensores se salvaguardan de manera escrupulosa; en relación con los ciudadanos hay que hacer un esfuerzo de explicación del modelo, de lo que supone en el incremento de las garantías y en la democratización de la justicia.

En definitiva, la reforma de la justicia penal es un programa ambicioso que necesita del concurso de toda la sociedad si no se quiere convertir estas reformas en puras declaraciones que pretenden obtener cierta rentabilidad política, pero carecen de eficacia práctica o, lo que es peor, generan falsas expectativas en la población sobre unos logros que el sistema penal nunca podrá cumplir.

Las reformas procesales penales que Latinoamérica ha experimentado en las últimas décadas no pivotan únicamente sobre la sustitución de ciertas leyes o códigos por otros, sino que son el paradigma de una transformación integral, completa y sistémica sobre la forma de comprender y estructurar el sistema de persecución y enjuiciamiento criminal de cada nación, aunque no siempre esta circunstancia se haya

explicado suficientemente. El desarrollo y promoción de estas reformas supone a su vez la profundización en el carácter democrático y en el respeto al Estado de derecho en el lugar donde se producen.

Debe por tanto, considerarse el proceso de cambio de la justicia penal como un auténtico paso hacia la renovación democrática, que surge a partir de la exigencia de modificar las obsoletas instituciones jurídicas propias del modelo procesal inquisitivo o del acusatorio mixto, para sustituirlos por los planteamientos, por los principios y por las lógicas del modelo acusatorio.

Y no se trata de un puro cambio nominal, ni siquiera sustituir el reparto de las responsabilidades procesales que deben asumir los actores públicos que intervienen en el proceso, sino de cambiar el modo de entender la justicia penal. La migración del sistema penal que hemos querido llamar acusatorio formal, pero que mantiene estructuras y características propias del proceso inquisitivo, a un proceso acusatorio resulta una tarea difícil porque el fin esencial del proceso penal no puede ser encontrar y castigar al culpable, sino garantizar al conjunto de la sociedad que se va a celebrar un juicio justo.

Eso no quiere decir que el Estado pueda renunciar a su deber de perseguir eficazmente los delitos y de llevar a juicio a aquel contra quien haya logrado reunir elementos suficientes para lograr una sentencia de condena; pero esta responsabilidad no es de los jueces, que han de mantenerse imparciales en el debate procesal, sin intervenir en el desarrollo y ejecución de la política criminal, de la respuesta a la delincuencia; su papel radica en velar por las garantías y ajustarse al cumplimiento de la ley.

En el modelo acusatorio el foco se centra en el juicio mientras que el modelo acusatorio formal se incide esencialmente en la instrucción, lo que genera un excesivo poder de los órganos de persecución penal que se convierte en un peligro para los derechos de los ciudadanos, que se pueden ver sometidos a una investigación penal que es, en sí misma, estigmatizante, y a una sentencia condenatoria, de modo que es esencial el papel de garante de los jueces durante la investigación, autorizando solamente actuaciones que estén plenamente justificadas, y en el juicio con sentencias fiables por su fundamentación y dicta-

das con todas las garantías, esencialmente la de la imparcialidad del juzgador.

La culpabilidad solamente se puede establecer a través de pruebas practicadas en el juicio y con respeto a las normas procesales en su obtención. La presunción de inocencia ha de regir durante todo el procedimiento, sin que pueda ser enervada más que mediante sentencia condenatoria debidamente motivada partiendo de la prueba de cargo legalmente obtenida que acredite más allá de toda duda razonable la culpabilidad del acusado

Pues bien, el ámbito de influencia de la reforma del proceso penal abarca la modificación de la naturaleza y funciones de la mayor parte de las instituciones que conforman el sistema de justicia criminal, desde los cuerpos policiales y la procuraduría hasta el cambio de la relación entre los ciudadanos y los tribunales de justicia, que van a ser los garantes últimos de las garantías individuales.

Pero no solo se asiste a un nuevo reparto de roles, sino que la incorporación de los principios rectores del modelo acusatorio como son la oralidad, la publicidad, la inmediación y la concentración, suponen una total alteración de los métodos de trabajo que venían rigiendo antes de las reformas, y un profundo cambio de mentalidad en todos aquellos que integran el sistema penal.

La implantación de un proceso penal más adversarial, más público, más garantista y más eficiente no solo puede basarse en la necesaria reforma legislativa, sino que pasa por la superación de determinadas prácticas policiales y judiciales; la adquisición de nuevos conocimientos y destrezas por parte de todos los operadores jurídicos; el compromiso de los organismos del Estado en la implantación y difusión del nuevo sistema; la adscripción al aparato judicial de los nuevos medios materiales y humanos que sean necesarios para su adaptación a las nuevas prácticas; la creación de órganos e instituciones públicas encargados de la supervisión y control del proceso de implantación de la reforma; y, demás, la necesaria publicidad del contenido y ventajas de esta entre los usuarios del sistema de justicia y la sociedad en general.

No hay que olvidar el hecho de que la reforma de las leyes procesales, que se suele presentar políticamente como la panacea de un mejor

funcionamiento de la justicia, en la realidad poco o nada suele arreglar si no se acompaña de incrementos de presupuesto y de mejoras en la organización de las oficinas judiciales, normalmente ancladas en tradiciones seculares.

II. EL PROCESO PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

Cuando en el siglo XIX se modifica el proceso penal en la Europa continental y en Latinoamérica, se parte del modelo napoleónico del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, que hunde sus raíces en los postulados revolucionarios de la libertad del individuo y del respeto por la persona humana, y una de las primeras y más importantes derivaciones es situar al hombre en el centro del procedimiento penal. Este cambio de paradigma vino acompañado del tránsito del Derecho penal de autor al Derecho penal del hecho, de modo que la represión no tuviera ya como referente una persona, sino un hecho delictivo, superando de ese modo la infausta etapa de las *inquisitiones generales*.

En el nuevo modelo de enjuiciamiento penal el tratamiento del imputado presenta un cambio radical, pues se trasladan a las leyes procesales los principios de respeto de la persona y de salvaguarda de sus derechos básicos en el tratamiento que los órganos públicos han de dispensar al imputado, recogiendo los postulados de Beccaria, y, además, se reconocen algunos derechos fundamentales de contenido procesal que, como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa, dan un vuelco definitivo al proceso penal.

En este proceso penal, que toma como referencia el modelo inglés, el imputado, tradicionalmente considerado objeto del proceso, pasó a ser su figura principal y podía intervenir en él desde el momento en que se formulara la imputación por el instructor.

Asimismo, se distinguió de forma nítida entre la función de acusación, que se atribuyó al Ministerio Fiscal, que actuaría de acuerdo con los principios de legalidad e imparcialidad, y las funciones de investigación y enjuiciamiento.

Por tanto, el acusador no podrá en adelante enjuiciar, y su función se limitará precisamente a la de postular, interviniendo en el proceso desde una posición de parte, pidiendo la aplicación de la ley penal conforme entienda que se han producido los hechos, y de acuerdo con su visión y su valoración.

Es decir, desde las revoluciones liberales, el acusador público interviene en el proceso y formula la acusación con un interés objetivo en la represión, pero partiendo del resultado de la actividad procesal y, al carecer de derecho o interés subjetivo o personal que defender en el proceso, debe solicitar la absolución de quien considere inocente.

Por su lado, al tribunal que ha de juzgar le está vedada cualquier intervención que pueda suponer ejercicio de acusación, de modo que no podrá formular imputación, ni introducir hechos nuevos en el proceso, sino que habrá de atenerse a lo alegado y probado por las partes.

Se restituía de este modo el enjuiciamiento penal a la estructura que había perdido con el procedimiento inquisitivo, y quedaba garantizado que, ante la agresión que el delito entraña, la sociedad situaba a un valorador de los bienes públicos y de los intereses generales, que estaba fuera de la estructura judicial, para formular la acusación.

Pues bien, atendiendo a estas premisas, cuando deba perseguirse una conducta delictiva, el proceso penal se establece como el instrumento imprescindible para que actúe el Derecho penal, de modo que solo pasando por el proceso puede imponerse una sanción de esta naturaleza. El proceso penal posrevolucionario liberal es comprendido por tanto como sistema de garantías y condición de validez para el ejercicio del *ius puniendi*.

El actual modelo de proceso penal de los estados constitucionales de derecho, es decir, en toda la cultura jurídica europea y americana, se inscribe dentro del proceso de partes.

Sin embargo, en un buen número de países todavía la investigación de los delitos se mantiene bajo el principio inquisitivo, con un juez encargado de dirigir o controlar la averiguación de los hechos y asegurar las responsabilidades de los imputados. Ello no obstante, el juicio y la sentencia respetan el principio acusatorio, al menos formalmente, de modo que la potestad jurisdiccional se ha de mover en los límites

marcados por las partes acusadoras, sin que el tribunal pueda modificar los hechos que sustentan las posiciones de las partes ni introducir elementos de prueba que no hayan sido propuestos por aquellas. Pero la imparcialidad del juicio, con un juez que asume las facultades instructorias y que decide sobre la legalidad de su propia actuación, está inevitablemente comprometida.

El juez instructor, en aquellos países donde pervive esta figura del tipo procesal penal mixto —que se instauró en Francia tras la Revolución burguesa, cuando no se atrevieron a diseñar un verdadero proceso de partes—, tiene a su cargo no solo la decisión sobre la apertura del procedimiento, que puede incluso acordar de oficio, sino que asume la responsabilidad de ordenar las concretas diligencias de investigación que considere útiles y pertinentes, dirigiendo, por tanto, la marcha de la investigación, y de cerrar esta fase del procedimiento cuando lo entienda oportuno. Pero, junto con todo esto, el juez de instrucción tiene a su cargo una tarea aún más importante y trascendente desde el punto de vista de la propia estructura del proceso: es él quien ha de formular una imputación contra una determinada persona, y solo se puede abrir el juicio una vez que se haya establecido la imputación judicial, que decide que hay causa probable para el enjuiciamiento.

A este cometido se añade la atribución expresa a los jueces de la función de garantizar los derechos de los ciudadanos, lo que se hace especialmente presente en el desarrollo del procedimiento penal, y no solo en la sentencia que le ponga fin, sino precisamente durante la fase de investigación, cuando el imputado viene amparado por el derecho a la presunción de inocencia.

En esta fase del procedimiento deben especialmente preservarse las garantías, no solo porque se adoptarán medidas cautelares que representan graves intromisiones en el ámbito de la libertad, de la intimidad o del secreto de las comunicaciones, sino porque los medios y técnicas de investigación, con la finalidad de hacer más eficaz el descubrimiento de los delitos, ponen en juego con harta frecuencia los derechos fundamentales, como cuando se utilizan agentes encubiertos o se realizan investigaciones prospectivas.

De todo lo dicho es fácil colegir que la función de garantizar los derechos de quienes intervienen en esa primera fase del procedimiento penal —y, muy señaladamente, los derechos del imputado— cuando subsiste la figura del juez de instrucción corre el riesgo de convertirse en algo colateral y, lo que es peor, esencialmente incompatible con el resto de cometidos que ese juez tiene atribuidos.

Es de todo punto contradictorio dirigir la investigación, u ordenar de oficio diligencias para averiguar los hechos y establecer inicialmente las responsabilidades, acordar además medidas restrictivas de cualquier derecho —incluida la medida de prisión— y, al propio tiempo, desempeñar el papel de garante de los derechos fundamentales de todos los sujetos afectados por el proceso penal y, sobre todo, de la persona a quien se han decomisado los bienes, se han intervenido las comunicaciones, se ha allanado el domicilio o se le ha privado de la libertad.

En todo caso, no se debe esquivar la idea de que el diseño de esta fase inicial del procedimiento puede desembocar en una contaminación irreversible del material del juicio por la falta de imparcialidad del instructor, que carece en la práctica de filtros y de balances para corregir las desviaciones en que las actuaciones derivadas de su compleja y amplia competencia pudieran incurrir.

Pero también se traiciona el principio acusatorio cuando el juicio se convierte en un trámite puramente formal, que recuerda la ratificación de la confesión del acusado en el proceso inquisitivo, aunque realmente no esté al frente de la fase de investigación un juez de instrucción.

Configurándose la fase de investigación de los delitos de modo diferente en los distintos ordenamientos de la cultura jurídica occidental, tanto de corte romanista como anglosajón, en lo que concuerdan todos ellos es en el reconocimiento y estricto respeto del principio de que el ejercicio de la acción penal ha de venir encomendada a un sujeto diferente del tribunal que ha de dictar sentencia.

Porque la sanción penal encuentra su legitimación, entre otras cosas, en la intervención de un juez, que ha de ser un tercero imparcial e independiente, ante el que se presenta una acusación, formulada y sostenida por un tercero, diferenciado de quien debe dictar la sentencia. De este modo, sin acusación, que es el acto procesal en que se concreta

el ejercicio de la acción penal, no puede haber condena y ni tan siquiera puede abrirse el juicio.

Frente al derecho a la acusación, el ordenamiento jurídico inevitablemente ha de reconocer un derecho de signo contrario: el derecho del acusado a articular una adecuada defensa, derecho a repeler esta agresión que pone en cuestión sus bienes jurídicos más importantes, entre ellos, su libertad. La defensa opera como factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal, y con tal perspectiva se deben ordenar determinadas garantías para la tramitación del proceso. El derecho de defensa exige la contradicción procesal, trasunto del derecho a un proceso con todas las garantías, para su intervención en el proceso. Este, que se traduce además en otros derechos instrumentales, como el derecho a la asistencia de abogado, a la utilización de los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, se concreta en las actuaciones de quien ve amenazada o limitada su libertad, por causa de unas actuaciones penales.

Una vez que se ha ejercido el derecho de acusación por el legitimado para ello y se ha incoado el procedimiento penal se produce la imputación. De la imputación se debe informar inmediatamente al afectado, sin que sea legítimo ningún género de demora, ni siquiera para practicar diligencia de investigación alguna que pretendiera corroborar *a limine* los hechos presuntamente delictivos.

La comunicación de la imputación consistirá en darle a conocer, de modo que le sea comprensible (lo que impide tanto las comunicaciones formularias como las que no permitan un cabal entendimiento de aquellas), todos y cada uno de los hechos delictivos que se le atribuyen y están siendo investigados, el sentido de la investigación y las posibles consecuencias del proceso penal, de forma suficiente para que se pueda defender con eficacia, lo que comprende al propio tiempo la ilustración acerca de todos los derechos que integran la defensa.

Para superar el proceso penal inquisitivo, un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento; de esta manera se evitan las inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada del aparato estatal, que pudiera durar indefinidamente, y mantener viva la sospecha sobre el

investigado, para luego caer sobre él en el momento más inesperado. En el proceso inquisitivo el instructor inquiría sin comunicar lo que buscaba, y podía interrogar a un sospechoso sin hacerle saber de qué y por qué sospechaba de él; muchas veces no se le interrogaba porque se presumiera que había cometido un hecho delictivo, sino para saber si había hecho algo.

En conclusión, el imputado ha sido rodeado de un conjunto de garantías que configuran un estatus procesal que con enormes esfuerzos se ha conseguido asentar en la cultura jurídica occidental. Aquí reside precisamente el mayor avance de la civilidad, de la cultura democrática occidental, que se enfrenta a la respuesta penal pasando por la salvaguarda de los derechos de la persona a la que somete al proceso. El imputado tiene, desde su consideración como una parte del proceso penal, derecho a su defensa, lo que significa el derecho a conocer que se está siguiendo un proceso contra él, al derecho a intervenir activamente en el procedimiento o el derecho a recurrir la resolución desfavorable.

La mera imputación policial confiere al sujeto una serie de derechos de defensa que deben ser escrupulosamente respetados: en primer lugar, a tener conocimiento de que se está siguiendo una investigación que le apunta como presunto responsable; en segundo lugar, a la asistencia de abogado y, en tercer lugar, a proponer la práctica de elementos probatorios para liberarse del procedimiento. Por eso, también cuando las actuaciones de la policía o las diligencias del fiscal finalizan con el archivo y no se inicie procedimiento judicial alguno, hay que darlas a conocer al imputado, pues no cabe sustraer estas diligencias por lo menos a la garantía de la contradicción y la defensa, del control de quien ha estado sometido a ellas.

En razón de lo expuesto, puede afirmarse que el eje de cualquier reforma procesal penal ha de alcanzar un ponderado equilibrio entre la necesidad de afianzar el derecho del imputado a la presunción de inocencia y a un proceso penal justo, con el derecho de todas las partes a un proceso penal rápido y sin dilaciones indebidas y el deber estatal de perseguir eficazmente los delitos.

Desde la perspectiva internacional tanto las reformas introducidas como el análisis de cualquier sistema de justicia criminal exigen acor-

dar el respeto a esos derechos, y la vigencia de los principios rectores que les sustentan, a modo de núcleo procesal comúnmente asumido por la comunidad internacional.

Es en la actualidad un valor universalmente aceptado que el proceso penal, ante todo, ha de ser respetuoso con las garantías procesales del Estado democrático constitucional y de derecho, la mayoría de las cuales fueron instauradas por el movimiento liberal, e impulsadas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial como reacción frente al horror cometido por los Estados totalitarios y como consecuencia de la aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, primero en Europa y luego en el continente americano. La proclamación de los principios y garantías fundamentales del proceso penal en normas de carácter internacional es, por tanto, un fenómeno íntimamente relacionado con el reconocimiento de los derechos humanos alcanzado a escala mundial durante la segunda mitad del siglo xx.

III. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO CLAVE DEL SISTEMA PENAL

La presunción de inocencia opera como clave de arco de todo el sistema penal, en la medida en que sitúa el proceso penal dentro de los parámetros constitucionalmente admisibles. El proceso penal debe resolver el conflicto jurídico que se plantea entre la sociedad, afectada en los bienes jurídicos que se tutelan en las normas del Código Penal, y el presunto autor de la infracción a esos bienes, por haber realizado una conducta delictiva. Este conflicto solo tiene dos soluciones: o bien el señalado como infractor lo es realmente y el Estado tiene en el caso concreto derecho de castigar esa conducta, imponiendo una sanción penal, o bien se ha de dictar sentencia absolutoria: *tertium non datur*.

Desde los postulados revolucionarios franceses, se toma en cuenta que no existe un derecho subjetivo a la imposición de sanciones penales, es decir, que la acusación en el proceso penal no pretende el reconocimiento de derechos propios, ni es titular de la relación jurídica. En el proceso penal se están ventilando intereses públicos, pues se trata de

determinar si en el caso concreto el Estado tiene la potestad de imponer una sanción de esta naturaleza al acusado; en segundo lugar, las medidas que se adopten tanto para investigar como para asegurar la prueba o el desarrollo del proceso, pueden afectar al ejercicio de derechos fundamentales, señaladamente a la libertad personal.

Por estas dos razones, el proceso penal está regido por un principio que debe ser respetado en todo momento, desde su inicio hasta la decisión judicial firme: la *presunción de inocencia*, que exige colocar al imputado como protagonista de las actuaciones del procedimiento.

Este derecho fundamental significa dos cosas: por un lado, según es generalmente conocido, la presunción de inocencia es una *regla de juicio*, lo que significa que una persona solo puede ser considerada culpable cuando el juzgador la condene por haber alcanzado la convicción acerca de su culpabilidad más allá de toda duda razonable, tomando como base las pruebas de cargo suficientes legalmente obtenidas.

Pero, junto a esta manifestación de la presunción de inocencia como regla de juicio, opera otra distinta, que la hace funcionar como *regla de tratamiento del imputado*, lo que significa que este deberá ser tratado como inocente hasta que una sentencia firme declare su responsabilidad penal, es decir, durante todo el procedimiento penal.¹³⁶¹

A todo este conjunto de derechos se refiere y los enumera el art. 20, apartado B) de la Constitución mexicana, tras la reforma de 2008, que se desarrolla en el art. 113 del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014, después del enunciado del art. 13 de la misma disposición federal.

Por su parte, en el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la presunción de inocencia de 2006,¹³⁶² tras reproducir el art. 6.2 del CEDH («toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta

1361. *Cfr.* LÓPEZ ORTEGA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, «El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso», en *Diario La Ley* n.º 8121, 3367/2013, de 8 de julio de 2013.

1362. *Vid.* Libro Verde presentado por la Comisión, de 26 de abril de 2006, sobre «La presunción de inocencia», COM (2006) 174 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0174&from=ES>.

que su culpabilidad haya sido legalmente declarada») y el art. 48 de la CDFUE («toda persona se presume inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente»), se resume el contenido de la jurisprudencia del TEDH, señalando que I) la presunción de inocencia solo se aplica a favor de la persona contra la que se han presentado cargos; que II) el acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable; que III) la presunción de inocencia requiere que los miembros del tribunal no tengan una idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa; que IV) no debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que este haya sido declarado culpable por un tribunal; que V) el acusado no podrá ser detenido en régimen de prisión preventiva salvo por motivos excepcionales y, si lo fuera, disfrutará de condiciones de detención adecuadas a su presunta inocencia;¹³⁶³ que VI) la carga de la prueba de la culpabilidad recae en el Estado, y cualquier duda será favorable al acusado y este podrá negarse a contestar preguntas; que VII) generalmente no se le exigirá al acusado que presente pruebas autoinculpatorias, y que VIII) sus bienes solo podrán ser embargados mediante un proceso ajustado a derecho.

1. La presunción de inocencia como regla de tratamiento

Es importante determinar el ámbito temporal en que se reconoce este derecho, esto es, si se aplica solo a favor de la persona contra la que se han formulado cargos,¹³⁶⁴ lo que parece reclamar un acto formal de imputación por parte de los poderes públicos, o también incluso antes de que las autoridades competentes les hayan comunicado su condición

1363. Resulta contradictorio referirse a la «presunta inocencia», porque esa expresión da idea de que el cuestionamiento de la inocencia por la acusación hace surgir una verdad interina que sería preciso destruir por el acusado, cuando la presunción de inocencia funciona justamente en un sentido enteramente inverso.

1364. *X vs. FRG* n.º 4483/70 — Demanda considerada inadmisibile.

de sospechoso o acusado, en cualquier fase del proceso, y se extiende hasta la conclusión del proceso.

La presunción de inocencia exige *tener y presentar como inocente a una persona hasta que se dicte una sentencia de condena*, y el problema viene de inmediato cuando se trata de determinar a quiénes alcanza el deber de preservar la presunción de inocencia. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, el deber de respetar este derecho se aplica a todas las autoridades, sean autoridades judiciales u otros cargos públicos y funcionarios, como pueden ser los responsables policiales (así, en la STEDH de 28 de junio de 2011, en el caso Lizaso Azconobieta vs. España, el Tribunal entendió que se había producido una violación de la presunción de inocencia por unas declaraciones a la prensa del gobernador civil de Guipúzcoa en 1994, en donde atribuyó al demandante su pertenencia a un comando de ETA; tras prestar declaración ante el juez central de instrucción, fue puesto en libertad sin cargos y nunca se le llegó a acusar de delito alguno).¹³⁶⁵

Con mucha frecuencia, la aflicción que padece el sometido a un proceso penal es mucho mayor por la repercusión mediática de su detención, o de su imputación, que incluso por la sentencia de condena si es que finalmente llega a producirse. El factor de la proximidad temporal a los hechos, y la memoria más vívida de lo sucedido, fijan en la opinión pública la imagen de la imputación, mientras la condena, en su caso, vendrá después de un prolongado periodo de procedimiento penal y merecerá solamente un espacio minúsculo en el mismo medio de comunicación. Esa imagen inicial suele perdurar, de modo que cuando el imputado es declarado inocente, en una sentencia absolutoria, la reparación de su derecho se vuelve punto menos que imposible.

Estas circunstancias exigen adoptar todas las cautelas en las comunicaciones de las autoridades con los medios de comunicación, evitando trasladarles la idea de que el sospechoso sea en realidad un condenado, más allá del empleo de alguna palabra (como presunto, presuntamente)

1365. Con cita de las SSTEDH *Allenet de Ribemont vs. Francia*, de 10 febrero 1995, ap. 36, serie A, n.º 308; *Daktaras vs. Lituania*, n.º 42095/1998, aps. 41-42, TEDH 2000-X y *Butkevičius vs. Lituania*, n.º 48297/1999, ap. 53, TEDH 2002-II (extractos).

que permita formalmente justificar la transmisión de la noticia a los periodistas. A pesar de alguna sentencia del TEDH, no es defendible que las autoridades pueden informar públicamente de las investigaciones y expresar sospechas de culpabilidad,¹³⁶⁶ siempre que la sospecha no sea una declaración de culpabilidad del acusado,¹³⁶⁷ y se manifieste con discreción y prudencia.

Sin duda alguna, la *información sobre las investigaciones en curso*, o sobre el procedimiento penal en tramitación, resulta enormemente delicada a los efectos de garantizar suficientemente la presunción de inocencia, pues el hecho de que provenga la noticia de una fuente pública le confiere una mayor credibilidad, cercana a la certeza, acerca de la culpabilidad de la persona sobre la que se informa. Claro es que esto no impide ocultar a la opinión pública los avances en la investigación criminal; es deber de la policía y del Ministerio Público trasladar a la ciudadanía la respuesta que logra dar el sistema penal ante la comisión de un delito, especialmente cuando este hubiera tenido gran repercusión pública y llega a atemorizar e inquietar a la población. En la ponderación del respeto a la presunción de inocencia y del deber de información estriba el fiel del funcionario o autoridad a la hora de transmitir las actuaciones y los avances en la represión del delito.

Por eso, como reconoce la STEDH de 28 de junio de 2011 (caso Liza-so Azconobieta vs. España),

«El artículo 6.2 no puede impedir, en virtud del artículo 10 del Convenio, que las autoridades públicas informen a los ciudadanos sobre el desarrollo de las investigaciones penales en curso, pero requiere que lo hagan con total discreción y reserva, tal y como exige el principio de la presunción de inocencia (sentencias *Allenet de Ribemont*, previamente citada, ap. 38 e Y. B. y otros contra Turquía, núms. 48173/1999 y 48319/1999, ap. 47, 28 octubre 2004). Si bien el Tribunal reconoce que la libertad de expresión y comunicación implica el derecho a informar sobre procesos judiciales y, por ende, la posibilidad para las autoridades de hacer públicos datos objetivos extraídos del proceso, estima, sin

1366. *Krause vs. Suiza*, n.º 7986/77, 13DR 73 (1978).

1367. *Allenet de Ribemont vs. Francia* A 308 (1995). 37, 41.

embargo, que tales datos deben estar exentos de cualquier valoración o juicio de culpabilidad (Sentencia Y. B. y otros contra Turquía, previamente citada, ap. 49). El Tribunal destaca, a este respecto, la importancia de la elección de los términos por los funcionarios del Estado en las declaraciones que formulan antes de que una persona haya sido juzgada y condenada como autora de un delito. Considera así que lo importante a efectos de aplicación de la citada disposición es el sentido real de las declaraciones en cuestión, y no su forma literal (Sentencia Lavents contra Letonia, núm. 58442/2000, ap. 126, 28 noviembre 2002). Sin embargo, la cuestión de si la declaración de un funcionario público constituye una vulneración del principio de la presunción de inocencia, ha de resolverse en el contexto de las circunstancias concretas en las que se formuló (Sentencia Adolf contra Austria de 26 marzo 1982, aps. 36-41, serie A, núm. 49). Debe distinguirse entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona en cuestión es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras lesionan la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas, en varias ocasiones, conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio (Sentencia Marziano contra Italia, núm. 45313/1999, ap. 31, 28 noviembre 2002)».

Durante la tramitación del procedimiento penal, la presunción de inocencia también ha de encontrar protección no solo con la prohibición de presentar públicamente a una persona como culpable antes de una sentencia condenatoria firme, sino también a la hora de imponer *medidas cautelares*, puesto que la adopción de una medida cautelar supone en todos los casos la privación o limitación de bienes o derechos personales o patrimoniales para el imputado, que goza de la presunción de inocencia y se ve privado de ellos a partir precisamente de su imputación y, en algunos casos, supone imponer una medida exactamente idéntica a la pena.

La presunción de inocencia como regla de tratamiento se coloca en el mismo campo temporal de la investigación del delito y de las medidas cautelares, con anterioridad a una sentencia condenatoria firme, puesto que algunas de estas actuaciones representan una injerencia o un menoscabo de libertades o derechos de quien no ha sido aún con-

denado, y la presunción de inocencia exige precisamente tratar a esta persona como inocente en esos mismos momentos procesales.

Será preciso entonces explicar suficientemente las relaciones y la *compatibilidad* entre el respeto al derecho fundamental a la *presunción de inocencia* como regla de tratamiento y la adopción de las *medidas invasivas o restrictivas de derechos*. Aquí reside la clave que es preciso desvelar y que autorizaría a decretar intromisiones que privan de derechos a una persona que está amparada constitucionalmente por la presunción de inocencia sin una sentencia firme que lo justifique, es decir, sin haber logrado destruir esa presunción.

Las medidas limitativas de derechos del imputado solo se pueden justificar en el horizonte de una sentencia penal condenatoria; con ellas se trata de conseguir elementos de prueba para abrir el juicio o garantizar que se culmine el procedimiento y, en todo caso, parten de la premisa de que se vaya a declarar culpable a la persona contra quien se ordenan. Esta atribución de responsabilidad penal en los momentos iniciales del proceso tiene un carácter provisional, indiciario, pero indudablemente han de existir, pues si se considerase que la sentencia iba a ser de absolución sin duda sería improcedente adoptar cualquier medida ni de investigación ni de aseguramiento, como improcedente sería continuar el proceso penal, al que debería ponerse fin de inmediato.¹³⁶⁸

Ahora bien, la situación jurídica en que se encuentra quien se ve obligado a soportar la medida es enteramente distinta: se trata de un sujeto amparado por la presunción de inocencia, mientras que con la sentencia se ha producido el vencimiento de esa presunción de inocencia, que se cambia por la certeza de la culpabilidad.

Por todo ello, debe clarificarse *si es compatible mantener que en el proceso penal se respeta la presunción de inocencia* como regla de tratamiento del imputado *cuando se adoptan medidas limitativas de derechos que están partiendo de una probable sentencia condenatoria*.

1368. Además, estas medidas en muchas ocasiones no representan un sacrificio de menor intensidad al que deriva de una condena penal, sino que suponen un agravio semejante, cuando no resulta enteramente idéntico al que se produce en ese momento final del proceso.

La presunción de inocencia en el momento del juicio solo se desvanece cuando se ha obtenido la convicción sobre la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Eso no significa que el objetivo que se persigue en el procedimiento penal sea demostrar la inocencia; muy al contrario, como señala Vives,¹³⁶⁹ el procedimiento penal solo debe asegurar que quien ha de sufrir la pena es verdaderamente culpable, y eso excluye acoger en la sentencia condenatoria las versiones de los hechos que parezcan «más probables», o aquello que «intuitivamente» se crea como verdadero, en lugar de atenerse a lo que puede afirmarse «sin lugar a dudas» como cierto; por lo tanto, no se puede renunciar a la verdad, a la certeza objetiva y a la seguridad incontestable, que abarca tanto a los hechos como al derecho, e imponer la pena cuando no se puede estar seguro de que se haya cometido el delito.¹³⁷⁰

Sin embargo, es muy evidente que *ni esas garantías se han respetado ni esas pruebas se han practicado en el momento en que la ley autoriza la adopción de medidas limitativas de derechos en contra de un imputado*, que debe ser tratado como inocente porque la culpa no ha sido probada. Por lo tanto, ha de ser otra la fundamentación de la decisión judicial que las acuerde, y no la culpabilidad del imputado, sin que pueda olvidarse que efectivamente se debe partir de unos indicios incriminatorios, que apuntan a una probable sentencia de condena.

1369. VIVES ANTÓN, Tomás S.: *La reforma del proceso penal. Comentarios a la ley de medidas urgentes de reforma procesal*, Valencia, 1992, *passim*; *idem*, *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, *passim*.

1370. Esa verdad es la que se puede alcanzar solamente con el respeto a las garantías procesales de defensa y contradicción, porque la presunción de inocencia como regla de juicio opera «como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías», como se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril. Teniendo en cuenta que en el proceso se debe obtener una decisión justa, es necesario no solo una elección e interpretación correcta de la norma aplicable, sino una fiable determinación y comprobación de los hechos y la utilización de un proceso válido y justo para el enjuiciamiento (TARUFFO, *Ideas para una teoría de la decisión justa*, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil* [trad. Quintero de Prieto], Madrid, 2006, pp. 199-212; COLMENERO, *Ciudadanía y justicia. Eficacia y legitimidad de la Administración de Justicia*, en «Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas» (5/2009), pp. 117 y ss.

La expresión que utiliza la ley procesal española para expresar el presupuesto del *fumus boni iuris* en el sistema de medidas cautelares penales es la de «indicios racionales de criminalidad», lo que apunta en una triple dirección que puede servir a estos efectos: en primer lugar, se ha de tratar de *indicios*, es decir, de afirmaciones basadas en datos y circunstancias de hecho que obren en las actuaciones y que representen más que una mera posibilidad y menos que una certeza, menos que la verdad que se declara en la sentencia, y que supongan por sí mismos la probabilidad de la comisión de un delito, como se dijo en el Auto del Tribunal Constitucional de 16 de mayo de 1984.¹³⁷¹ En segundo lugar, se ha de tratar de indicios *racionales*, lo que supone la prohibición de unos indicios que fueran arbitrarios o caprichosos, como se decía en el Auto del Tribunal Constitucional español de 2 de junio de 1982 y, sobre todo, será necesario expresar esos indicios, fundamentar fáctica y jurídicamente la resolución, huyendo de impresiones subjetivas de quien acuerde las medidas. Por último, deben concurrir indicios racionales *de criminalidad*, lo que exige concluir en una imputación objetiva, de que efectivamente se ha cometido un hecho delictivo, y subjetiva, de que la persona contra quien se adopta la medida aparece como responsable.

En todo caso, no se puede dejar de lado la ponderación de todas las circunstancias de la causa para respetar el elemental *principio de proporcionalidad*, porque la medida no solo tiene que ser adecuada a los fines que con ella se persiguen, sino que además deberá guardar la debida proporcionalidad con los hechos que se depuran y con la respuesta

1371. Los indicios suponen un *juicio de atribución delictiva* a partir de los datos del procedimiento, que sea conforme con las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia; eso quiere decir que las simples sospechas, las hipótesis o las conjeturas, que tal vez pudieron justificar el inicio de las investigaciones penales, deben ceder en el momento en que se decretan medidas cautelares a las certidumbres, provisionales si se quiere, pero certidumbres al fin y al cabo del órgano público que puede adoptarlas. Las «razonables sospechas» operan, en criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantenido desde antiguo, como condición necesaria para adoptar y mantener la medida cautelar [Sentencias de 10 noviembre 1969 (caso *Stögmüller vs. Austria*); 28 marzo 1990 (*B. vs. Austria*); 26 junio 1991 (caso *Letellier vs. Francia*); 27 noviembre 1991 (caso *Kemmache vs. Francia*); 12 diciembre 1991 (caso *Toth vs. Austria*); 12 diciembre 1991 (caso *Clooth vs. Bélgica*); 27 agosto 1992 (caso *Tomasi vs. Francia*), y 26 enero 1993 (caso *W. vs. Suiza*)].

sancionadora que puedan merecer, de modo que el sacrificio en la esfera de los derechos del imputado que la medida representa no puede ser más oneroso para quien la padece que el posible resultado condenatorio de la sentencia. El razonamiento judicial, la fundamentación de la resolución, es precisamente en este punto un elemento esencial no solo para justificar la medida, sino sobre todo para entender el quebranto a la presunción de inocencia y permitir el control de la decisión del órgano público que la ordena y su precisa adecuación a las normas del ordenamiento jurídico.

2. La presunción de inocencia como regla de juicio

Como regla de juicio, la presunción de inocencia es un mandato dirigido al juzgador, de modo que únicamente podrá dictar una sentencia de condena tras haberse practicado en el proceso prueba de cargo suficiente y válida, que haya logrado la convicción del tribunal más allá de toda duda razonable.

La absolución procede en todos los demás casos, es decir, cuando por cualquier motivo no se ha alcanzado la convicción del juez acerca de la culpabilidad, de modo que la justificación en la sentencia absolutoria puede y debe reducirse a la expresión de la simple duda, sin necesidad de razonar sobre los diferentes elementos probatorios que se hubieren practicado (Vives).¹³⁷²

La regla de la carga probatoria debiera aplicarse sin excepciones; trasladar al acusado la carga de probar su inocencia, aunque sea en casos excepcionales, es radicalmente contrario a toda idea de presunción de inocencia y se sitúa en el campo de las presunciones de culpabilidad.

No es suficiente la previsión de que basta que la defensa aporte pruebas suficientes que susciten una duda razonable para obtener una sentencia absolutoria, porque ese es precisamente el funcionamiento normal de las normas sobre carga de la prueba: cuando persiste la duda en

¹³⁷². VIVES ANTÓN, «Más allá de toda duda razonable», en *Teoría & Derecho*, 2/2007.

torno a un hecho, que el juez no puede dar por probado en la sentencia, la ausencia de prueba suficiente habrá de perjudicar siempre a la parte gravada con la carga probatoria. Y en el proceso penal es de todo punto evidente que la acusación debe probar todos los hechos constitutivos de su pretensión acusatoria para lograr una sentencia de condena, porque si deja en duda alguno de ellos y no se tienen por enteramente probados los distintos elementos que exige la condena: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, entonces la única solución posible es dictar una sentencia de absolución.

3. El derecho a no autoinculparse y a no cooperar

Como parece obvio, la presunción de inocencia irremediabilmente se quebraría si se le impusiera al sospechoso o acusado un deber de colaborar con las autoridades del sistema penal. Se impide así que el Estado, para cumplir con una más eficaz persecución del delito, pueda llegar a imponer una colaboración activa al imputado, de modo que él mismo haya de proporcionar a la parte contraria, a la acusación, elementos probatorios de cargo para que a base de ellos resulte en definitiva condenado.

Sin duda, el derecho a no autoinculparse y el derecho a no cooperar forman parte esencial del derecho de defensa (*nemo tenetur contra se detegere*), pero también se deben considerar desde la perspectiva de la presunción de inocencia, porque el Estado puede imponer (y así lo hace) un deber general de colaboración con la justicia, y muy especialmente con la justicia penal, que cede cuando esa colaboración se hubiera de reclamar del imputado.¹³⁷³

El derecho a no autoinculparse y a no colaborar debe amparar no solo la mera pasividad del imputado ante la actividad investigadora de los poderes públicos y al propio desarrollo del proceso penal, sino

1373. STEDH *Heaney and McGuinness vs. Irlanda*, n.º 34720/97 (21 diciembre de 2000), donde se sostiene que el derecho a no autoinculparse forma parte de la noción de proceso justo.

también cualquier iniciativa o actuación del imputado encaminada a obstaculizar la investigación o el proceso en el marco que la ley le autorice, sin que sean jurídicamente reprochables los actos u omisiones del imputado encaminados a distraer, ocultar, velar, hacer desaparecer o destruir los instrumentos o efectos del delito, o elementos probatorios de cargo que pudieran ser importantes para descubrir y perseguir la acción delictiva.

Aunque no se le puede pedir al imputado que proporcione datos o elementos que lo incriminen, eso no quita para que el Estado quede inerme ante esas maniobras. La ley debe determinar las actuaciones de los órganos públicos de investigación penal tendentes a desvelar y descubrir lo sucedido y, de ese modo, perseguir y sancionar eficazmente el delito. La ejecución de estas actuaciones o medidas de investigación han de regularse por medio de una norma con rango de ley y ajustarse a lo que en ella se dispone, porque afectan o pueden afectar a derechos de los ciudadanos, incluso derechos fundamentales, porque en el Estado de derecho no se puede conseguir la verdad a cualquier precio.

Las medidas de investigación pueden naturalmente afectar o referirse a los actos y prevenciones que el propio imputado o un tercero hayan dispuesto para garantizarse su impunidad, logrando que no llegue a ser descubierto su delito, de modo que pueden afectar a cualquier ámbito de relación del imputado, incluida la exploración de su persona, con una excepción: su mente, sus recuerdos, sus pensamientos y, desde luego, la expresión de estos pensamientos a través de las declaraciones.

Las diligencias de investigación que la ley regula comprenderán no solo actuaciones que afecten o se refieran a terceras personas ajenas al delito, sino también al propio imputado, a su esfera personal y patrimonial, de modo que las autoridades podrán utilizar los recursos jurídicos que la ley prevé para impedir los actos de filibusterismo del imputado, o sus intentos de hacer fracasar el proceso, y lograr aportar al proceso los elementos probatorios necesarios para desvanecer la presunción de inocencia.

Las normas legales marcan el campo de actuación de los poderes públicos, sus límites, del mismo modo que establecen las garantías con

las que se rodean los derechos de los ciudadanos. De este modo, aunque no se le impone al imputado el deber de colaborar o de cooperar al descubrimiento del delito, la ley no le permite sin embargo oponerse a la actuación investigadora oficial, siempre que esta cumpla con las disposiciones legales.

Así pues, aunque las medidas de investigación afecten o incidan en la esfera jurídica y material del imputado, incluso aunque impliquen un menoscabo o una injerencia en sus derechos fundamentales, si esas medidas están autorizadas por la ley, sin recurrir a elementos probatorios obtenidos con violación de los derechos del imputado, y siempre que satisfagan las demás exigencias del ordenamiento jurídico, serán legítimas, y podrán utilizarse como elemento probatorio de cargo, capaz de lograr la convicción del juzgador sobre la culpabilidad del acusado.

4. Las declaraciones del imputado y el derecho al silencio

Como es sabido, una de las principales fuentes de prueba, para llevar al conocimiento del juzgador los hechos delictivos que son objeto del procedimiento penal, son las declaraciones, es decir, las manifestaciones orales que una persona recuerda acerca de lo que se le pregunta o acerca de lo que presta declaración. El que ha participado directamente en los hechos, el autor del delito, es quien mejor puede relatar lo sucedido; él podrá dar razón en primera persona de todos los avatares de la acción criminal.

Sin embargo, si proporciona toda esa información incriminatoria, será condenado irremediamente. Si se consigue extraer todo su conocimiento, como si fuera el imputado el objeto de la investigación, sin duda el sistema represivo sería eficaz, pero a costa de sacrificar las garantías del proceso justo, que se han venido construyendo desde la Revolución francesa al desterrar el proceso penal inquisitivo.

Por lo tanto, el derecho al silencio, a permanecer callado, a no declarar, es un elemento básico tanto del derecho general de defenderse y de no autoinculparse, como, sobre todo, del derecho a la presunción de inocencia.

Desterrada toda posibilidad lícita de violencia, presión o amenaza para con el imputado con el fin de obtener una declaración, la ley debe regular las *declaraciones* que voluntariamente preste el *imputado*, recogiendo las garantías constitucionales establecidas a este propósito, que deben respetarse escrupulosamente, pues su quebrantamiento invalida la práctica de la declaración, y lo que se hubiera obtenido en ella carece de toda eficacia procesal, como prueba de valoración prohibida (SSTC 186/1990 y 135/1989).

Obviamente no se pueden desdeñar las declaraciones que el imputado preste como elementos útiles para la investigación de los hechos que se persiguen. Sin embargo, el cambio que supone la aceptación de un proceso penal acusatorio inevitablemente ha de acarrear consecuencias en la consideración de sus declaraciones. Estas tienen esencialmente la *naturaleza de un acto de defensa* y, como tal, han de ser consideradas. Por eso mismo, el art. 396 LECRIM previene que se le permita «manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos». Ante la imputación, pues en tal concepto se le toma declaración, le asiste el derecho de defenderse, y lo podrá hacer precisamente dando su propia versión de los hechos que se investigan y explicando, si lo considera conveniente, su eventual intervención en los mismos.

Como acto de defensa, aunque las declaraciones del imputado sean manifestación de un acto de conocimiento sobre hechos, la ley debe rodearlas de especiales cautelas y garantías, que van desde la preceptiva asistencia de abogado hasta la cumplida información acerca de sus derechos, lo que no quita para que el imputado, precisamente ejercitando su derecho a la defensa, pueda incluso reconocer los hechos.

La declaración ha de prestarse en calidad de imputado; esto significa que se le ha de hacer saber, desde el primer momento, que la citación se hace en esa condición, porque se le considera responsable de un delito; así pues, desde el principio y antes de acudir a prestar declaración debe quedar despejada cualquier duda al respecto.

Eso no quita para que en los momentos iniciales de la investigación penal, cuando no están aún definidas las posiciones y las posibles responsabilidades, sea frecuente que se llame a declarar como testigos a

determinadas personas por considerar que tienen conocimiento de los hechos, sin imputarles responsabilidad alguna. Si en esos casos se llega a advertir, a medida que avance el interrogatorio, que el declarante pudo haber tenido participación criminal en los hechos, deberá suspenderse la actuación para, una vez informado de sus derechos como imputado y asistido de su defensor, iniciar una nueva diligencia (SSTC 19 y 51/2000 y 153/1999, y SSTs de 8 marzo 1996 y 5 octubre 1994).

La declaración del imputado solo puede prestarse a presencia de su abogado defensor, sea este de confianza o un defensor público. Asimismo, debe ser informado, de manera que le sea comprensible, de los derechos que le asisten en su declaración: por un lado, el derecho a conocer la imputación, es decir, los hechos que se le imputan, incluso aunque se haya decretado el secreto de las actuaciones; por otro lado, de su *derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*.

El imputado tiene derecho a declarar u optar por negarse a declarar, pero cuando decide prestar declaración no pierde su *status* procesal y no se asimila a los testigos, con los deberes que les son propios, como ocurre en el derecho norteamericano. En nuestro sistema procesal el imputado puede contestar a las preguntas que se le formulen o guardar silencio; puede contestar a unos y negarse a responder a otros; esclarecer los hechos o, en ejercicio de su derecho a la defensa, introducir dificultades en la investigación; puede responder verazmente o alterar la realidad, y el ordenamiento no sanciona la falsa declaración del imputado.

Una de las manifestaciones más importantes de la posición del imputado es la de guardar silencio. Este derecho al silencio se podrá ejercitar tanto ante las autoridades policiales como judiciales en relación con la infracción penal de la que el declarante sea sospechoso o acusado, para lo cual habrá de informarse de este derecho.

El derecho a guardar silencio, que forma parte, según el TEDH, del derecho al proceso equitativo (del proceso con todas las garantías), tiene una única forma de manifestarse: no contestar, no declarar; no cabe ningún otro modo de ejercer este derecho; el derecho al silencio solo se puede ejercitar negándose a declarar.

Si esto es así, y no cabe concebir otro modo de ejercitar este derecho, no es posible sostener que el ejercicio de un derecho fundamental pueda reportar un perjuicio a su titular. Si el imputado tiene derecho a no declarar y no declara, ello no puede depararle ningún género de consecuencia desfavorable.

El derecho a no declarar lleva aparejado el deber de las autoridades públicas de no someter a interrogatorio a una persona imputada contra su voluntad, de modo que no se le puede obligar a padecer forzosamente una serie de preguntas a las que no quiere contestar. Es decir, el derecho al silencio impide todo género de coacción o tortura al imputado para lograr arrancarle una declaración que no está dispuesto a prestar.

Pero este derecho fundamental no puede quedarse ahí. Para amparar y proteger al imputado contra los excesos coactivos del poder ya estaría el derecho a la dignidad de la persona y a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. El derecho al silencio tiene que ir más allá; no se trata de preservar al imputado de las coacciones, sino de permitirle decidir libremente sobre su declaración (si quiere hacerla y en qué medida), y garantizarle también que este derecho sea efectivo. Y desde luego no es efectivo el derecho al silencio si se permite a las autoridades (y muy especialmente al juzgador) que lleguen a adoptar medidas contra el imputado, e incluso dictar sentencia condenatoria, tomando en consideración su silencio.

Esta consecuencia es sencillamente aberrante y contraria a la protección que debe dispensar el ordenamiento jurídico a un derecho fundamental. Si se reconoce el derecho a permanecer en silencio quiere ello decir que el imputado que es preguntado puede libremente contestar o no, y que cuando ejercita su derecho a no contestar, no cabe reprocharle luego su silencio porque en tal caso se estaría negando ese mismo derecho que se dice reconocer.

El silencio no puede tener un efecto incriminatorio, por más que el TEDH, en la sentencia de 8 de febrero de 1996, del caso John Murray vs. el Reino Unido,¹³⁷⁴ considerase que no hay violación de los arts. 6.1 y 6.2 del CEDH por realizar una inferencia contraria al silencio, o darle a

1374. Demanda n.º 18731/91. Este extremo se decidió por 14 votos contra 5.

este efecto incriminatorio, si por la existencia de pruebas de cargo objetivas cabe esperar una explicación del imputado.

Pues bien, el ejercicio del derecho al silencio no puede tener efecto alguno, y las acreditaciones de los hechos constitutivos de la pretensión acusatoria deben ser presentados por el Ministerio Fiscal, sin que el Estado pueda recurrir a interpretaciones del silencio del imputado. Cuando un imputado, como hizo el Sr. Murray en Irlanda del Norte, se niegue a prestar declaración durante todo el procedimiento, su silencio no puede interpretarse como un elemento de incriminación, por más que el sentido común nos pueda decir que para él era fácil explicar las razones por las que se encontraba en una casa cuando fue detenido y resulta que no ha querido responder a las preguntas que se le formularon. Pero no quiso; no quiso declarar, ejercitando su derecho fundamental y no se puede amparar al poder público que interpreta este silencio en su contra porque se negó a declarar.¹³⁷⁵

Con el mismo criterio que en el caso de la tortura, el Estado ha renunciado también a la prueba consistente en las declaraciones del imputado y no se le puede obligar a declarar;¹³⁷⁶ debe pues obtener los elementos probatorios de cargo de otras fuentes distintas y trabajar diligentemente para llevar al juzgador esos otros medios de prueba que orillan la declaración del imputado, que es contingente y está sujeta solamente a su voluntad.

Por tanto, el derecho al silencio debe ser incondicionado, sin ninguna consecuencia jurídica perjudicial para su titular que lo ha decidido

1375. Así lo entendieron los magistrados del TEDH Pettiti, Valticos, Walsh, Makarczyk y Lohmus, en dos votos particulares, con cita de las sentencias de la Corte Suprema de los EE. UU. en los casos Griffin vs. California (1965, 380 US, p. 609), donde se rechazaba una ley de California que autorizaba a un tribunal a hacer comentarios desfavorables al acusado cuando había elegido no declarar, o en el caso Miranda vs. Arizona (1966, p. 436), donde la Corte considera que la Quinta Enmienda garantiza el «derecho de guardar silencio salvo si, en el ejercicio de su libre arbitrio sin traba alguna, el interesado decide declarar».

1376. En contra e inexplicablemente, en el Libro Verde de 1966 se dice (p. 8 i. f.) que «exigir al acusado que declare no es incompatible con el CEDH»; aquí se pregunta: si al imputado se le puede exigir que declare (naturalmente, para intentar una manifestación incriminatoria), ¿dónde queda el derecho al silencio?

ejercitar, porque de otro modo se estaría negando el propio derecho, y se traicionaría su contenido esencial si se le anuda esa consecuencia dañosa para el imputado. Como dice el juez Pettiti en el voto particular de la STEDH caso John Murray vs. el Reino Unido, «el derecho al silencio es un principio mayor» y «cualquier coacción que tenga como efecto sancionar el ejercicio de este derecho, deduciendo consecuencias desfavorables al imputado, constituye un atentado a este principio».

No es un problema de intensidad en la prueba de cargo existente cuando se le solicita que declare, o de las consecuencias de su silencio por la importancia incriminatoria que se le pueda atribuir. Es simplemente que no se puede extraer consecuencia alguna en contra de quien ha ejercitado un derecho fundamental por el mero hecho de ejercerlo del único modo en que es posible ejercerlo.¹³⁷⁷

El problema es que el derecho al silencio lo que permite justamente es no contestar, ya no por temor a una sanción, a un castigo que se pudiera imponer al renuente; esta es una consecuencia que hoy se encuentra totalmente desterrada de nuestra cultura. Sin embargo, si se reconoce la existencia de un derecho no puede derivar de su ejercicio una consecuencia desfavorable para su titular, porque en ese caso se le habrá de informar al imputado de que su silencio podrá ser utilizado en su contra; y entonces es que el tal derecho al silencio no existe, es una mera fórmula vacía que la realidad contradice. Porque si el imputado se ve abocado a dar explicaciones con la amenaza de una condena si no las proporciona, ciertamente estaremos negando cualquier derecho al silencio.

1377. Por eso no se puede compartir la consideración del párrafo 54 de la STEDH caso Murray vs. Reino Unido, tan citada, en donde el Tribunal afirma que, «a la vista del peso de las pruebas de cargo» contra el Sr. Murray, «las conclusiones extraídas de su negativa, tras su arresto, durante el interrogatorio policial y en el proceso, a dar una explicación a su presencia en la casa venían dictadas por el sentido común y no deberían considerarse inicuas ni irrazonables.»

LA DECLARACIÓN RENDIDA A TRAVÉS DE CÁMARA GESELL COMO REMEDIO PARA EVITAR LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA DE VÍCTIMAS VULNERABLES: DIFICULTADES Y SOLUCIONES PROCESALES PARA SU INCORPORACIÓN AL PROCESO PENAL

DR.^a KAREN ALICIA MOTIÑO VALERIO

Doctora en Derecho

por la Universitat Jaume I

Exfiscal del Ministerio Público Hondureño

Gerente Legislativa del Congreso Nacional de Honduras

SUMARIO: I. RESEÑA HISTÓRICA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL.- II. VÍCTIMA / VÍCTIMA VULNERABLE.- III. VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA.- IV. LA CÁMARA GESELL. 1. Definición. 2. Proyecto presentado al Congreso Nacional de Honduras.- V. LA INCORPORACIÓN AL PROCESO DE LA DECLARACIÓN RENDIDA A TRAVÉS DE LA CÁMARA GESELL. 1. Naturaleza jurídica de la declaración rendida a través de Cámara Gesell. 2. Problemas prácticos al pretender incorporar la Cámara Gesell al Proceso Penal.

I. RESEÑA HISTÓRICA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

Como consecuencia de haber asumido el Estado el monopolio del *ius puniendi*, está prohibido a los particulares tomarse la justicia por

su cuenta o disponer de la pena, ya sea de modo positivo (acordando de modo privado la imposición de la pena) o de modo negativo (decidiendo su no imposición cuando se ha cometido un delito). Es decir, los particulares están privados de realizar acciones encaminadas a la autotutela de sus bienes jurídicos lesionados, pues esta tutela es potestad exclusiva del Estado.

Este monopolio del *ius puniendi* en manos del Estado surge de la necesidad, no de concebir el delito como algo privado, sino como algo en lo que debía privar el interés de la colectividad, dicho interés, por tanto, debía estar sujeto a la legalidad y para que la legalidad sea efectiva, se consideró oportuno sustraer de las manos de los particulares el poder de hacer justicia de forma privada, para que se aplicara conforme a la legalidad, función que debía corresponder al Estado,¹³⁷⁸ es así que se confió la acusación a un órgano público.

Sin embargo, tradicionalmente la víctima ha venido sufriendo poca trascendencia e importancia por parte no solo del sistema legal y de la política criminal e incluso de la criminología positivista, se ha concebido a la víctima como un «mero objeto, neutro, pasivo, que nada aporta al hecho criminal y que en el mejor de los casos inspira solo compasión».¹³⁷⁹ Incluso el propio Derecho penal, con la aplicación de penas retribucionistas, condena a la víctima del delito a una posición marginal y se vuelca con el inculpaado, con sus derechos y sus garantías procesales.

En ese sentido, podemos considerar que la neutralización de la víctima o declive del protagonismo de la víctima puede deberse a tres factores:

1. Al nacimiento del propio Estado y del «proceso penal» como instituciones públicas. Al asumir el Estado el monopolio absoluto

1378. Véase MONTERO AROCA en MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER J.-L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp.19-20.

1379. Así, véase PUYA NAVARRO, J. M., *Atención a las víctimas*, Ed. Escuela de Seguridad Pública de Andalucía (España), Consejería de Gobernación y Justicia, España, 2001, p. 9. Sin duda alguna a partir de 1947, con el nacimiento de la victimología (BENJAMÍN MENDELSON), como la disciplina encargada del estudio de las víctimas de la delincuencia, esta situación se atenúa.

del *ius puniendi*, es decir, el poder de perseguir y castigar (el Estado expropia el conflicto desde el momento que le establece el monopolio del ejercicio de la acción penal pública en el proceso penal).

2. Evitar que al darle mayor protagonismo y trascendencia a la víctima, esta pueda responder al delito con delito (venganza) convirtiéndose a su vez en delincuente.

Con el surgimiento de la victimología, el tratamiento de la víctima ha ido evolucionando y se puede decir que el protagonismo de la víctima continúa en crecimiento, podemos apreciar en el Derecho comparado como un gran número de países han ido incorporando en sus legislaciones iniciativas y propuestas que en un primer momento eran básicamente asistenciales, sin embargo en la actualidad se les han incorporado rasgos encaminados a la protección y seguridad de la víctima del delito,¹³⁸⁰ aunque en la mayoría muy tímidamente.¹³⁸¹

1380. Así a nivel europeo la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal; Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En el caso específico de España, la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a testigos y peritos en causas criminales, supuso un primer intento, que se complementaría con el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito (121/000115); a nivel latinoamericano, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia de 04 a 06 de marzo de 2008; las Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, cuyo documento fue aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos; art. 250 bis del Código Procesal Penal de Argentina; arts. 206 A y 275 del Código de Procedimiento Penal de Colombia, etc.

1381. Aunque se advierte que no se debería ver como algo nuevo «hoy se habla de víctima en el Derecho penal, o del ofendido en el Derecho procesal penal, no solo se tiene la impresión de ser impulsado por una *nueva ola* político criminal, sino, además de que esa corriente de opinión se ha formado en el mundo moderno, recientemente (de allí «nueva ola») y, más aún, que asistimos a un debate que está comenzando, que de manera alguna se ha agotado. Y sin embargo, a pesar de que la impresión es correcta, porque se trata del tema de moda de la política criminal, no se puede decir, sin un estu-

Fortalecer el papel de la víctima no solo es responsabilidad específica del Derecho procesal penal, o del Derecho penal o de la criminología, es un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca el Derecho penal, así como de los medios de realización que para alcanzar dichos fines y para cumplir esas tareas pone a su disposición el Derecho procesal penal.

Si bien es cierto, en algunos sistemas penales de corte acusatorio como es el caso de sistema penal hondureño, el particular damnificado por el delito, en los casos de acción penal privada (art. 26 CPPH), puede actuar como querellante, incluso en los delitos de acción penal dependiente de instancia particular (art. 27 CPPH) puede solicitar la conversión de la acción pública en privada (en los supuestos señalados en el art. 41 CPPH). Sin embargo, en los delitos de acción penal pública, si bien es cierto la víctima se encuentra autorizada para actuar como coadyuvante en el proceso penal (véanse arts. 96 y ss. CPPH), el afectado no se encuentra autorizado a acusar autónomamente al imputado y, por lo tanto, resulta imposible que su actividad pueda, por sí sola, conducir el caso a juicio, supuesto que requiere inevitablemente una acusación fiscal.¹³⁸²

Como parte procesal, o no, en un proceso penal la víctima está legitimada para ser titular de derechos.¹³⁸³ Como parte, las legislaciones

dio de desarrollo evolutivo del sistema penal que la víctima esté por vez primera en un plano sobresaliente de la reflexión penal. Estuvo allí en sus comienzos, cuando reinaba la composición como forma común de solución de conflictos sociales y el sistema acusatorio privado como forma principal de la persecución penal. La víctima fue despojada de ese pedestal abruptamente por la inquisición, que expropió todas las facultades al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento y, al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre sus súbditos», MAIER, B. J., *La Víctima en el Sistema Penal*, Rev. Estudios, pp. 31-32.

1382. Refiriéndose específicamente al sistema adversarial GÓMEZ COLOMER señala «se puede decir que la víctima es una debilidad del sistema adversarial». Añade dicho autor que «la víctima en España goza de una posición jurídica mucho mejor», GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito* (dúo), Aranzadi, España, 2014, p. 30.

1383. Conforme al artículo 16 del Código Procesal la víctima de un delito o falta tendrá derecho a: 1) Constituirse en acusador privado o querellante y a intervenir como tal en todo el proceso conforme lo establecido en el presente Código. Para lograr lo anterior, si lo necesita, tendrá derecho a ser asistido por el Ministerio Público en el

suelen coincidir reconociendo a la víctima el derecho a una participación activa, el derecho al reembolso de gastos, el derecho a la justicia restaurativa,¹³⁸⁴ y el derecho a la justicia gratuita. Sin ser parte la víctima tiene el derecho a que se le comunique el auto de sobreseimiento y a impugnarlo,¹³⁸⁵ y el derecho a recurrir resoluciones dictadas durante la ejecución de la pena. Y de forma general para los dos supuestos anteriores la víctima tiene derecho a la protección¹³⁸⁶ física, derecho a que

caso de carecer de medios económicos; 2) Ser informada de los resultados del proceso aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite; 3) Ser escuchada antes de cada resolución que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite; 4) Participar en las audiencias públicas conforme lo establecido por este Código; 5) Objetar ante el superior del Fiscal que interviene en el proceso, el archivo administrativo indebido de las diligencias, en los casos previstos en el presente Código; y, 6) Los demás consignados en otras leyes. La víctima será informada sobre sus derechos en el momento de presentar su denuncia ante el Ministerio Público o la acusación, o la querrela ante el Juez competente o en el momento de su primera intervención en el proceso.

1384. Así, el Código Procesal Penal hondureño contempla en el art. 29 la obligación de reparar el daño causado a la víctima como requisito para aplicación de Criterio de Oportunidad.

1385. Artículo 32 Código Procesal Penal hondureño, contempla la acción de la víctima para dejar sin efecto el archivo de las investigaciones por aplicación de criterios de oportunidades.

1386. Esta protección se encuentra contemplada en los arts. 5 y 337 del Código Procesal Penal de Honduras; así el art. 5 señala que «el Estado por medio de sus órganos competentes, brindará de oficio asistencia y protección a las víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso que lo requieran». Y el art. 237 establece las medidas que puede adoptar el órgano jurisdiccional cuando «por propia iniciativa o por manifestación del testigo, aprecie que racionalmente existe un peligro grave para la persona o los bienes del testigo, de su cónyuge o compañero de vida, o de un ascendiente, descendiente o hermano de cualquiera de ellos, como consecuencia del testimonio que ha de prestar, deberá, oyendo a las partes, adoptar las medidas de protección que estime convenientes y, entre ellas, cualquiera de las siguientes: 1) Que no consten en las actuaciones que se lleven a cabo, el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión del testigo (que, figurando en documento que se guardará en sobre cerrado y sellado, solo serán conocidos por el órgano jurisdiccional, y por el secretario), ni dato alguno que pudiera servir para conocer su identidad y localización, utilizándose para identificarlo en el procedimiento un número o clave; 2) Que comparezcan para la práctica de las diligencias procesales, utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal por el imputado y por el público, y 3) Que se fije como domicilio, a efecto de comunicaciones, la propia sede del órgano jurisdiccional interviniente, por cuyo conducto serán enviadas reservadamente a su destinatario».

se evite el contacto entre víctima e infractor, derecho a protecciones específicas durante la fase de investigación del crimen, y el derecho a la protección de la intimidad,¹³⁸⁷ entre otros. Estos derechos en su mayoría se derivan de tratados y compromisos internacionales suscritos por los estados, especialmente en materia de derechos humanos.¹³⁸⁸

Mediante Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptó los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, en dichos principios se establecen derechos fundamentales de la víctima que se consideran de importancia, dentro de los cuales se instituye el acceso a la justicia, trato justo, resarcimiento, indemnización y asistencia a la víctima.

Las nuevas corrientes procesales apuntan al menos a cinco cuestiones centrales en referencia a la víctima: *a)* protección tanto a la víctima como a su familia y sus bienes, *b)* trato digno hacia la víctima, *c)* derecho a ser informado, *d)* derecho a participar en el proceso penal y *e)* derecho a reparación o restauración.¹³⁸⁹

En lo que respecta al derecho a la protección, las reformas legislativas van encaminadas a crear mecanismos de protección que se conceden atendiendo al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias,

1387. En el caso español, en ese sentido puede verse la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (desarrollada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo), la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

1388. En ese sentido puede verse las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008; las Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, cuyo documento fue aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, en la República Dominicana del 9 al 10 de julio del 2008; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención de Derechos del Niño; Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer, etc.

1389. En ese sentido puede verse la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios básicos de justicia para las víctimas del crimen y de abuso de poder de 1985.

a la cantidad del daño y su gravedad o a la vulnerabilidad de la víctima, así como la inclusión de medidas concretas de protección para colectivos que carecen de legislación especial y que se encuentran en posiciones de vulnerabilidad, particularmente, los menores de edad, personas con discapacidad, adultos mayores, delitos con pluralidad de afectados y delitos contra la libertad sexual¹³⁹⁰. Sin embargo, el sistema está diseñado de tal forma que en algunos casos es difícil tutelar estos derechos. Por eso, a pesar de que estos se encuentran plasmados en el derecho positivo, se convierten en meras declaraciones de intenciones, sin aplicabilidad práctica.

Además de la existencia en la norma positiva de un catálogo de derechos orientados a la tutela judicial efectiva y protección de la víctima, es fundamental contar con las condiciones logísticas necesarias para ofrecer a la víctima las máximas facilidades para el ejercicio y tutela de sus derechos, como por ejemplo: a través de la disminución de trámites innecesarios que supongan una segunda victimización, otorgarle una información y orientación eficaz de los derechos y servicios que le corresponden, la derivación a la autoridad competente, capacitación y formación de personal encargado de su atención a efecto de que esta pueda recibir un trato humano, entre otras medidas.

II. VÍCTIMA / VÍCTIMA VULNERABLE

Conforme a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Crimen y de

1390. Art. 19 del Proyecto de Estatuto de la Víctima del Delito, de España señala que «las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada». Honduras en similar sentido puede verse el Proyecto de Ley para reformar por adición los artículos 262-A y 262-B del Código Procesal Penal, proyecto presentado en fecha 15 de mayo de 2014.

Abuso de Poder de 1985, «se entenderá por «víctimas» las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente», continua señalado que «en la expresión “víctima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización».¹³⁹¹

Desde el punto de vista sustantivo, el Código Penal hondureño distingue entre sujeto pasivo (sobre quien recae la acción material del delito) y perjudicado por el hecho criminal (titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción criminal), que puede o no coincidir con el sujeto pasivo y que constituye una categoría más amplia.

Un punto importante a tomar en cuenta a la hora de hablar de la víctima es que ciertas personas o colectivos ofrecen una predisposición especial para convertirse en víctimas de ciertos delitos, ello se puede deber a determinados factores de vulnerabilidad que pueden ser de índole personal o social, a las víctimas que se encuentran en esa situación se les identifica como víctimas vulnerables, suelen ser especialmente las personas excesivamente débiles física o psíquicamente, los niños, las mujeres, las personas mayores, las minorías étnicas, los homosexuales, las prostitutas, etc.¹³⁹²

1391. Esa misma línea sigue el Código Procesal hondureño al hacer referencia en su artículo 17 a las personas que tiene la consideración de víctima, así señala que poseen esta condición: «1) El directamente ofendido por el delito, incluyendo el Estado y demás entes públicos o privados; 2) El cónyuge o compañero de vida, los hijos, los padres adoptivos, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y los herederos en los delitos cuyo resultado haya sido la muerte del ofendido; y, 3) Los socios respecto de los delitos que afecten a una sociedad mercantil o civil y los comuneros con respecto al patrimonio proindiviso».

1392. Al respecto puede verse la sección segunda «beneficiarios y reglas» de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

Como hemos indicado anteriormente, dependiendo de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre la víctima el catálogo de delitos a los que esta propenso varía. Así, por lo general la persona menor de edad suele ser especialmente susceptible a ser víctima en la comisión de delitos sexuales.

El Derecho penal sustantivo busca resolver esa situación dando un tratamiento especial a las víctimas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, esta situación suele ser tenida en cuenta como agravante específica, suponiendo una cualificación de la pena en determinados delitos. En algunos tipos se alude a la minoría de edad como una condición especial con una pena mayor, como ocurre en la retención con fines deshonestos o mediante fuerza intimidación o engaño, y el rapto de menores (arts. 144 y 145 CPH) o cuando se facilite drogas a los menores de edad (art. 20 de la Ley de Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Psicotrópicas de Honduras); en otros se hace mención a la especial vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad, como en la agresión y el abuso sexual (arts. 140.1 y 142 CPH); e incluso se prevén tipos penales específicos para evitar colocar a estar personas en situación de vulnerabilidad extrema, como lo es el tipo penal de Abandono de Niños y de Personas Desvalidas (arts. 139 y 199 CPH).

En el ámbito procesal penal esta condición de vulnerabilidad también merece especial atención, pues además de la predisposición que estas personas presentan para ser víctimas de determinados delitos, también se encuentren en situación de vulnerabilidad que las puede llevar a que el paso por un proceso penal las coloque en una situación de víctimas del sistema, por la forma en que son tratadas en el mismo. En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad, las mujeres, personas de la tercera edad e incluso los testigos cuando se trate de casos de criminalidad organizada, se deben adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito.

Entre las medidas para evitar esa revictimización o victimización

secundaria, las legislaciones¹³⁹³ están implementando, entre otras, las siguientes:

1. Grabación por medios audiovisuales de las declaraciones recibidas durante la fase de investigación, y a la vez estas podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones que en cada supuesto determinen las legislaciones de cada país.
2. Rendir la declaración por medio de expertos.

En el caso de los testigos menores de edad (aquí hay que hacer distinción entre la víctima del delito y víctima del sistema, del cual puede ser también el testigo) o cuando a la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitarle graves perjuicios, se podrá acordar que se les tome declaración mediante la intervención de expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar del interrogatorio de la víctima y, ordenar la grabación de la declaración por medios audiovisuales, utilizar cualquier medio técnico para evitar la confrontación visual de los testigos con el inculcado, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación. Para tal fin se deberá disponer de lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a las víctimas.

III. VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA

Como señalamos anteriormente, por victimización secundaria se entiende los efectos perjudiciales derivados del propio sistema legal para

1393. En derecho comparado podemos apreciar estas mediadas en la reforma que en el 2008 se hizo al art. 20 de la constitución Federal de México sobre el derecho a que se les preste apoyo psicológico así como a la protección de su identidad cuando se trate de víctimas o testigos menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa; esa tendencia se puede apreciar también en el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima en España.

con la víctima de un delito. Algunas diligencias procesales suponen una segunda experiencia de víctima y resultan incluso más negativas que los efectos derivados del delito porque es el propio sistema el que victimiza a alguien que se dirige al mismo solicitando tutela judicial efectiva y protección.¹³⁹⁴ Siguiendo a Ferreiro Baamonde, «cuando se habla de victimización secundaria se hace referencia a los efectos que el paso por el proceso tiene en la víctima, en concreto a los daños e inconvenientes que la relación con los sistemas de control formal producen en la víctima y que se añaden a las consecuencias perjudiciales derivadas de la victimización primaria, que pueden verse potenciadas tras el contacto con el sistema penal».¹³⁹⁵ En ese sentido, la victimización secundaria agrava la primera situación de víctima, es decir, de víctima de delito. Aquí entonces la concepción de víctima se incrementa, pues a la persona que ha sufrido la ofensa del delito, además le concurren temas procesales que le provocan perjuicio debido a su vulnerabilidad social, marginación, etc.¹³⁹⁶

Los perjuicios a los que pueden enfrentarse las víctimas en un proceso penal, nos pueden llevar a pensar que la verdadera victimización no comienza con la comisión del acto delictivo, sino con la participación

1394. De acuerdo con las tendencias actuales en víctimología, la victimización en una persona está clasificada de la siguiente manera: a) Victimización primaria: que es la consecuencia natural que sufre una persona que es víctima directa o indirecta de un delito; b) Victimización secundaria: que es el daño que sufren las personas víctimas directas o indirectas por las acciones u omisiones del proceso investigativo y del sistema judicial, y c) Victimización terciaria: que es el resultado de la estigmatización y prejuicios sociales sobre las víctimas directas e indirectas. Opinión Técnica Consultiva N.º 001/2014, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá. El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe — UNODC ROPAN.

1395. FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, España, 2005, p. 166.

1396. «Las secuelas de la victimización, de haber sido convertida una persona en víctima, suelen durar más de lo previsto, cuando no son de por vida. Además, muchas veces es imposible su total superación. En otras ocasiones la situación de la víctima no es jurídicamente todo lo buena que debería ser por defectos del propio sistema judicial. Es difícil entonces hablar de dar una oportunidad a la víctima para que todo vuelva a ser como antes», GÓMEZ COLOMER, J. L., «Estatuto jurídico de...» cit., p. 30.

en el enjuiciamiento penal, no solo porque los resultados sean dañosos en sí y causen diversas inconveniencias a quien ya ha sido perjudicado por el delito, sino porque, por el hecho de provenir del propio sistema legal y al acumularse en la ya de por sí negativa experiencia de haber sufrido un delito, tales males se experimentan de un modo especial por parte de la víctima.

La victimización puede iniciar desde la fase de investigación y puede también presentarse durante el proceso e incluso después de haberse condenado al imputado, se da por lo general en aquellos supuestos en que la víctima está en el proceso totalmente desinformada, no se da cuenta ni el por qué termina el mismo, no se le informa del significado de diversas actuaciones, o la razón por la cual tenga que repetir en diversas instancias declaraciones que ya rindió, o porque las víctimas «sean sometidas a exploraciones forenses, cuyos resultados serán expuestos en la vista general, lo que puede afectar a su intimidad, incluso la propia indagación en si haya sido un trámite difícil de superar por la intromisión que la misma ha supuesto en el cuerpo y la mente de la víctima».¹³⁹⁷

Aunque en la mayoría de las legislaciones, cuando se trata de delitos de acción penal pública, el papel de la víctima ha sido relegado al papel de testigo¹³⁹⁸, la víctima se ve en el estrado no como un simple testigo,¹³⁹⁹ sino obligada a contestar sobre hechos que le atañen y, además está siendo objeto un juzgamiento moral.¹⁴⁰⁰

La frustración con el sistema potencia en la víctima sentimientos de debilidad sembrados con el delito, «la actuación de las instancias de control penal formal (policía, jueces, etc.) multiplica y agrava el mal

1397. FERREIRO BAAMONDE, X., «La víctima en...», p. 110.

1398. Ello se debe a la sensación de que se ha suplantado a la persona de carne y hueso por una víctima simbólica y abstracta: la sociedad, relegando a la víctima a un plano inferior y, terminó convirtiéndola en un objeto de prueba, exento de derechos y en total estado de indefensión, en general revictimizada por el mismo procedimiento penal.

1399. GÓMEZ COLOMER, J. L., «Estatuto jurídico de...», cit., p. 41.

1400. Véase en la legislación hondureña la Ley Orgánica de Protección a testigos en el proceso penal, Decreto n.º 63-2007; en la legislación española Ley Orgánica de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales.

que ocasiona el delito, en parte porque estas agencias altamente burocratizadas suelen olvidar los perjuicios experimentados por la víctima y en parte también porque la víctima se siente maltratada por el sistema legal, como si fuera simplemente el objeto de una investigación rutinaria». ¹⁴⁰¹

En ese sentido, tomando en cuenta que la existencia de la victimización secundaria se debe en gran medida a la forma en que un determinado sistema penal esté configurado, consecuentemente será necesaria una reorientación del sistema penal hacia la protección de las necesidades del perjudicado por el delito, «no tanto los objetivos declarados, para lo cual en muchos casos ya existen los instrumentos formales, sino los objetivos reales. Se trata de interiorizar una nueva forma de relación con la víctima del delito, un nuevo trato. En definitiva, considerar a la víctima como un fin y no como un medio». ¹⁴⁰²

Es necesario que exista un mayor acercamiento por parte de los operadores de justicia hacia la víctima, tanto sobre las posibilidades de conseguir asistencia gratuita, no solo jurídica, sino también psicológica y de otro tipo, así como los medios de los que se puede hacer valer ante situaciones irregulares que se puedan presentar en la administración de justicia que le sean perjudiciales, estas conductas deben ser acompañadas de un cambio en el comportamiento del personal de justicia: comprensión y no compasión.

El dar una tutela efectiva a la víctima de un delito es fundamental incluso para preservar la construcción de Estado en su conjunto, pues esta se puede ver afectada dado el papel central que la Administración de Justicia (Poder Judicial) desenvuelve en los sistemas políticos occidentales a partir de la doctrina de separación de poderes de Montesquieu, pues «si los ciudadanos se ven abandonados por los tribunales la legitimidad de estos puede ser minada poco a poco». ¹⁴⁰³

1401. PUYA NAVARRO, J. M., «Atención a las...», cit., p. 30.

1402. FERREIRO BAAMONDE, X., «La víctima en...», cit., p. 180.

1403. FERREIRO BAAMONDE, X., «La víctima en...», cit., pp. 179-180.

IV. LA CÁMARA GESELL

1. Definición

La Cámara Gesell es un instrumento técnico de ayuda al sistema judicial en casos en los que para cometer el delito se haya utilizado algún tipo de manipulación psicológica de la persona, a través de chantaje, intimidación, amenaza, uso de la fuerza, o violencia para infundir temor y respeto de la víctima hacia el victimario. La Cámara Gesell está compuesta por dos habitaciones contiguas, denominadas sala de observación y sala de entrevistas. Tienen un vidrio espejado unidireccional, que permite ver desde una de las habitaciones a la otra, pero no al revés.¹⁴⁰⁴ Las salas están acondicionadas para el tipo de entrevista (por ejemplo en el caso de niños víctimas de abuso sexual, tiene varios instrumentos didácticos para que puedan contar su relato, tales como muñecos para que representen a sus agresores o casitas de juguete, libros para dibujar y colorear, dulces, etc.), con la finalidad de que la víctima se encuentre en armonía y comodidad en el ambiente y que entre en confianza con el psicólogo forense para relatar su versión. El psicólogo forense es quien conduce la entrevista y recibe las preguntas que quieren hacer el fiscal, la defensa o el juez. La persona que está siendo observada y analizada dentro del laboratorio o Cámara Gesell sabe que en la otra habitación están presentes el juez, el fiscal y las otras partes procesales¹⁴⁰⁵ y que todo lo que diga será utilizado como prueba en el proceso.

La Cámara Gesell es de mucha utilidad para promover y asegurar la intimidad necesaria para facilitar la obtención, de una forma más natu-

1404. De un lado, la sala de observación cuenta con un equipo de audio y video para la grabación de las entrevistas, un micrófono, un intercomunicador y el mobiliario correspondiente para las personas que observarán el acto a desarrollarse; del otro lado, la sala de entrevistas cuenta con un micrófono imperceptible, una cámara de filmación y el mobiliario adecuado para las personas (víctimas o testigos) que van a ser entrevistadas o que participaran en el acto a desarrollarse.

1405. Para evitar la tensión y angustia emocional de la víctima o testigo, se deberá procurar evitar la coincidencia en dependencias investigativas y judiciales de la víctima con el presunto agresor, así como la confrontación de ambos durante la celebración de actos judiciales, procurando la protección visual de la víctima.

ral, libre y espontánea de las opiniones y testimonios, consentimientos, declaraciones, entre otras actuaciones, que deban expresar las víctimas o testigos vulnerables, a efecto de que no se confronten con su agresor en los casos que señale la ley. Asimismo, evitar la revictimización al reducir la cantidad de veces que tienen que repetir su intervención y con ello revivir recuerdos dolorosos,¹⁴⁰⁶ o que al rendir tantas veces la declaración ante distintas personas la víctima o testigo sienta que no le creen.

En la actualidad muchos países de Latinoamérica¹⁴⁰⁷ cuentan con Cámaras Gesell en las instalaciones del Ministerio Público o en los juzgados, entre ellos podemos mencionar a Honduras, Argentina,¹⁴⁰⁸

1406. Por lo general, la víctima es entrevistada de 3 a 4 veces sobre el mismo tema en la sede policial, por el fiscal, por el perito forense, por el Juez de Instrucción y por el Tribunal de Sentencia, sufriendo un fuerte impacto en todo el proceso. Esta cámara permite que se realice una sola entrevista y el soporte documental de la misma (video, actas, etc.) podrá ser utilizado como prueba para el resto de proceso.

1407. No encontramos soporte documental sobre la utilización de la Cámara Gesell a nivel europeo sin embargo consideramos que puede ser un buen instrumento para cumplir la finalidad que persiguen normas que en sus legislaciones se contemplan dedicadas a la protección de las víctimas, ejemplo en el caso español, la Cámara Gesell podría ser un instrumento eficaz para cumplir la finalidad perseguir en los artículos 20 y 21 del estatuto de la víctima, al señalar artículo 20 «las dependencias en las que se desarrollen los actos del procedimiento penal, incluida la fase de investigación, estarán dispuestas de modo que se evite el contacto directo entre las víctimas y sus familiares, de una parte, y el sospechoso de la infracción o acusado, de otra». Y el artículo 21 «las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velarán por que, en la medida que ello no perjudique la eficacia del proceso: a) Se reciba declaración a las víctimas, cuando resulte necesario, sin dilaciones injustificadas. b) Se reciba declaración a las víctimas el menor número de veces posible, y únicamente cuando resulte estrictamente necesario para los fines de la investigación penal».

1408. En el año 2003 en Argentina se hizo una reforma al Código Procesal Penal que permite incorporar como medio de prueba en el juicio, la declaración testimonial obtenida a través de la Cámara Gesell. Dicha reforma introduce el artículo 250 Bis, el cual señala que «Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: (...) d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el

México, Perú, Uruguay, Colombia,¹⁴⁰⁹ Panamá, Nicaragua, Paraguay, Chile, Bolivia,¹⁴¹⁰ Venezuela, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guate-

estado emocional del menor». Por su parte el art. 250 quáter añade que «siempre que fuere posible, las declaraciones de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas serán entrevistadas por un psicólogo designado por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogadas en forma directa por las partes. Cuando se cuente con los recursos necesarios, las víctimas serán recibidas en una «Sala Gesell», disponiéndose la grabación de la entrevista en soporte audiovisual, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales. Se deberá notificar al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto. En aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado los actos serán desarrollados con control judicial, previa notificación al Defensor Público Oficial. Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista el interrogatorio propuesto por las partes, así como las inquietudes que surgieren durante el transcurso de la misma, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares u objetos, la víctima será acompañada por el profesional que designe el Tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado.

1409. Colombia también ha establecido el uso obligatorio de la Cámara Gesell para realizar entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales; dicha obligatoriedad es resultado de las reformas a su ley adjetiva realizado en el mes de julio de 2013 con la Ley n.º 1625, Congreso de Colombia. Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, con dicha reforma se introduce el artículo 206A a la norma proceso penal, dicho artículo señala que la entrevista forense a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos tipificados en el Título IV del Código Penal, cuando se trate de una persona menor de edad, se llevará a cabo una entrevista grabada o fijada por cualquier medio audiovisual o técnico, para cuyos casos se seguirá el siguiente procedimiento: «... e) La entrevista forense se llevará a cabo en una Cámara de Gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio audiovisual o en su defecto en medio técnico o escrito. f) El personal entrenado en entrevista forense, presentará un informe detallado de la entrevista realizada. Este primer informe deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 209 de este código y concordantes, en lo que le sea aplicable. El profesional podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado». Asimismo, el artículo 275 del Código de Procedimiento Penal añade que también se entenderá por material probatorio la entrevista forense realizada a niños, niñas y/o adolescentes víctimas de los delitos descritos en el artículo 206A de este mismo Código.

1410. En Bolivia, la Ley n.º 263 «Ley integral contra la trata y tráfico de personas» en el artículo 29 (Protección) señala: «se contemplará las siguientes medidas:...

mala, Cuba, República Dominicana¹⁴¹¹ y Puerto Rico, sin embargo, no en todos estos países se han realizado reformas en su norma procesal penal para permitir incorporar la declaración allí obtenida en el proceso penal, aun cuando sus legislaciones presentan vacíos al respecto.

En los países donde no existe un marco normativo claro sobre la incorporación del testimonio, rendido a través de la Cámara Gesell,¹⁴¹² se ha dado lugar a que algunos jueces del Tribunal de Sentencia no admitan la declaración por este medio, solicitando llevar a las víctimas nuevamente para que rindan su declaración dentro del desarrollo del debate, argumentando que es preferible observar la reacción de la víctima o testigo ante su agresor, rechazando de esta manera la autorización del uso de la Cámara Gesell; aunado a esto, el abogado defensor en algunas ocasiones se opone a su utilización, indicando que se violan ciertos derechos y principios, dentro de los que se pueden citar el derecho de defensa, principio procesal de contradicción, el principio de

2. Adoptar las Cámaras Gesell para su uso obligatorio durante el proceso de investigación».

1411. En República Dominicana la Ley n.º 136-03 que contiene el Código para el sistema de protección y los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes en el artículo 282 dispone: «las declaraciones informativas que menores de 18 años de edad deban prestar en relación a causas penales, tendrán lugar, exclusivamente ante los Tribunales de niños, niñas y adolescentes (...). Dichas declaraciones se pueden obtener por medio de entrevistas a través de circuito cerrado de televisión o por medio de la Cámara Gesell, es decir, de la proyección de la imagen y voces del niño, niña o adolescente, sin entrar en contacto personal directo con el tribunal de derecho común».

1412. En los paises donde no se ha optado por la reforma de la norma procesal penal, se ha optado por la utilización de protocolos de actuación o circulares a nivel de Poder Judicial o Ministerios Públicos. Así, en el caso de Honduras puede verse el Instructivo de la Dirección de Fiscalía del Ministerio Público DGF N. 01-2012 de 9 de enero de 2012 y la Circular número 06 de la Corte Suprema de Justicia; Bolivia cuentan con el Guía de uso de la Cámara Gesell, Fiscalía General del Estado de Bolivia; En Costa Rica, mediante la Circular N. 24-201236 de fecha de 14 de febrero de 2012, la Corte Suprema de Justicia aprueba el Manual de Uso de Cámaras Gesell. Esta circular señala que el fin de las Cámaras Gesell es la no revictimización de mujeres, personas menores de edad, personas adultas mayores, personas con discapacidad que figuren como víctimas o testigos en procesos judiciales, sin perjuicio de que sea utilizado en otros casos en que las circunstancias de la persona requiera este espacio para no ser revictimizada. Sin embargo, recordemos que este tipo de resoluciones no poseen fuerza legal vinculante *erga omnes*, las dificultades de la incorporación al proceso de estos testimonios se siguen presentado.

inmediación procesal y el debido proceso; lo que conlleva en ciertos casos, la presentación de medios de impugnación que contribuyen a la victimización secundaria que vive el menor de edad, convirtiéndose en un proceso costoso y la evidente violación al principio de celeridad procesal.

2. Proyecto presentado al Congreso Nacional de Honduras

En relación a lo expuesto, el 15 de mayo de 2014 se presentó al Pleno del Congreso Nacional de Honduras el Proyecto de decreto a través del cual se pretende modificar el Código Procesal Penal contenido en el Decreto n.º 9-99-E, de fecha 19 de diciembre de 1999, adicionando los arts. 262-A y 262-B, al capítulo V sobre «Otros Medios de Prueba», del título VII, del Libro Primero, relacionado a la entrevista de personas menores de dieciséis (16) años de edad, o de cualquier edad siempre y cuando se trate de personas con capacidades especiales, personas con retardo mental o social y mujeres o, testigos en casos de criminalidad organizada.

Conforme a la reforma que se pretende introducir, se busca que las declaraciones de las víctimas o testigos, que se encuentren en los supuestos señalados, sean tomadas a través de la Cámara Gesell, y además en el art. 262-B se indica la forma de practicar la entrevista en la Cámara de Gesell para que tenga el valor de prueba anticipada.

Así, señala el art. 262-A de la propuesta:

«Entrevista de personas menores de edad y mujeres por medio de la Cámara de Gesell. Cuando se trate de una víctima o testigo de alguno de los delitos tipificados Título Segundo, Capítulo I y II, del Libro Segundo del Código Penal,¹⁴¹³ que a la fecha en que se requiera su comparecencia no haya cumplido los dieciséis (16) años de edad, o de cualquier edad siempre y cuando se trate de personas con capacidades especiales, personas con retardo mental o social y mujeres o, testigos en caso de crimen organizado, la entrevista se hará de la forma siguiente:

1413. Referente a los delitos contra la libertad sexual y la honestidad.

1) Los menores de dieciséis (16) años, solo serán entrevistados por un psicólogo del Poder Judicial, pudiendo ser acompañado por otro especialista cuando el caso particular lo requiera, ambos designados por el órgano que ordene la medida, procurando la continuidad del mismo profesional durante todo el proceso, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho órgano o las partes, salvo que excepcionalmente y por razones debidamente fundadas, el fiscal lo pudiera autorizar. El órgano Interviniente evitará y desechará las preguntas referidas a la historia sexual de la víctima o testigo o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho. Este mismo procedimiento se aplicará cuando la víctima sea una mujer, salvo que esta última decida no utilizarlo.

2) El acto se llevará a cabo en una cámara o habitación debidamente acondicionada con implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la persona, cuando ello fuere posible.

3) El órgano jurisdiccional, a solicitud de las partes, podrá requerir al profesional actuante, la elaboración de un informe detallado, que dé detalles de todos los hechos acontecidos en el acto procesal.

4) A pedido de parte, o si el órgano jurisdiccional interviniente lo dispusiera de oficio, se podrá seguir lo que acontezca en la cámara o habitación acondicionada al efecto, desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente, o en su defecto, mediante cualquier otra modalidad que preserve al menor o la mujer de la exposición a situaciones revictimizantes, sin perjuicio del derecho de defensa. En tal caso, previo a la iniciación del acto, el órgano jurisdiccional hará saber al profesional a cargo de la entrevista, las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate del reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor o la mujer será acompañado (a) por el profesional que designe el órgano jurisdiccional, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado, quien a todos los efectos será representado por el defensor, debiendo con posterioridad, imponérsele y posibilitarle el acceso al informe, acta, constancias documentales o respaldos fílmicos del acto.

Quando se trate de menores que a la fecha de ser requerida su comparecencia hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad y no hubieren cumplido los dieciocho (18) años, de personas con capacidades especiales,

de personas con retardo mental o social, de mujeres o, de testigos en casos de delitos de crimen organizado, el órgano jurisdiccional, previo al acto o a la recepción del testimonio, requerirá informe al especialista acerca de la existencia de riesgos para la salud psicofísica de las víctimas o, la seguridad física de estas y los testigos, respecto de su presentación ante los estrados. En caso afirmativo, se procederá de acuerdo a lo dispuesto en este artículo».

Por su parte el art. 262-B de la propuesta, hace referencia a la forma de practicar la entrevista en la Cámara de Gesell para que tenga el valor de prueba anticipada. Dicho precepto señala:

«Para que la entrevista que se realice en la cámara de Gesell tenga el valor de prueba anticipada y pueda ser incorporado al debate, mediante la lectura del acta en que conste, junto con las grabaciones y registros audiovisuales de su realización, deberá practicarse en presencia del Juez, del Fiscal y del defensor del imputado».

Sobre el Proyecto relacionado, consideramos oportuno destacar los siguientes puntos:

1. Tal como se señala en el inciso 1) del art. 262- A, se pretende que el uso de la Cámara Gesell sea regla general únicamente en caso de menores de 16 años, cuando estos sean víctimas de delitos contra la libertad sexual y la honestidad.
2. En ninguno de los supuestos podrá estar presente el imputado.
3. Se deja abierta la posibilidad de que este método sea utilizado únicamente como medio de investigación, para lo cual no será necesaria la presencia del juez, el fiscal y el defensor del imputado; conforme a dicho Proyecto la presencia de estos, únicamente será necesaria en los casos en que se busque que la misma tenga el valor de prueba anticipada (art. 262-B).
4. En caso de personas mayores de (16) años pero menores de dieciocho (18) años, de personas con capacidades especiales, de personas con retardo mental o social, de mujeres o, de testigos en casos de delitos de crimen organizado, para la utilización

de la Cámara Gesell *será necesaria la existencia de un informe de especialista, que acredite la existencia de riesgos para la salud psicofísica de las víctimas o, la seguridad física de estas y los testigos, respecto de su presentación ante los estrados.* Es decir, en estos casos solo podrá utilizarse la Cámara Gesell si existe dicho informe, contrario a lo que sucede con los menores de 16 que la edad, en los que la edad es, por sí sola, el requisito para que el fiscal y en su caso el juez se vea obligado a utilizar la Cámara Gesell.

El Proyecto fue remitido a la Corte Suprema de Justicia para opinión, la opinión de la Corte Suprema de Justicia reconoce la importancia y pertinencia de realizar reformas legislativas tendentes a evitar la revictimización de víctimas en el proceso penal, señala además, que dicha reforma debe ir orientada a hacer una diferenciación entre protección de testigos y víctimas. Sugiere la exclusión de la posibilidad de la utilización de la Cámara Gesell para tomar declaración a los testigos (para quienes se sugieren otras medidas de protección) y propone que esta se utilice únicamente para la toma de declaración de personas vulnerables, entendiéndose como tales a los *niños y niñas menores de doce (12) años de edad cuando sean llamados al proceso como testigos; niños y niñas víctimas del delito, cualquiera que sea este; personas víctimas de delitos en perjuicio de la libertad sexual; y personas con retardo mental.* Es así que propone que además de la adición de un art. 262- A, se reformen los arts. 237 y 331 del Código Procesal Penal.

En relación al carácter de prueba anticipada de las diligencias realizadas a través de la Cámara Gesell, la opinión de la Corte Suprema de Justicia señala que:

«La Cámara de Gesell es un espacio destinado para la práctica de diligencia de investigación y de medios de prueba tales como entrevistas en la etapa de investigación y de medios de prueba tales como entrevistas en la etapa de investigación preliminar, recibimiento de prueba testimonial, práctica de peritajes psicológicos o psiquiátricos, reconocimiento de personas en rueda, ... para que la actividad probatoria tenga el valor de

prueba anticipada, deberá realizarse conforme a lo previsto en el artículo 227» (véase art. 262-A, de la propuesta de redacción indicada por la Corte Suprema de Justicia).

Aunque pareciera únicamente cuestión semántica, resulta que la redacción propuesta por la Corte Suprema de Justicia, en relación a la utilización de la Cámara Gesell como prueba anticipada, supone consecuencias muy distintas a las pretendidas en el art. 262- B del Proyecto presentado al Pleno, específicamente en relación a que los requisitos justificativos para rendir la declaración a través de la Cámara Gesell, pues estos son distintos a los señalados en el 277, lo que puede volver imposible que las declaraciones rendidas a través de la Cámara Gesell sean tomadas en como prueba anticipada en el juicio oral.

Las observaciones remitidas por la Corte Suprema de Justicia sobre el Proyecto de ley que se encuentra en el legislativo hondureño es un ejemplo de las diferentes posturas e interpretaciones sobre el rol de la Cámara Gesell en el Proceso Penal, y la incorporación de la actividad practicada en el mismo, como prueba en el juicio oral, situación que justifica una mayor discusión doctrinal, análisis jurídico y, por supuesto, su urgente regulación en la normativa procesal penal.

V. LA INCORPORACIÓN AL PROCESO DE LA DECLARACIÓN RENDIDA A TRAVÉS DE LA CÁMARA GESELL

El testimonio resultado de la diligencias realizada en la Cámara Gesell es grabado en formato de audio y video, es recogido por única vez y en base a esta grabación se puede realizar algún peritaje o introducirlo al juicio oral como prueba para su lectura, sin embargo consideramos conveniente analizar algunas cuestiones prácticas que se pueden presentar al momento de pretender incorporar la prueba obtenida a través de la Cámara Gesell al proceso penal. Para tal fin, haremos un recorrido sobre la naturaleza jurídica de la misma y los problemas prácticos al pretender incorporarla al proceso.

1. Naturaleza jurídica de la declaración rendida a través de Cámara Gesell

Para una mayor comprensión del rol que tiene la prueba rendida a través de la Cámara Gesell en el proceso penal, específicamente la forma en que esta debe incorporarse al mismo y el tratamiento procesal que se le debe dar, es preciso hacer un análisis de la naturaleza jurídica que la misma reviste.

La naturaleza jurídica del medio de prueba que se obtiene con la declaración rendida a través de la Cámara Gesell es un tema complejo, esa complejidad se debe en gran medida a su novedad en el proceso penal hondureño y a la ausencia de jurisprudencia y doctrina consolidada en nuestro país.

Dadas las características de la declaración rendida a través de la Cámara Gesell cabe preguntarse si en verdad se trata de una figura totalmente novedosa en el sistema procesal Penal a la que deba atribuírsele una naturaleza jurídica *sui generis* o se le debe atribuir una naturaleza jurídica de prueba pericial tomando en cuenta que la entrevista es dirigida por un psicólogo forense, este perfectamente puede comparecer ante el tribunal a ratificar el dictamen de la actividad realizada en la Cámara Gesell, o deberá atribuirse a dicha declaración la naturaleza de prueba anticipada, debido a que, si bien es cierto que la declaración se rinde con la orientación de un psicólogo, al estar presentes las partes y el tribunal en la sala de observación, hay posibilidad de contradictorio, por ende perfectamente puede ser incorporada la declaración al debate.

Tomando en cuenta que en nuestro Derecho procesal penal rige el principio de libertad probatoria, de orientarnos por una naturaleza *sui generis* del medio de prueba que se obtiene con la utilización de la Cámara Gesell, podríamos fundar nuestra postura en el principio de libertad probatoria que rige en algunas legislaciones procesales penales de corte acusatorio, faculta a las partes a aportar en la investigación todo tipo de pruebas que sean conducentes a la averiguación de la verdad, siempre que sean obtenidas de manera lícita, legal y respetando el debido proceso ante la autoridad judicial (véase art. 199 Código Procesal Penal hondureño).

Por otro lado, se puede pensar que al ser un acto por el cual el experto escucha el relato de la víctima o testigo, no guarda las características propias de una declaración testimonial ni reviste las formalidades de ese medio probatorio en particular, si bien es cierto que la víctima o testigo rinde su declaración, esta diligencia probatoria también se caracteriza porque debe ser moderada por un psicólogo especialista en la materia; en ese sentido por aplicación del principio de la analogía de las medidas probatorias reguladas en la ley adjetiva, la actuación de este profesional es la de un perito.¹⁴¹⁴ Sin embargo, como veremos más adelante, no es la valoración del perito lo que busca este medio de prueba, pues en todo caso, la misma se hubiese desarrollado en una clínica o en las instalaciones de Medicina Forense sin necesidad de que estén presentes el juez y las partes¹⁴¹⁵ y todas las formalidades y protocolos que la Cámara Gessel exige.¹⁴¹⁶

Consideramos que la entrevista que rinde la víctima o testigo en condición de vulnerabilidad a través de la Cámara Gesell debe revestir la naturaleza jurídica de prueba anticipada, en caso contrario, se admitiría que una prueba inicialmente testifical se convierta en una prueba pericial o informativa. Al revestir la naturaleza de prueba anticipada, esta puede ser reproducida en el acto del juicio oral y revestirá los mismos efectos de la rendida en ese momento, será incorporada por la lectura del acta o por su reproducción si hubiese sido grabada. La prueba anticipada permite retroceder en el tiempo una fase del proceso donde deben practicarse las pruebas (el juicio oral y público), y es en presen-

1414. Véanse arts. 239 y 245 del Código Procesal Civil hondureño.

1415. Ello con el fin de poder confrontar la prueba y sugerir preguntas al menor, para que estas sean realizadas por el psicólogo.

1416. Se tratará por tanto de una prueba anticipada y no de una prueba preconstituida. Debemos entender por prueba anticipada, aquella practicada siempre con intervención del juez penal o del tribunal en condiciones que permiten la contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión. Las pruebas pre constituidas, en cambio, no requieren ni presencia del juez ni necesario emplazamiento a las partes. Se trata de diligencias como el allanamiento, la incautación, las inspecciones oculares preliminares, el levantamiento de cadáver y otras similares, en las que solo se exige las garantías de actuación previstas en la Constitución y la ley.

cia del juez o tribunal y de las partes (lo que tiene plena concordancia en la aplicación del principio de inmediación y el de contradicción), la cual se desarrolla por medio de una audiencia específica.

Si bien es cierto, tradicionalmente el anticipo de prueba debe estar justificado por situaciones excepcionales tendentes a conservar o asegurar uno o varios medios de prueba antes del juicio, frente a la inminente posibilidad de que los mismos puedan desaparecer o sea imposible reproducirlo en el juicio;¹⁴¹⁷ debemos tomar en cuenta que la naturaleza jurídica de la prueba anticipada es cautelar, busca garantizar las amenazas, a la prueba misma como a su propia calidad, que como consecuencia del *periculum in mora* se puedan provocar, sean eliminadas.

Sin duda alguna que el miedo a sufrir represalias o el temor a la revictimización que posea una víctima o testigo, puede amenazar en gran medida la prueba o la calidad de la misma, pues el temor puede llevar al silencio o a dar un testimonio distinto a la verdad. Sin embargo, en el caso de las declaraciones tomadas a través de la Cámara

1417. En ese sentido puede verse el art. 277 del Código Procesal Penal hondureño al expresar que «en caso de peligro de pérdida o inutilización de cualquier medio de prueba, el órgano jurisdiccional, a petición del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, adoptará las medidas necesarias para evitar el peligro, y en su caso, ordenar la recepción anticipada de la prueba. Igualmente, el órgano jurisdiccional, a petición fundada del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, podrá disponer que se practique anticipadamente cualquier medio de prueba, cuando exista peligro grave de que resulte imposible o extraordinariamente difícil su práctica en el acto del debate. Del mismo modo procederá el órgano jurisdiccional, a petición fundada del Ministerio Público o de cualquiera de las partes, cuando exista riesgo grave de fallecimiento de un testigo o perito; de que, por ausencia o por cualquier otra causa, sea imposible o extraordinariamente difícil que comparezca en el acto del juicio; o corra peligro de ser expuesto a presiones, mediante violencia, amenazas, ofertas o promesas de dinero u otros beneficios análogos. En todo caso, el Juez librará citación al Fiscal y los demás interesados que hasta el momento hayan sido identificados y que puedan comparecer, y estos tendrán derecho a asistir a la práctica anticipada de la prueba, en la forma prevista para el debate. El imputado que se encuentre detenido, será representado por su Defensor, salvo si pide intervenir personalmente y no existe peligro de fuga. En aquellos casos en que se desconozca quién es el imputado y la práctica de la prueba sea de extrema urgencia, el Ministerio Público podrá requerir la intervención del Juez para que actúe de la manera más expedita, debiendo citar este un Defensor de oficio para que controle el acto».

Gesell su característica irreproducible, no es originada de la posibilidad de la pérdida del elemento probatorio, sino del derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva por parte del Estado, a través de medios eficaces que permitan la persecución del delincuente, sin necesidad de poner en riesgo la vida o la seguridad física o psicológica de la víctima o el testigo.

En este sentido, en la recomendación 37 de las Reglas de Brasilia *sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad*, se recomienda a los Estados «la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad». A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales. En ese mismo sentido se orientan las reglas 70 y 71 de dicha declaración, mediante las cuales se recomienda a los estados analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el derecho aplicable. Debiéndose proceder en ocasiones a la grabación en soporte audiovisual del acto, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales.

El anticipo de prueba es una de las diligencias que de ser utilizadas correctamente puede ser un instrumento para la reducción de la revictimización. En ese sentido, consideramos que través del uso del anticipo de prueba en una Cámara Gesell se puede recabar el testimonio como prueba, en una única diligencia que luego será presentada e introducida por su reproducción o lectura en el juicio oral. Si la prueba anticipada es utilizada de manera correcta y con estricta observancia de las normas nacionales e internacionales, el testimonio será recogido por única vez y no será necesario volver a convocar a la víctima o testigos para que se realice de nuevo una entrevista, de esta manera se logra reducir la revictimización, además al ser grabada en la Cámara Gesell, se tiene una constancia de lo ocurrido.

En cuanto al momento procesal en que deberá utilizarse la Cámara Gesell, si bien es cierto, lo ideal es que la diligencia se practique desde la fase de instrucción, nada impide que se pueda utilizar en fases posteriores o incluso en el juicio oral.

2. Problemas prácticos al pretender incorporar la Cámara Gesell al proceso penal

La persona imputada por la comisión de un delito posee el derecho de defensa, dentro del cual se enmarca el derecho de presenciar el debate, controlar la prueba de cargo, carearse con los testigos, repreguntarlos personalmente, ejercitando de esta manera su defensa material (véase art. 111 Código Procesal Penal hondureño),¹⁴¹⁸ sin embargo, en el caso de víctimas vulnerables los derechos de los imputados deben presentar características muy especiales, pues se debe ponderar entre el derecho del imputado y el derecho de las víctimas en condición de vulnerabilidad a ser tratada con respeto y, fundamentalmente, a no ser revictimizadas con motivo de los actos del procedimiento, y desde luego garantizar la prueba misma.

En la práctica hondureña y ante la ausencia de una legislación que regule el uso de la Cámara Gesell en el proceso penal, se han presentado algunos inconvenientes en cuanto a la posibilidad de que el menor vuelva a ser interrogado nuevamente a lo largo de todo el proceso. Incluso se ha llegado a pensar en pedir la nulidad de la actividad realizada a través de la Cámara Gesell, sin duda alguna, con ello se privaría al proceso de una prueba fundamental, teniendo en cuenta la imposibilidad de citar nuevamente a la víctima, en los casos en los que no pueda estar presente el autor del hecho denunciado en la diligencia, agotada por tanto, la instancia de oír personalmente al testigo o la víctima.

1418. Art. 110. Derechos de la Víctima «10) A estar presente, con su Defensor, en todos los actos que impliquen elementos de prueba, salvo en los casos en que el presente Código disponga lo contrario».

Si bien es cierto, como señala Barona Vilar, «debe entenderse como prueba suficiente e idónea para desvirtuar la presunción de inocencia la que se practica en el juicio oral (...), celebrado con todas las garantías constitucionales y legales previstas en el ordenamiento jurídico —contradicción, oralidad, intermediación y publicidad— y con el debido respeto a los derechos fundamentales del imputado (...), alcanzándose la convicción del tribunal sobre los hechos por el contacto directo con los medios aportados al debate contradictorio. Así ha sido reiterado por el TC español, desde su sentencia 31/1981. *La contradicción, o audiencia, supone que el acusado debe estar presente y participar en toda la actividad probatoria, evitándose en todo caso la indefensión, y comporta el derecho de defensa, con la obligada intervención del abogado en las actuaciones probatorias, de manera que en aquellos supuestos excepcionales en que se permite el desarrollo del proceso en ausencia del acusado (...) la presencia del abogado es una exigencia*»;¹⁴¹⁹ esta regla general, sin embargo tiene sus excepciones, una de ellas se da en los casos en que cabe anticipar la prueba, con las mismas garantías legales y constitucionales que la práctica de la prueba en el juicio oral.

En este sentido, delimitaremos nuestra postura a favor de dar el carácter y valorar como prueba anticipada a la declaración rendida a través de la Cámara Gesell con la intervención del juez, el fiscal, la defensa y el imputado, pues en ella se le ha dado al imputado la posibilidad de rebatir la argumentación del testigo o víctima, fundamos esta postura, además, en el análisis que sobre una situación similar se expone por el Tribunal Constitucional español en Sentencia 56/2010, de 4 de octubre de 2010, en dicha resolución se establece que: «para apreciar adecuadamente la legitimidad constitucional de la valoración de un testimonio de cargo no contradicho en el acto del juicio conviene recordar los requisitos constitucionales de validez a efectos probatorios del testimonio vertido ante el juez de Instrucción,

1419. BARONA VILAR, S., en MONTERO AROCA, J. / GÓMEZ COLOMER J.-L. / MONTÓN REDONDO, A. / BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 283 y ss.

sistematizados en la STC 344/2006, de 11 de diciembre: a) como punto de partida debe recordarse «la línea jurisprudencial ya muy consolidada e iniciada en la STC 31/1981, de 28 de julio, de que solo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral. En su virtud solo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes»; b) en segundo lugar, «el criterio enunciado, sin embargo, no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción (por todas, SSTC 10/1992, de 16 de enero, FJ 2; y 187/2003, de 27 de octubre».

Se continua exponiendo en dicha resolución que «en los supuestos en que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba, bien por su imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral mediante el correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación sumarial practicado con las debidas garantías del valor de la llamada prueba anticipada y la preconstituída, supuestos en los cuales el juzgador podrá fundar en tales actos la formación de su convicción, sin necesidad de que sean reproducidos en el juicio oral (STC 148/2005, de 6 de junio, FJ 2) (STC 1/2006, FJ 4). Como afirmaba la STC 41/1991, de 25 de febrero, *no admitir la prueba preconstituída con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (por ejemplo, mediante la amenaza a los testigos; STC 154/1990, FJ 2) (...)*. *«la excepción anterior a la regla inicial de que solo pueden catalogarse como pruebas de cargo en el proceso penal las practicadas en el juicio oral es aplicable a la prueba testifical instructora anticipada (STC 200/1996, de 3 de*

diciembre, 3), si bien la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECRIM, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador».

En ese sentido, la posibilidad de contradicción que se da en el momento de rendir declaración a través de la Cámara Gesell, dota de validez a la actividad probatoria. El derecho de defensa solo resultaría restringido si la condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario, sin embargo, esta situación no se da con la declaración rendida a través de la Cámara Gesell, pues tanto el juez y las partes pueden plantear preguntas para que el psicólogo le realice a la persona que está rindiendo su testimonio.

La Cámara Gesell, como un instrumento para recibir la prueba anticipada, no impide la intermediación y contradicción procesales, por ende podrá ser utilizada como prueba anticipada y podrá ser utilizada en el juicio oral siempre y cuando se mantenga la causa que lo motivó, es decir, siempre que la víctima siga conservando la situación de vulnerabilidad.

Para finalizar, quiero manifestar que durante la redacción del presente artículo, pensé en todo momento en mi amigo César Barrientos, a quien le guardo mucho respeto, admiración y cariño, además de su destacada trayectoria profesional, fue de mucho apoyo para mí, en un momento de mi vida de gran vulnerabilidad. Ese cariño, respeto y admiración, me motivó a escribir sobre la víctima en el proceso penal, para enmarcarme en el tema título de la publicación. Sin embargo,

cuando estaba finalizando el mismo, el día 4 de enero del 2014 a las 23:50 h, se comunicó conmigo una amiga, me dijo que estaba en las instalaciones de Medicina Forense, acompañando a una amiga suya a la que recientemente dos hombres habían violado y habían asesinado a su hija de siete años de edad, lo que me llevó a pensar que, lo que empezó como un tema «poco apetecido», resultó ser un tema urgente para mi país, lastimosamente en este caso ya la Cámara Gesell no podrá ser utilizada por la víctima, pero deseamos que en el futuro sea utilizada para proteger y salvar las vidas de muchas personas en situación de vulnerabilidad. Descansa en paz, César; descansa en paz, Ana Lucía Rodríguez Jiménez.

CASINOS, *COMPLIANCE* Y SISTEMA PENAL (FUNDAMENTOS DEL JUEGO RESPONSABLE)

PROF. DR. MIGUEL ONTIVEROS ALONSO¹⁴²⁰

*Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales
Abogado penalista*

SUMARIO: I. APUNTES PRELIMINARES.- II. LOS FUNDAMENTOS DEL JUEGO RESPONSABLE. 1. Juego responsable y protección de la infancia y la adolescencia.- III. *COMPLIANCE* Y JUEGO RESPONSABLE.

I. APUNTES PRELIMINARES

El primer antecedente formal que puede encontrarse en México de cara a regular los juegos y sorteos es el decreto firmado por Porfirio Díaz en el año 1907, mediante el cual se sentaron las bases para la instalación de casinos en nuestro país.¹⁴²¹ Tiempo después, Pascual Ortiz

1420. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho penal de la Universidad de Bonn, Alemania, bajo la dirección académica del Prof. Dr. h. c. Urs Kindhäuser. Investigador (SNI) del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. www.miguelontiveros.com.

1421. Acerca de la evolución histórica de la normativa mexicana en esta materia; Rueda Erika; «¿Casinos en México? Análisis sobre su apertura».; en *Juegos de Azar*.

Rubio, en 1930 y en su calidad de presidente de la República, dispuso que los asuntos relacionados con autorizaciones para instalar centros de juego quedarían bajo el control de la Secretaría de Gobernación.

Ocho años más tarde, «el 17 de junio de 1938, se expidió el Reglamento de Juegos para el Distrito Federal y Territorios Federales; días después, el 24 de junio, el presidente Lázaro Cárdenas modificó el decreto de 1907 y prohibió los juegos con apuestas. El 11 de septiembre de 1942, Manuel Ávila Camacho expidió la Ley Federal de Emergencias sobre Juegos y Apuestas, suprimiendo el juego de azar, apuesta o de mera habilidad. Finalmente, el 31 de diciembre de 1947, Miguel Alemán Valdés expidió la Ley Federal de Juegos y Sorteos que rige actualmente».¹⁴²²

Más de un siglo ha pasado desde la primera regulación en esta materia en México, sin que haya certeza aún en torno a qué sí y qué no es legal en nuestro país, cuáles son los derechos y obligaciones de los permisionarios y cuáles son, en realidad, las facultades de la autoridad. Esto ha generado un efecto de «bola de nieve» que difícilmente podrá detenerse. Algunos intentos para enfrentar la incertidumbre que permea en ese entorno se han verificado desde el poder legislativo, de tal forma que hasta ahora se tiene conocimiento de por lo menos cinco iniciativas de ley de juegos y sorteos¹⁴²³ sin que haya prosperado alguna de estas.

Una visión multidisciplinaria; Cecilia Mora-Donatto (coord.); Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México/Universidad Carlos III de Madrid/Instituto Fermín Caballero de Política y Gobernanza; Serie «Estudios Jurídicos»; México, 2010; pp. 67 y ss.

1422. *Idem*, pp. 71-72.

1423. Las iniciativas de las que se tiene registro son las siguientes: Iniciativa de Ley Federal de Juegos con Apuestas, Sorteos y Casinos, del diputado federal Isaías González Cuevas, del Grupo Parlamentario del PRI (1999); Iniciativa de Ley Federal de Juegos con Apuestas y Sorteos, de los diputados federales Tomás Coronado Olmos y Eduardo Rivera Pérez del Grupo Parlamentario del PAN (2003); Iniciativa de Ley Federal de Juegos con Apuestas y Sorteos, del diputado federal Javier Bravo Carbajal del Grupo Parlamentario del PRI (2004); Iniciativa que expide la Ley Federal de Juegos con Apuestas y Sorteos, del Diputado Federal Armando García Méndez del Grupo Parlamentario de Alternativa (2008); Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Juegos con Apuesta y Sorteos, del senador Felipe González González, del Grupo Parlamentario del PAN (2011); Iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley Federal de Juegos con Apuestas y Sorteos, a cargo del diputado

¿Cuál ha sido el problema al que se han enfrentado estas propuestas y por qué de su fracaso?

Deben existir, sin duda alguna, múltiples factores, ya sean de corte económico, político y hasta moral que hayan impedido que los casinos en México sean regulados con cierta claridad. No obstante, si se hace una revisión —aunque sea muy básica— de las iniciativas antes mencionadas, podrá advertirse que al igual que la ley vigente en la materia, dichas iniciativas sufren de un déficit en torno a la perspectiva humanista del juego, así como de las consecuencias que este puede generar en grupos en especial situación de riesgo.¹⁴²⁴ Con esto no quiero decir que dicha perspectiva —que efectivamente no se ve por ningún lado de las propuestas señaladas— haya sido el factor determinante de su fracaso. Pero debe aceptarse que, de conformidad con la actualidad constitucional de nuestro país, una actividad tan delicada como es el juego no puede estar alejada de la dimensión humanista.¹⁴²⁵

Y es que la tradición del juego en nuestro país siempre ha puesto en el centro de su regulación la prohibición de determinadas conductas y, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para ejercer legítimamente las múltiples actividades vinculadas a los juegos y sorteos. Por eso dimensiones tan importantes como la niñez, la juventud, pero también la relativa a quienes sufren una adicción al juego o resultan ser jugadores potenciales, han quedado en un segundo nivel de importancia.

Martín Vázquez Pérez, del Grupo Parlamentario del PRI (2011); Iniciativa que expide la Ley Federal de Juegos y Sorteos, a cargo de la diputada Nancy González Ullóa del Grupo Parlamentario del PAN (2012); Iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley Federal de Juegos, a cargo de la senadora María Verónica Martínez Espinoza, del Grupo Parlamentario del PRI (2013).

1424. Una investigación realizada hace ya 20 años, mostró cómo para ese entonces —solamente en Alemania— había 4.6 millones de jugadores activos; Bühler; Christoph; Die strafrechtliche Erfassung des Missbrauchs von Geldautomaten; C. F. Müller; Heidelber, 1995, p. 204.

1425. Como sostienen Heine/Hecker en relación con las regulaciones del juego con apuesta a escala de la Unión Europea: «Los restricciones pueden justificarse con base en intereses generales o de la comunidad. Así, por ejemplo, la protección del participante y la prevención de la dependencia al juego, prevenir daños a su patrimonio y la criminalidad asociada al juego»; comentarios al § 284; en Schönke/Schröder; Strafgesetzbuch Kommentar; 29.^a edición; C. H. Beck, 2014, p. 2779.

Esto puede acreditarse, sin mayor esfuerzo, a través de una simple lectura de la ley federal de juegos y sorteos vigente en nuestro país, pues de esta no se desprende una sola línea maestra dirigida a considerar el juego y los sorteos como un factor de desarrollo humano en su calidad de fundamento del esparcimiento responsable, pero tampoco en torno a su impacto en los derechos humanos de quienes, ya sea como clientes o como miembros de la industria del juego, se encuentren vinculados a esta actividad.¹⁴²⁶

El resultado de una legislación que no tiene como pilar a la persona humana salta a la vista, pues la ley federal vigente en nuestro país no pasa de ser un ordenamiento claramente administrativista y punitivo, ajeno a los beneficios que puede tener la industria del juego, mientras que al mismo tiempo da la espalda a los desafíos que dicha actividad representa para el bienestar humano, con especial referencia a niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad mental, quienes sufran alguna enfermedad o adicción¹⁴²⁷ o quienes decidan autoexcluirse de la práctica de juegos y sorteos.

1426. Así, por ejemplo, «cabe acotar que nuestra legislación en materia de salud no contempla un programa específico para prevenir, combatir y/o contrarrestar los efectos negativos que pudiere generar el juego, y esto se debe probablemente a que el juego compulsivo no se considera un problema de salud pública»; Lazcano Sámano, Alfredo; «Propuesta de Reformas y Adiciones al Artículo 9.º de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y a los Artículos 3.º; 5.º; 10.º; 14.º; 15.º; 16.º; 17.º; y 18.º de su Reglamento»; en «Juegos de Azar...»; ob. cit., p. 4.

1427. «La ludopatía es una enfermedad adictiva en la que el individuo es empujado por un abrumador e incontrolable impulso de jugar. Una característica central a las conductas adictivas es la pérdida de control». Así, en el caso de la ludopatía, se reconocen las siguientes características: a) Pérdida incesante o episódica de control sobre el juego; b) Continua preocupación por el juego y por obtener dinero para jugar; c) pensamiento irracional sobre el juego, y d) Persistencia en el juego a pesar de sus consecuencias negativas; Patricia Ortega Andeane/ Beatriz Vázquez Romero / Lucy María Reidl Martínez; «Ludopatía»; en: Juegos de Azar...; ob. cit., pp. 260-261. La doctrina española distingue entre *juego problemático* y *juego patológico* de la siguiente forma: «Actualmente, la mayoría de los autores diferencia entre juego problemático, que no constituye una patología, pero sí un problema para los jugadores afectados donde se produce una fuerte sensación de culpabilidad, unido a un nivel de ansiedad alto y a pérdidas económicas mayores de las que el jugador puede permitirse, y juego patológico, donde el jugador no tiene control sobre sus impulsos y no puede evitar el juego, lo que lleva a un deterioro de su vida individual, familiar y colectiva, a un aislamiento progresivo y a un alejamiento de la realidad»; «Estrategia del Juego Responsable en España»; AA. VV.; p. 6.

A los factores antes señalados se suman, desafortunadamente, el crimen organizado y las nuevas tecnologías. Así, la falta de un análisis serio y del establecimiento de herramientas modernas para luchar contra la corrupción y sus nexos con hechos delictivos, como pueden ser operaciones con recursos de procedencia ilícita, fraude, narcomenudeo, explotación de la prostitución ajena o la trata de personas —por citar solo unos ejemplos— han generado que la legislación mexicana en esta materia haya quedado obsoleta.

Para enfrentar la problemática brevemente expuesta y en armonía con las tendencias más modernas a escala internacional, el Gobierno mexicano, a través de la Secretaría de Gobernación, ha presentado ante el poder legislativo una iniciativa de nueva ley en esta materia, sustentada en la concepción del «juego responsable».¹⁴²⁸ La iniciativa de referencia pone en el centro de sus decisiones a la persona humana, entendiendo por juego responsable, en armonía con la doctrina, «el conjunto de principios y prácticas que se comprometen a adoptar los gobiernos, las loterías de Estados y otros gestores de juegos con el objeto de prevenir y mitigar los efectos nocivos que puede provocar la participación desordenada en los juegos de azar, incluida la puesta en marcha de medidas de naturaleza diversa para proteger a los grupos vulnerables como los menores de edad».¹⁴²⁹

Además del debido control de los casinos en México,¹⁴³⁰ la apuesta del Gobierno mexicano es la de proteger los intereses de quienes estén —o puedan llegar a estar— vinculados al fenómeno de los juegos con apuesta y sorteos, mediante la implementación de medidas preventivas y de salvaguarda de intereses fundamentales, mientras que al mismo tiempo se reconocen una serie de derechos a quienes forman parte de

1428. Al momento de escribir este artículo, la iniciativa se encuentra en proceso de dictaminación por la Cámara de Diputados.

1429. Así, Brizuela, Julio; «Programa de Juego Responsable»; en *Juegos de Azar...*; ob. cit. Pp. 310-311.

1430. Como sostiene Reyes Tépatch: «...el éxito o fracaso de la posible instalación, operación y explotación de la industria del juego con apuestas está en función directa, entre otros factores, de la capacidad rectora que la ley en la materia le otorgue al Estado mexicano»; en «Análisis de las iniciativas en materia de juegos con apuestas presentadas al Congreso de la Unión»; en *Juegos de Azar...*; p. 101.

esta industria, con especial referencia a los permisionarios. Nada parecido se había visto en los últimos cien años en México, pues de tener una perspectiva conservadora, administrativista y punitiva, se ha pasado a una propuesta de regulación moderna y con perspectiva de derechos. Del análisis de este nuevo esquema que estará vigente en México me ocupó a continuación.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL JUEGO RESPONSABLE

El juego responsable no es un concepto reciente, pues tiene ya una larga tradición en países de la Europa continental que han destacado por desarrollar legislaciones tan sólidas como modernas en torno al juego con apuesta.¹⁴³¹ Así, por ejemplo, la normativa española, a través de su Ley 13/2011, establece en su art. 8 las bases del juego responsable de conformidad con las siguientes directrices: «Las políticas de juego responsable suponen que el ejercicio de las actividades de juego se abordarán desde una política integral de responsabilidad social corporativa, que contemple el juego como un fenómeno complejo donde se han de combinar acciones preventivas, de sensibilización, intervención y de control, así como de reparación de los efectos negativos producidos».

Una perspectiva similar se desprende de la «Estrategia del Juego Responsable» elaborada por el Gobierno de España,¹⁴³² conforme a la cual, «una política de juego responsable es el conjunto de políticas, programas y/o prácticas que reducen al máximo la posibilidad de que la gente se perjudique a sí misma o a otros, pasando demasiado tiempo o gastando

1431. «*Estrategia de juego responsable en España*»; ob. cit., p. 7. «Existe un consenso general en relación a que el juego es una actividad potencialmente de riesgo. Por ello, los distintos países en los que el juego es legal, han venido desarrollando lo que se ha llamado «estrategias de juego responsable» cuyo objetivo es minimizar el daño causado por los juegos de azar. La estrategia debe proporcionar un marco para desarrollar y ofrecer iniciativas de juego responsable de manera planificada y coordinada. Se orienta a resolver los problemas con el juego de las personas, las familias y las comunidades.

1432. *Estrategia del juego responsable*, Ministerio de Hacienda y Administración Pública; Secretaría de Estado de Hacienda; Dirección General de Ordenación del Juego; www.ordenacionjuego.es.

demasiado dinero en el juego, al tiempo que se minimiza el impacto sobre los que desean jugar sin caer en el riesgo de la adicción al juego».¹⁴³³

De conformidad con el informe de referencia, serían tres las líneas de actuación de cara a una estrategia de juego responsable: «la sensibilización de la sociedad, la prevención y la protección de los vulnerables, en el tratamiento y ayuda a personas afectadas y en el estudio e investigación de los problemas asociados al juego:

1. Sensibilización: se trata de trasladar a la comunidad en su conjunto que el juego puede ser peligroso y hacerla consciente de los riesgos del juego. Es importante remarcar la importancia de estos mensajes.
2. Prevención: implantación de políticas activas de juego responsable por parte de los operadores, dirigidas a minimizar los riesgos y a maximizar la protección de los grupos de riesgo que las empresas operadoras de juego ofrecen a los jugadores.
3. Apoyo a las personas afectadas: a través de esquemas de apoyo (teléfonos de ayuda, asociaciones...) y una red de centros de tratamiento interdisciplinar de la adicción al juego.

Siguiendo estos tres ejes del juego responsable, habría que implementar las siguientes estrategias de cara a su impacto en la realidad:

Respecto de la *sensibilización*: 1. Aumentar el conocimiento público del juego y sus potenciales problemas; 2. Informar a la población sobre el juego responsable y cómo hacer elecciones responsables.

Respecto a la *prevención*: 1. Informar a los jugadores acerca de los riesgos asociados a los juegos de azar y el establecimiento de límites; 2. Asegurar políticas efectivas que promuevan el juego responsable; 3. Mejorar las habilidades y conocimientos sobre el juego responsable entre los trabajadores y operadores de juegos de azar.

Respecto al *apoyo brindado a los afectados*: mejorar continuamente la eficiencia y la eficacia de la prestación de asistencia a individuos que

1433. p. 7.

experimentan problemas con juegos de azar; 2. Homogeneizar, aumentar y mejorar la accesibilidad a los servicios de tratamiento en todo el territorio, y 3. Evaluar los resultados clínicos y mejorar las tareas de investigación de nuevas terapias.¹⁴³⁴

El interés por implementar el modelo de juego responsable se advierte, asimismo, en la Comisión Europea, que en el marco de su estudio «hacia un marco europeo global para los juegos de azar en línea»,¹⁴³⁵ advierte que «es importante que los operadores autorizados sean capaces de ofrecer productos suficientemente atractivos, ya que, en ausencia de una oferta creíble y sostenible, los consumidores seguirán acudiendo, con sus consiguientes efectos potencialmente perjudiciales, a sitios de juego en la red no regulados». La Comisión preconiza por ello que, en el sitio web de los operadores, figuren de forma destacada los datos de la autoridad reguladora competente y que se eleve el nivel de la información y de los conocimientos destinados a los consumidores.¹⁴³⁶ Para los efectos de hacer realidad los ejes rectores del juego responsable, la Comisión Europea ha sugerido las siguientes pautas de actuación:

1. La implementación de enfoques autorreguladores para garantizar unos servicios socialmente responsables.
2. La adopción a nivel de la Unión Europea de un conjunto de principios comunes con el objeto de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores, conforme a las siguientes pautas:
 - Efectividad y eficiencia en el registro de los jugadores,
 - En la comprobación de la edad y en los controles de identidad (particularmente en el contexto de las transacciones monetarias),

1434. Ob. cit., p. 10.

1435. Comisión Europea; «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones; Bruselas, 23.10.2012.

1436. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones /Hacia un marco europeo global para los juegos de azar en línea; Bruselas, 23.1.2013, p. 111.

- La realización de controles de la realidad (actividad de las cuentas, señales de alerta, señalización de líneas o servicios de ayuda),
- La no concesión de créditos,
- La protección de los fondos de los jugadores,
- La ofertas de posibilidades de autolimitación (límites de tiempo o de gasto, exclusión),
- La asistencia a los clientes y el tratamiento eficaz de las denuncias.¹⁴³⁷

En armonía con lo aquí señalado, los —así denominados— «Estándares Europeos del Juego Responsable» establecen líneas maestras muy claras de cara a fortalecer los basamentos del juego responsable, de entre las cuales cabe destacar las siguientes:

- Asegurar que los intereses de los jugadores y grupos vulnerables sean protegidos,
- Los trabajadores (incluyendo el personal laboral y subcontratado), con base en sus necesidades profesionales y a su interacción con los clientes, deben recibir formación sobre juego responsable, incluyendo formación referente a proveedores de servicios de tratamiento para los jugadores con problemas potenciales de juego.
- En las jurisdicciones en que haya un límite de edad para el juego, todos los empleados que vendan productos de lotería deben recibir formación que les capacite para verificar la edad de las personas de manera adecuada.
- En relación a los canales de juego remoto (internet, TV o aparatos móviles), deben incluirse métodos de comprobación de residencia, sistemas de verificación de la edad, alertas de límite al juego, a los gastos o pérdidas fijados por el participante, alternativas de autoexclusión, controles de protección de datos, mecanismos de autoevaluación del juego y enlaces

1437. «Comunicación...»; ob. cit., p. 12.

a páginas *web* que contengan información sobre juego responsable.¹⁴³⁸

Tal y como se advertirá en el punto III del presente documento, las medidas, principios y líneas maestras a las que se ha hecho referencia en el marco del concepto de juego responsable impactan claramente en lo que se prevé será la nueva regulación del juego en México. Así, con la finalidad de que lo hasta ahora señalado no quede solo «en el papel», la iniciativa establece obligaciones muy precisas para permisionarios y operadores, de cara a establecer un programa de cumplimiento efectivo (*compliance program*),¹⁴³⁹ sujeto a la revisión y control de lo que será el Instituto Nacional de Juegos y Sorteos.

1. Juego responsable y protección de la infancia y la adolescencia

Uno de los factores que destaca de la futura regulación del juego en México, es la salvaguarda de los derechos de aquellas personas que se encuentran en especial situación de riesgo. Y es que, tal y como lo advierte la Comisión Europea, «la protección de los menores ha de ser una prioridad, máxime si se tiene en cuenta que el 75 % de los niños y jóvenes de Europa comprendidos entre los 6 y los 17 años utilizan internet».¹⁴⁴⁰ Algo similar se advierte en el *libro verde* elaborado por la propia Comisión Europea, al señalar que «el acceso particularmente fácil y

1438. A estos se suman evitar ofrecer incentivos irrazonables por fidelidad: que aumenten los premios en mayor proporción jugando más así como información engañosa como probabilidades falsas de ganar; excluir todo contenido diseñado para explotar las preocupaciones financieras de los individuos; no hacer mención o sugerir que el juego es una alternativa al trabajo o una manera de salir de dificultades financieras. Asimismo, evitar cualquier tipo de discriminación, excluir cualquier contenido que incluya o fomente la violencia y la inducción con connotación sexual o comportamientos ilegales.

1439. Sobre esto, ampliamente, Romero Rodríguez, José Ramón; «Derecho Comparado. Normatividad (compliance)»; en *Juegos de Azar*; pp. 196-197. En torno a la estructura organizacional de los negocios de juego; Lanchares, Íñigo; *La Industria del Juego. Administración de Juegos y Apuesta en México*; ESAC; 1.ª edición, México, 2013, pp. 77 y ss.

1440. Comunicación; ob. cit., p. 12.

permanente a los servicios de juego en línea, junto con el volumen y la frecuencia potencialmente elevados de esta oferta de carácter internacional, en un entorno que se caracteriza por el aislamiento del jugador, el anonimato y la falta de control social, constituyen factores que pueden favorecer el desarrollo de la adicción al juego y otras consecuencias negativas. (El Tribunal declara, asimismo, que Internet puede resultar una fuente de riesgos diferentes y de mayor importancia en materia de protección de los consumidores, y singularmente de la juventud y de las personas con especial propensión al juego o que puedan desarrollar tal propensión, en comparación con los mercados tradicionales de estos juegos).¹⁴⁴¹

La protección de los derechos de la niñez y la adolescencia constituyen un punto nuclear del juego responsable. Una buena muestra del impacto que el interés superior de la niñez tiene en materia de juegos y sorteos, puede verse en las siguientes recomendaciones de la Comisión Europea: «Al tiempo que las autoridades de los Estados miembros (y los operadores) intentan prevenir el acceso de los menores a los servicios de juego en línea, también tratan de controlar el *marketing* y la promoción de dichos servicios». Como ejemplo de las restricciones impuestas cabe citar las normas en virtud de las cuales los anuncios destinados a promocionar tales servicios no deben:

- Ir dirigidos a personas que aún no tengan la edad mínima nacional exigida para participar.
- Ser transmitidos por radio o televisión o difundidos durante programas específicos destinados a los jóvenes en las principales cadenas, o durante un determinado lapso de tiempo antes o después de esos programas.
- Implicar o mostrar personas que parezcan tener una edad inferior a la edad mínima nacional exigida para participar.

1441. Libro Verde, p. 13. Se afirma, asimismo, que «la identificación de los clientes es necesaria, en particular, de cara a la protección de los menores, la prevención del fraude, los controles de conocimiento de la clientela y la prevención del blanqueo de capitales»; ob. cit., p. 20.

- Llamar de algún otro modo la atención de los niños o jóvenes, por ejemplo, por asociación con la cultura juvenil o su difusión a través de personas famosas (p. ej., camisetas de equipos deportivos con publicidad de un operador de juego en línea).
- Exhibirse cerca de lugares frecuentados por niños (p. ej., vallas publicitarias colocadas cerca de colegios).¹⁴⁴²

Como se observa, el concepto de *juego responsable* es algo más que la suma de recomendaciones vinculadas al juego. Se trata, en realidad, de un bien jurídico construido mediante tres ejes rectores que fundamentan un ejercicio humanista con perspectiva ético-social de las libertades y obligaciones que, en el marco de los juegos y sorteos, despliegan autoridades, empresarios y participantes de conformidad con el ordenamiento jurídico. Los ejes fundantes del juego responsable son el de *estricta legalidad* (es decir, ejercer los derechos u obligaciones vinculadas al juego o los sorteos en armonía con el ordenamiento jurídico vigente, del cual forman parte los tratados internacionales); el *interés superior de la salud* (que se traduce en que toda acción relativa al juego o los sorteos deberá ejecutarse considerando los riesgos que pueda generar para la salud humana de participantes, empresarios, sus empleados y familias y evitando los riesgos que su ejercicio pueda producir para la salud, con especial referencia a la infancia, adolescencia y juventud); y *máxima transparencia* (conforme a la cual, los procedimientos para la concesión y disfrute de permisos, así como el despliegue de controles, verificaciones y sanciones deben ser claros, públicos y objeto de escrutinio por parte de la ciudadanía).¹⁴⁴³

1442. Libro Verde, p. 26.

1443. Aquí se expone apenas un esbozo del concepto de juego responsable en su calidad de bien jurídico, que deberá ser ampliado y debatido por la literatura. Para estos efectos, habría que considerar, como sostiene Kindhäuser, que la determinación del bien jurídico no es pacífica, así como las posturas, a las que él hace referencia, que sostienen que no se trata de un «bien legítimo», sino de la punición de un injusto administrativo; en, *Strafgesetzbuch; Lehr-und Praxiskommentar*; 6.^a edición, Nommos; Baden-Baden; 2015, p. 1199. Más importante me parece, sin embargo, destacar la opinión del propio Kindhäuser expuesta en otra de sus obras, cuando al analizar los §§ 284-287 del código penal alemán, sostiene que si bien la doctrina dominante afirma que en estos tipos penales

III. COMPLIANCE Y JUEGO RESPONSABLE

Hasta ahora he destacado algunas de las medidas establecidas en el proyecto de nueva ley de juegos y sorteos de cara a generar un esquema de juego responsable en México. Si bien es cierto que dichas medidas son plausibles, resultarían igualmente inútiles si desde la propia ley que las contempla no se establecieran las vías para hacerlas realidad.

Efectivamente, lo que se espera sea la nueva ley mexicana en materia de juegos y sorteos establece lo que —casi con meridiana claridad— es un programa de *compliance* empresarial cuyo eje rector es el juego responsable. Este esquema de cumplimiento normativo me parece, además de novedoso, bastante sólido pues recoge experiencias que a escala internacional han tenido éxito «en el terreno». Tal y como se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa, los objetivos de este nuevo esquema de autorresponsabilidad empresarial son, por lo menos, tres:

1. Generar las condiciones para ejercer el juego responsable en México (con base en la trilogía autoridad-participantes-empresarios).
2. Generar una cultura de la legalidad en el ámbito del juego y los sorteos mediante un estricto control ejercido por la autoridad estatal.
3. Excluir de responsabilidad —administrativa o penal— a las personas físicas y jurídicas cuyos comportamientos se ajusten al programa de *compliance* descrito en la ley.

Las consecuencias antes señaladas me parecen bastante novedosas en México. Primero, porque hasta ahora no se ha discutido en nuestro

se protege el patrimonio, también es cierto que además de salvaguardarse el patrimonio del participante, se pretenden evadir las consecuencias que el juego puede tener sobre el patrimonio de la familia y para la comunidad en general; Strafrecht, Besonderer Teil II. Straftaten gegen Vermögensrechte; 8.^a edición, Nomos, Baden-Baden; 2014, p. 337. La reflexión expuesta por el autor deja muy claro que, en materia de los delitos vinculados a los juegos y sorteos, nos encontramos ante un bien jurídico diferente —y de mayor contenido— que el patrimonio de las personas.

país acerca de los contornos que configuran el juego responsable ni este se había contemplado en ley alguna en la historia de nuestro país. Segundo, porque es del dominio público el desorden que ha imperado en los últimos años en esta materia, debido ciertamente a una ley que ha quedado rebasada, pero también porque ha existido un déficit de transparencia en la expedición y renovación de permisos para establecer casinos. Por último, porque ante la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales¹⁴⁴⁴ y el establecimiento en este de un esquema de responsabilidad penal empresarial —vigente desde 2014—, las personas jurídicas tienen la gran oportunidad de ajustar sus acciones a la legalidad y salvaguardarse de esta forma ante las posibilidades de una imputación de responsabilidad.

¿Cuáles son las reglas básicas del *compliance* en materia de juegos y sorteos?

Las reglas básicas del *compliance* contempladas en la iniciativa podrían dividirse en tres ejes rectores, que a su vez se identifican con el mismo número de áreas de interés: 1. Salvaguardar a grupos en especial situación de riesgo; 2. Estandarizar controles internos y externos del servicio prestado por permisionarios y operadores; 3. Prevenir la comisión de ilícitos o delitos que atenten contra el juego responsable.

1. Salvaguardar a grupos en especial situación de riesgo

Bajo la denominación de «personas impedidas», la iniciativa establece la prohibición de acceso o permanencia en cualquier área de juegos con apuesta o sorteos a personas menores de 21 años de edad, personas con discapacidad mental o que notoriamente no puedan gobernarse por sí mismas, así como a aquellas personas que se hayan inscrito

1444. Al respecto puede verse «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México», en *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*; Miguel Ontiveros Alonso (coord.); Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; pp. 337 y ss.

en el programa de autoexclusión. Estos tres ejes resultan novedosos pues nada parecido se establece en nuestra legislación vigente.¹⁴⁴⁵

De conformidad con lo arriba señalado, los permisionarios y operadores deberán establecer las medidas correspondientes para evitar que las personas indicadas puedan acceder a las áreas por ellos administradas. Y esto parece del todo correcto, pues se trata de grupos en especial situación de riesgo que, ya sea por su edad, por su especial condición de incapacidad o por haberse inscrito en el programa de autoexclusión, no deben estar en contacto con el fenómeno del juego o los sorteos. Tal y como se desprende de la iniciativa, la infracción a estas disposiciones se traduciría en sanciones administrativas o penales.

Otro de los rubros que deberá ser implementado, también aquí por los permisionarios u operadores, es el relativo a la protección de las personas participantes. Para estos efectos se dispone, entre otras medidas, generar las condiciones para que los participantes ejerzan su derecho al juego y los sorteos sin discriminación, violencia o cualquier daño a su salud, así como de manera libre y sin coacción o amenaza proveniente de persona alguna. Por otro lado, permisionarios y operadores deberán generar las condiciones mínimas para que los participantes puedan conocer el reglamento interno del establecimiento, cuenten con información clara y veraz sobre las reglas del juego con apuesta o sorteo y que estas sean aplicadas en el recinto en el que se encuentra.

A las disposiciones arriba señaladas y que corresponde a permisionarios y operadores hacer realidad, se suman otras, como establecer vías ágiles para que los participantes puedan conocer en cualquier momento el importe que han jugado o apostado, que sus premios les sean pagados en tiempo y forma y que sus datos personales, así como su identidad, sean debidamente resguardados.

1445. A estas tres hipótesis se suman otras más también contempladas en el proyecto y que a su vez tienen una larga tradición en nuestro país, por ejemplo: quien se encuentre en posesión o bajo la influencia de alguna sustancia psicotrópica o prohibida o en evidente estado de ebriedad, quien porte un arma de cualquier tipo, miembros de instituciones policiales o militares con uniforme, quien con su conducta altere la tranquilidad o el orden del establecimiento, quien sea o haya sido sorprendido haciendo trampa y quien no cumpla con el reglamento interno del establecimiento (previamente aprobado por el Instituto Nacional de Juegos y Sorteos).

Finalmente, se dispone también la obligación a los administradores de gestionar las condiciones necesarias para que los participantes puedan entrar y salir, en cualquier momento, del recinto sin condicionamientos ni coacciones, informar a los participantes de su derecho a autoexcluirse así como a conocer los teléfonos, dirección y correo electrónico en donde se puedan presentar las quejas o denuncias ante el Instituto Nacional de Juegos y Sorteos.

En sintonía con lo dispuesto hasta ahora y sin excluir las consecuencias administrativas o penales que pudiesen generarse, por acción u omisión de alguno de los requisitos arriba señalados, el proyecto de ley establece que el permisionario será solidariamente responsable de cualquier daño o perjuicio que de manera lícita o derivado de las actividades del juego con apuesta o sorteo en cualquier modalidad, se haya ocasionado en contra de la persona participante o de un tercero. Así, el permisionario sería responsable por las acciones u omisiones en que haya incurrido el operador.¹⁴⁴⁶

Todavía en relación con el primer eje señalado, es decir, el relativo a salvaguardar a grupos en especial situación de riesgo —con especial referencia a las tareas de atención y prevención de la ludopatía—, los permisionarios y operadores deberán establecer los esquemas necesarios para informar, mediante señalización expresa a la entrada de cada establecimiento, acerca de los derechos y obligaciones de los participantes así como abstenerse de cambiar cheques o realizar préstamos a cualquier participante.

Las medidas hasta ahora señaladas están claramente dirigidas a generar condiciones óptimas para que los participantes puedan ejercer libremente su derecho al juego y para que dicho disfrute se lleve al cabo de manera responsable. De conformidad con lo anterior, el primer eje del *compliance* vinculado a los casinos —y quizás el más

1446. La iniciativa define al «operador» de la siguiente forma: sociedad mercantil con la cual el permisionario puede contratar o asociarse para explotar su permiso en términos de lo dispuesto por esta ley; mientras que por «permisionario» entiende: a la persona física o jurídica a quien el Instituto otorga un permiso para llevar a cabo alguna actividad en materia de juegos con apuestas o sorteos permitida por la Ley y el Reglamento».

importante de los tres —, es la salvaguarda de las personas, por lo que permisionarios y operadores deberán poner especial atención en esta materia de cara mantener sus acciones en el marco de la legalidad.

2. Estandarizar controles internos y externos del servicio prestado por permisionarios y operadores

La nueva ley federal de juegos y sorteos, que entrará en vigor en 2015, establece un modelo de homologación y certificación desconocido hasta ahora en nuestro país. Esta innovación resulta del todo plausible, pues actualmente no se tiene certeza acerca de qué soportes están o no permitidos ni se tiene claridad acerca de qué capacidades debe tener el personal que labora en esta industria. A diferencia de la dimensión del *compliance* antes expuesta en la que el centro de atención de las medidas de salvaguarda están dirigidas a la protección de los participantes, en este caso las disposiciones de la ley se enfocan en los instrumentos utilizados por permisionarios y operadores, así como en el personal que labora en la industria.

Para estos efectos, se prevé que el Instituto Nacional de Juegos y Sorteos tenga, entre otras facultades, las siguientes:

1. Establecer los requisitos, estándares y procedimientos para la homologación de cualquier dispositivo, mecanismo, aparato, documento o soporte que pueda ser utilizado para la celebración de juegos con apuesta o sorteos, así como implementar controles previos y posteriores al otorgamiento de la homologación.
2. Establecer los requisitos, estándares y procedimientos para la certificación del personal del Instituto, así como del personal que pretenda trabajar en los casinos, establecimientos o en cualquier otro lugar en que se celebre un evento contemplado en esta ley y su reglamento.
3. Inspeccionar cualquier dispositivo, mecanismo, aparato, soporte, suministro, documento, memoria digital, conexión, registro

u objeto similar que se encuentre dentro o alrededor del establecimiento señalado en la fracción anterior, así como verificar que haya sido debidamente homologado.

Las disposiciones antes reproducidas abordan dos dimensiones distintas del proceso de estandarización de los controles internos y externos. Por un lado, la relativa a la *homologación* de los soportes utilizados para juegos o sorteos. Por el otro, la certificación del personal que presta el servicio. Una buena parte de lo que será la nueva normativa está dirigida a estos dos aspectos, pues resultan ser dos pilares de cara a hacer realidad el contexto del juego responsable. Y es que sin personal debidamente capacitado y evaluado o sin instrumentos que cumplan estándares mínimos de calidad no sería posible —tal y como sucede hoy— hablar de juego responsable.

De conformidad con este nuevo esquema, para optar por cualquier tipo de permiso vinculado a la materia de juegos o sorteos, se deberán cumplir previamente, entre otros, los siguientes requisitos:

1. Presentar el proyecto de reclutamiento, capacitación y certificación del personal a implementar en caso de que sea concedido el permiso.
2. Acreditar que los mecanismos, instrumentos, herramientas, formatos, conexiones, programas cibernéticos o soportes de cualquier tipo que pretendan ser utilizados para la celebración de juegos con apuesta, cumplen con los requisitos de homologación aprobados por el Instituto. Para tales efectos, se otorgará el holograma correspondiente.

Estos requisitos no tienen antecedentes en nuestro país, pues hasta ahora no existen procesos estandarizados de reclutamiento, formación y certificación del personal de los casinos. Tampoco se ha implementado un modelo de homologación de los soportes que son utilizados para desarrollar los juegos y sorteos a escala nacional.

De conformidad con la propuesta de nueva ley, la certificación del personal «tiene el propósito de garantizar las condiciones para

un juego responsable, salvaguardar la salud y seguridad de todas las personas vinculadas a la celebración de juegos con apuestas y sorteos, prevenir la comisión de conductas ilícitas dentro de los establecimientos y sentar bases firmes para la prevención y atención de la ludopatía». ¹⁴⁴⁷

Si bien es cierto los dos requisitos antes señalados sientan las bases para una nueva dimensión —más moderna y equilibrada— para ejercer el derecho al juego en nuestro país, resulta que en materia de *compliance*, la iniciativa es todavía más específica. Así, expresamente se señala lo siguiente:

1. Salvo en las excepciones establecidas en la Ley o en el Reglamento, el solicitante deberá presentar un *programa de cumplimiento normativo* que deberá contener, cuando menos, los siguientes rubros:
 - Controles internos de prevención del delito y salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas en armonía con los criterios del juego responsable.
 - Protocolos internos para la prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, con especial referencia a la compra de fichas, tarjetas, apertura de cuentas, otorgamiento de créditos o cambio de cheques.
 - Prevención del narcomenudeo, trata de personas y explotación de la prostitución ajena.
 - Esquema de evaluación anual del personal, incluyendo estímulos y recompensas para quienes auxilien a personas en situación de riesgo o que pertenezcan a grupos vulnerables.
 - Canales de denuncia interna que orienten al empleado acerca de las vías para interponer una denuncia al interior y exterior del establecimiento.

1447. La certificación estaría dirigida a todo el personal del Instituto Nacional de Juegos y Sorteos, así como para todo el personal que labore o participe en cualquier ámbito de los juegos con apuesta o sorteos, ya sea con el permisionario u operador. Así se dispone en el título IV correspondiente a la «certificación».

- Designación de un oficial de cumplimiento que ejerza labores de control del riesgo al interior del establecimiento y de seguimiento al cumplimiento de los estándares preventivos de conductas ilícitas. El oficial de cumplimiento servirá de enlace con el Instituto.
- Mecanismos para el control y mantenimiento óptimo del material utilizado para celebrar juegos o sorteos, con especial referencia a los estándares de homologación establecidos por el Instituto.
- El seguimiento inmediato y transparente a cualquier imputación formulada en contra del establecimiento, permisionario u operador.
- En el caso de casinos, juego en vivo o en línea deberán establecer el porcentaje que por concepto de retorno se le otorgará al participante, el cual no será menor al 80 % de lo apostado.

Lo arriba reproducido no es otra cosa más que un verdadero *compliance program*, que si bien puede asumir diversos matices dependiendo de quién lo ejecute, mantiene los mismos pilares para todos los permisionarios y operadores. Si se observa con atención, en la nueva normativa se ha optado por un esquema de control dual, en el sentido de generar una labor conjunta entre el binomio autoridad-permisionario con el objetivo de sentar las bases del juego responsable.

Así, por ejemplo, hasta antes de hacerse pública la iniciativa de la nueva ley, no se había visto por ningún lado la participación de permisionarios y operadores en la lucha contra el crimen, ni se percibían compromisos claros para el establecimiento de «controles internos de prevención del delito y salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas». En armonía con este nuevo esquema, la exigencia de presentar —antes de la expedición del permiso— protocolos internos para la prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita,¹⁴⁴⁸ el

1448. Tal y como lo sostiene la doctrina, en México existen esquemas similares a los aquí expuestos, que se encuentran vigentes y resultan de obligatoria aplicación;

narcomenudeo, la trata de personas o la explotación de la persona humana, habla del nivel de compromiso que se exigirá a los aspirantes a obtener un permiso, a diferencia de lo que ha sucedido en las últimas seis décadas en nuestro país.

Por otro lado, la exigencia de presentar un «esquema de evaluación anual del personal» que incluya estímulos y recompensas para quienes auxilien a personas en situación de riesgo o que pertenezcan a grupos vulnerables, muestra claramente el sentido humanista de la futura regulación del juego en nuestro país. Esto significa que no solo se reclutará y certificará a las personas que presten el servicio «en el terreno», sino que además se les estimulará para salvaguardar los derechos fundamentales de aquellos participantes que se encuentren en una situación de riesgo.

Otro de los rasgos que identifican claramente al modelo *compliance*, es el de diseñar canales de denuncia interna ágiles, transparentes y que generen confianza en los empleados. Esta es una medida que aparece como un requisito ineludible en los programas de cumplimiento exitosos y que se contemplará en la nueva ley mexicana sobre juegos y sorteos.

Todavía en el ámbito de los controles internos y externos hay que destacar la obligación de «designar a un oficial de cumplimiento» (*compliance officer*) que ejerza labores de control al interior del casino, que supervise los estándares preventivos, de obligatoria aplicación por parte de permisionarios y operadores, y que sirva de contacto con el Instituto Nacional de Juegos y Sorteos.

Como se observa, nos encontramos ante un esquema totalmente diferente de desarrollo de la industria del juego, en el que además

«Las disposiciones de carácter general en materia de prevención de lavado de dinero se traducen en las obligaciones que la Secretaría impondrá a los sujetos obligados por esta Ley para contar con un sistema eficaz de integración de expedientes y establecimiento de un área de prevención. En ese sistema debe darse prioridad al conocimiento del cliente (su identificación y enfoque basado en riesgo). La Secretaría tiene ya larga experiencia en cuanto a este tipo de normatividad, pues en 1977 emitió las primeras reglas de carácter general sobre el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito»; Ortiz Dorantes, Angélica; *Ley Federal para la Prevención e Identificación (...)*, ob. cit., p. 30.

de salvaguardar a la persona humana en su calidad de centro de las decisiones y de estandarizar los controles internos y externos a los centros de juego y sorteos, se genera —como última opción— un sólido aparato de persecución penal para enfrentar a la delincuencia y que alcanza por igual a personas físicas y jurídicas, tal y como se verá a continuación.

3. *Prevenir la comisión de delitos que atenten contra el juego responsable*

La última de las tres reglas básicas del *compliance* en materia de juegos y sorteos contemplada en la nueva propuesta legislativa, tiene que ver con la prevención, investigación y sanción de conductas que pongan en peligro o lesionen el juego responsable, en su calidad de bien jurídico penalmente protegido. Es bajo esta denominación que se ha contemplado un apartado para los delitos y sus consecuencias jurídicas.

Con esto no pretendo afirmar que la tipificación de conductas por la vía penal sea el conducto para enfrentar los desafíos que tiene México en esta materia y tampoco que ese sea el medio en el que se ha confiado para la prevención de actos u omisiones que afecten el juego responsable. Por el contrario, mi parecer es que la base para alcanzar los mejores resultados en materia de prevención se encuentran, sin duda, en los apartados anteriores de lo que será la nueva ley, donde se establecen criterios de certificación del personal, homologación de los soportes utilizados por los casinos en sus actividades diarias, así como en el respeto a los tres principios básicos del juego responsable: estricta legalidad, interés superior de la salud y máxima transparencia.

Sin embargo, no puede negarse que el juego con apuesta y los sorteos, especialmente cuando se celebran en casinos, suelen ser blanco de la delincuencia, y en el peor de los casos, formar parte de la misma. Por eso considero acertada la decisión de haber incorporado un catálogo diferenciado —y mucho más amplio que el actual— en relación con las

faltas administrativas y los delitos. Así, mediante esta incorporación se deja a las materias administrativa, sancionadora y penal como última opción, después de que los procesos de control y regulación interna hayan fallado.

En armonía con lo señalado en el párrafo anterior, el último apartado de la iniciativa se dedica a los «delitos contra el juego responsable», que a su vez se divide en tres dimensiones: 1. Delitos cometidos por el permisionario, operador o por quien simule serlo; 2. Delitos cometidos por miembros del Instituto Nacional del Juegos y Sorteos y 3. Delitos cometidos por los participantes. Esta clasificación, según la calidad del sujeto activo, resulta útil no solo para identificar a los autores y las distintas modalidades de conductas en que pueden incurrir, sino también para distinguir las consecuencias jurídicas por imponer.

En este mismo tenor, hay que destacar que el catálogo de conductas punibles se ha ampliado considerablemente, mientras que al mismo tiempo parece que se ha fijado la atención en aquellas acciones u omisiones que significan mayor peligro para el bien jurídico,¹⁴⁴⁹ dejando a la materia administrativa aquellas hipótesis menos graves.

Por otro lado, sin que sea necesario realizar una revisión muy profunda, salta a la vista que los núcleos rectores de los tipos penales contemplados en lo que será la nueva normativa están anclados en los tres pilares del juego responsable, de tal forma que se dota de solidez a la autoridad para poder acreditar claramente, en cada caso, el grado de antijuridicidad material y el correspondiente injusto penal. Así, por ejemplo, las conductas más graves serían, de forma brevemente expuestas, las siguientes:

1449. Véanse, al respecto, las reflexiones de Kindhäuser, Urs, relativas al binomio bien jurídico-peligro, en armonía con las cuales considera —sin duda de forma acertada— que no solo la lesión, sino también la puesta en peligro del bien jurídico debe ser sancionada: «Los bienes jurídicos no están en un museo, sino que son parte de la vida en sociedad y sirven a la creación de libertad: el valor de la salud, de la libertad de tránsito, del patrimonio, etc.; está en la posibilidad de que sean empleados para el desarrollo de la persona», *Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*; en Schünemann, Bernd y Suárez González, Carlos; *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*; Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann; Carl Heymans; Berlín, 1994, p. 130.

Respecto de los *permissionarios*, operadores o por quien simule serlo:

- Celebrar juegos o sorteos sin el permiso correspondiente.¹⁴⁵⁰
- Promocionar juegos o sorteos a través de medios no autorizados (no homologados).
- Ceder la explotación del permiso de explotación otorgado por el Instituto Nacional de Juegos y Sorteos.
- No pagar el premio correspondiente obtenido por un participante.
- Manipular o alterar los dispositivos previamente homologados por el Instituto Nacional de Juegos y Sorteos.

Respecto de los *miembros del Instituto Nacional de Juegos y Sorteos*:

- Autorizar un juego prohibido.
- Expedir un permiso para la celebración de un juego o sorteo a sabiendas de que el solicitante no cumple con algún requisito.
- Hacer pública la información reservada relativa a quien se haya inscrito en el programa de autoexclusión o de una niña, niño, adolescente, joven, enfermo o adicto vinculado por alguna razón a un asunto vinculado a esta ley.

Respecto de los participantes:

1450. De todas las hipótesis delictivas, quizás sea esta la más recurrente en México. Así, por ejemplo, el § 284 del código penal alemán sanciona hasta con dos años de prisión a quien organice juegos de suerte o apuesta (Glückspiel) sin la autorización correspondiente. Bajo este concepto se entienden también, según la normativa alemana, a las apuestas generadas en el ámbito de los deportes. Acerca de estos rubros y en torno al tipo subjetivo, el dolo y las consecuencias del error sobre el permiso para celebrar juegos con apuesta, Kindhäuser, Urs; Strafgesetzbuch..., ob. cit., pp. 1201-1202. Acerca de si nos encontramos ante un delito de peligro abstracto o uno de resultado material, puede verse a Hohmann, quien hace depender su decisión de la propia concepción del bien jurídico. Así, para el autor de referencia se trata de un delito de lesión, cuyo resultado se verifica al dañar la confianza del participante en que jugará, de manera garantizada, libre de manipulaciones; en; Strafgesetzbuch, Münchener Kommentar; Band 5; §§ 263-358; 2.^a edición; C. H. Beck; Múnich, 2014, p. 1050.

- Adquirir el premio obtenido por un participante con la finalidad de ser cobrado por sí mismo o por un tercero.
- Participar, dolosamente, en un juego prohibido.¹⁴⁵¹

Si bien el mosaico de conductas sancionadas en la nueva regulación parece amplio, existen otras modalidades de afectación a derechos de terceros que podrían generar responsabilidad penal con base en nuestros códigos penales vigentes a escala nacional:

Por ejemplo, como lo expone Bühler, alterar el mecanismo o soporte electrónico de una máquina tragamonedas para que esta expulse el dinero, afecta no solo al permisionario u operador, sino también al siguiente jugador que utilice la máquina. Eso es así, pues el mecanismo no volverá a entregar fondos hasta que se haya recuperado el porcentaje para el cual ha sido previamente programado.¹⁴⁵²

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia de juegos y sorteos

Un último rubro que debe llamar fuertemente la atención es el relativo a las —aunque breves— claras disposiciones contempladas en el proyecto acerca de la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Es cierto que no en todos los casos, pero sí en su mayoría, las personas a quienes se conceden permisos para la instalación de casinos son entes colectivos. De hecho, la nueva normativa contempla un apartado específico de cara a acreditar una serie de requisitos adicionales para la expedición del permiso de referencia.

Es así como en los últimos artículos del proyecto se establece lo siguiente:

1451. El § 285 del código penal alemán sanciona, también, esta conducta con una pena de hasta seis meses de prisión.

1452. Bühler Christoph; «Die strafrechtliche Erfassung des Missbrauchs von Geldspielautomaten; C. F. Müller; Heidelberg, 1995, p. 201. Según Heine/Hecker es procedente valorar en este ámbito la autopuesta en peligro; en Schönke/Schröder; Strafgesetzbuch..., ob. cit., p. 2780.

«Cuando un miembro, empleado, socio o representante de una persona jurídica cometa alguno de los delitos previstos en esta Ley, con los medios que para tal objeto la persona jurídica le proporcione, de modo que el delito resulte cometido en su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquella, el juzgador impondrá en la sentencia las consecuencias jurídicas accesorias correspondientes, con base en la Ley de Extinción de dominio, además del decomiso de los fondos y bienes ilícitos generados por los delitos cometidos.

Lo establecido en el párrafo anterior aplicará con independencia de la responsabilidad penal y consecuencias aplicables a las personas jurídicas contempladas en el Código Penal Federal.

El Ministerio Público podrá tomar todas las medidas necesarias para embargar, de manera precautoria, los bienes y productos del delito.

Mediante estas disposiciones el proyecto de nueva ley de juegos y sorteos se ajusta a los contenidos del Código Nacional de Procedimientos Penales,¹⁴⁵³ en el que se establece un procedimiento especial para llevar a juicio a los entes colectivos en su calidad de probables responsables de la comisión de un delito. Mi parecer es que esta disposición «cierra el círculo» de manera contundente y abre la puerta para un control por parte de la autoridad. No son pocos los casos en que se ha detectado la participación de personas jurídicas en la comisión de delitos, con especial referencia a los casinos.

No solo se trata de actividades vinculadas al lavado de dinero o fraude, sino de asuntos más graves, como la trata de personas o la explotación de la prostitución ajena (incluida la infancia).

1453. Véase el Título X Procedimientos Especiales. Capítulo II. Procedimiento para Personas Jurídicas. Artículo 421. (Ejercicio de la acción penal).- Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquella, el *Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de esta* solo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido. Artículo 422. (Investigación).- Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la posible comisión de un delito en los que se encuentre involucrada alguna persona jurídica, en los términos previstos en el artículo anterior, iniciará la investigación correspondiente...

De conformidad con lo anterior, habrá que esperar una reformulación generalizada de los estándares que aplican los entes colectivos en México para ajustar sus acciones a la nueva ley, pues de no hacerlo, podrían ser imputadas penalmente.

¿UN PASITO PARA ADELANTE Y OTRO PARA ATRÁS? O SOBRE LA AGRIDULCE EVOLUCIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA UNIÓN EUROPEA

PROF. DR. IXUSKO ORDEÑANA GEZURAGA
Profesor Derecho Procesal

Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.- II. PRIMERA FASE EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «LA PREOCUPACIÓN INCIPIENTE POR LA VÍCTIMA EN EL ÁMBITO DE LA ACTUAL UE».- III. SEGUNDA FASE EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «EL DESPERTAR A LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA».- IV. TERCERA FASE EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «LA ÉPOCA DE LA ALEGRÍA CONTENIDA EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA».- V. CUARTA FASE EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «LAS MISMAS PREOCUPACIONES DE SIEMPRE: VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES, LA INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA Y LAS GARANTÍAS DEL ACUSADO».- VI. ÚLTIMA ETAPA EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «EL RÉGIMEN ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA UE».- VII. ÚLTIMA VALORACIÓN: DEMOSTRACIÓN DE QUE, AUNQUE CON OBSTÁCULOS, LA APUESTA POR LA VÍCTIMA ES FIRME EN LA UE.

I. PRESENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Es, en general, entre los juristas, de sobra conocido el proceso de integración europea, entendiendo por este el camino en el que se han ido encontrando países con pensamiento político homogéneo, raíces jurídicas comunes, tradición humanista y creencias religiosas compartidas, colaborando mutuamente para responder a sus necesidades y conflictos. Brevemente, podemos recordar que, tras la Declaración Schuman,¹⁴⁵⁴ surgió la primera Comunidad, concretamente, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en lo sucesivo, CECA), fruto del Tratado de París de 18 de abril de 1951, que vinculaba a Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.¹⁴⁵⁵ Los mismos seis Estados profundizaron en su asociación en 1957, mediante la creación de la Comunidad Económica Europea (en lo sucesivo, CEE) —origen de la vigente Unión Europea (en lo sucesivo, UE)—¹⁴⁵⁶ y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (en adelante, EURATOM).¹⁴⁵⁷ Expirado, en julio del 2002, el Tratado CECA,¹⁴⁵⁸ se mantuvieron las otras dos Comunidades, protagonizando, desde entonces, la CEE dos grandes modificaciones; una primera, con el Tratado de Maastricht o de la Unión Europea, en 1992, a partir del

1454. Ofrecida por el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Robert Schuman, el 9 de mayo de 1950, que con TAJADURA TEJARDA, JAVIER, *El futuro de Europa. Luces y sombras del Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2010, p. 1, estableció las bases del método comunitario, esto es, «la utilización progresiva de instrumentos de integración económica para obtener logros políticos».

1455. Apuntan, entre muchos otros, su origen y características, GRANELL TRIAS, FRANCESC, «La expiración del tratado CECA y el futuro de la Unión Europea», *Cuadernos de Información económica*, n.º 170/2002. También, AHIJADO QUINTILÁN, MANUEL; AHIJADO, ANA, *La Comunidad Europea del Carbón y del Acero: la Declaración Schuman y el renacimiento de Europa*, Pirámide, Madrid, 2001.

1456. Explica los orígenes de la CEE, ACOSTA ESTEVEZ, JOSÉ B., *Introducción al sistema jurídico de la Comunidad Económica Europea*, Promociones y Publicaciones universitarias, Barcelona, 1990.

1457. Presenta sus rasgos principales, ahondando en la evolución que ha vivido, PRIETO SERRANO, NURIA, «Cincuenta años de Tratado Euratom», *Estratos*, n.º 88/2008.

1458. Expone, de forma crítica, su fin, CERVERA VALLTERRA, MARÍA, «La disolución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: estado actual», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 12/2002.

cual pasó a denominarse «Comunidad Europea»,¹⁴⁵⁹ y otra posterior, en 2007, mediante el Tratado de Lisboa, que la extinguió, adoptando sus funciones la UE, organización esta última creada por el primero.¹⁴⁶⁰ En ese camino, fue aumentando el número de países comprometidos en la construcción europea. De la Comunidad de los seis países, se pasó, en enero de 1972, a la de nueve, tras la incorporación del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. A los que se sumaron, posteriormente, Grecia, en 1981, y España y Portugal, en 1982, dibujando la Europa de los doce. En 1995, y antes del Tratado de Ámsterdam, suscrito en 1997,¹⁴⁶¹ Austria, Finlandia y Suecia se subieron al proyecto europeo. Tras el Tratado de Niza de 2001,¹⁴⁶² y hasta llegar a los 28 Estados comprometidos actualmente, accedieron a la UE, primero, en 2004, Chipre, República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia; en 2007, Bulgaria y Rumanía, y por último, en 2013, Croacia. Los últimos pasos del proceso de integración, como es sabido, adquirieron tintes bastante dramáticos tras el fracaso del proyecto de Constitución para Europa, llegando el Tratado de Lisboa a enmendar la situación.¹⁴⁶³

En el proceso de integración mentado, como jurisdiccionalistas, nos interesa la atención, en general, y la protección, en concreto, que ha recibido la víctima, en cuanto sujeto olvidado del proceso penal.¹⁴⁶⁴ Al

1459. Sobre las modificaciones que este Tratado supuso, FONSECA MORILLO, FRANCISCO JOSÉ; MARTÍN BURSO, JUAN ANTONIO, «El Tratado de Maastricht: análisis y perspectivas», *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 2/1992.

1460. Recoge las características de este Tratado y las modificaciones que supuso en la organización europea, ALONSO GARCÍA, RICARDO, «El Tratado de Lisboa», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 18/2008.

1461. Para entender su génesis y contenido, CARPI BADIA, J. M.; BOIXAREU CARRERA, A., *El Tratado de Amsterdam: Génesis y análisis sistemático de su contenido*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000.

1462. Estudia su aportación a la UE, PÉREZ CARRILLO, ELENA, F., «El Tratado de Niza: Entre la consolidación de la Unión Europea de Maastricht y el debate sobre el futuro de Europa», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º 2/2002.

1463. Relata las causas del revés del proyecto y sus consecuencias y el rol del Tratado de Lisboa en este contexto, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, ENRIQUE, «Lo que se salvó del naufragio de la Constitución Europea. Del Tratado constitucional de Roma de 2004 al Tratado de Lisboa en 2007», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 291/2009.

1464. Esta es «la cenicienta» en un entramado en el que el Estado se apodera del

efecto, —y pretende ser el principal mérito de esta investigación—, vamos a distinguir, razonadamente, cinco etapas en la protección de la víctima en la historia de la actual UE. Vaya, por adelantado, que estas etapas no coinciden con las del proceso de integración dibujado sucintamente, pues preocupada, inicialmente, como veremos, la Comunidad, por cuestiones meramente económicas, los derechos de las personas, en general, y de la víctima, en particular, no van a acaparar su atención hasta hace escasamente 30 años.¹⁴⁶⁵ Concretamente, vamos a diferenciar y analizar cinco etapas. Un primer periodo que vamos a denominar el de «la preocupación incipiente por la víctima en el ámbito de la actual UE»; una segunda fase, que supone «el despertar a la protección de la víctima»; a la que sigue otra que llamaremos «la época de la alegría contenida en la protección de la víctima», centrada en la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. El cuarto periodo en la evolución de la protección de la víctima, se caracteriza por aparecer una preocupación fuerte por el acusado y sus garantías. Por ello, hablaremos de «las mismas preocupaciones de siempre: víctimas especialmente vulnerables, la indemnización a la víctima y las garantías del acusado». En un último trecho temporal, estudiaremos «el régimen actual de la protección de la víctima en la UE», marcado por el fracaso de la Decisión marco del Consejo de 2001 y la aparición de la nueva Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y se sustituye la primera.

conflicto penal, monopolizando su tratamiento, centrado en el delincuente, en el proceso penal. Y es que la víctima casi no existe, quedando neutralizada por el Estado, produciéndose lo que se conoce como «victimización secundaria», entendiéndose por esta el conjunto de daños y perjuicios, materiales y morales, que sufre la víctima por parte del propio sistema durante la sustanciación del proceso penal.

1465. Luego, se entiende, que la evolución que nosotros vamos a estudiar comienza cuando el proceso de integración, más o menos rudimentario, llevaba 30 años en marcha. Como veremos, fue el reforzamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia el que trajo consigo el interés por el sujeto pasivo del delito.

II. PRIMERA FASE EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «LA PREOCUPACIÓN INCIPIENTE POR LA VÍCTIMA EN EL ÁMBITO DE LA ACTUAL UE»

1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima

Aparece cierta sensibilidad por el sujeto pasivo del delito, en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado, cuando ya estaban constituidas y en funcionamiento la CECA, la CEE y el EURATOM. La libertad de circulación que perseguía la CEE,¹⁴⁶⁶ junto a la prohibición de discriminación entre nacionales de distintos países que ordenaba¹⁴⁶⁷ y la necesidad de ofrecer protección social a la ciudadanía, fueron los elementos esenciales que justificaron el reconocimiento de lo que se entendía el primer derecho de la víctima: la indemnización económica a ella o a sus dependientes por el daño sufrido. En este tiempo, del mismo modo, se aprecia una especial sensibilidad respecto a víctimas concretas, mujeres y niño, por su especial vulnerabilidad ante delitos especialmente violentos (agresiones y acoso sexual, trata...). Analizamos, a continuación, ambas cuestiones.

2. La indemnización económica en cuanto derecho único de la víctima

a) Resoluciones que lo reconocen

En un tiempo en el que la actual UE estaba especialmente preocupada por la cuestión económica, con esta vincula casi exclusivamente a la víctima. Recogen esta sensibilidad dos Resoluciones del Parlamento europeo: la *Resolution on compensation for victims of acts of violence*, de 13 de marzo de 1981 (No. C 77/77) y la Resolución sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos (DOCE 9-X-1989). Las estudiamos.

¹⁴⁶⁶. Proclamada en los arts. 48, 52 y 59 del Tratado CEE.

¹⁴⁶⁷. Concretamente, en el art. 7 del Tratado CEE.

b) Resolution on compensation for victims of acts of violence, de 13 de marzo de 1981 (N.º C 77/77)

Este primer instrumento que identificamos en relación a la protección de la víctima, no traducido al español —pues en aquel entonces España no era parte de la actual UE, integrada esta, únicamente, de nueve países— enfatizaba la conexión entre la protección social y la libertad de movimiento en el ámbito de la Comunidad Europea, la responsabilidad que detenta toda sociedad de ayudar a las víctimas de actos violentos y la disparidad en la indemnización a las víctimas de delitos entre los Estados miembros de aquella,¹⁴⁶⁸ para solicitar a la Comisión Europea que, cuanto antes, le remitiera una propuesta de Directiva sobre la materia. Concretamente, le instaba para que articulara unos criterios mínimos para el otorgamiento de ayudas públicas a las víctimas o a sus dependientes, sin perjuicio de su Estado de origen, basándose para ello en los ya establecidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Resolución (77) 27, de 28 de septiembre de 1977, sobre indemnización a las víctimas del delito.¹⁴⁶⁹

c) La Resolución sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos (DOCE 9-X-1989)

Ahondando en la senda de la Resolución anterior, en esta, el Parlamento europeo alega razones de «justicia y solidaridad social» para justificar la situación de las víctimas de delitos violentos, animando a los Estados miembros a desarrollar un sistema de indemnizaciones, especialmente, cuando el delincuente no hubiera sido identificado, hubiera desaparecido o careciera de recursos y no pudiera obtenerse compensación alguna

1468. Repara en esta última cuestión, acertadamente, GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, «Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema Europeo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 1980/2005.

1469. Analizamos esta última Resolución y los criterios que, al efecto prevé, en ORDEÑANA GUEZURAGA, IXUSKO, *El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional Penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, pp. 245-246.

mediante la Seguridad Social o una póliza de seguros. En esta línea, el Parlamento responsabiliza a los gobiernos de los Estados de la indemnización a las víctimas de delitos violentos, entendiendo aquella como beneficio social estrechamente relacionado con la libertad de circulación en la Comunidad Europea y, al tiempo, requerimiento de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad.¹⁴⁷⁰ Por ello, solicita, nuevamente, a la Comisión que elabore una propuesta de Directiva que exija a los Estados miembros la armonización, al más alto nivel, del pago de indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos, estableciendo, conforme a la Resolución (77), 27 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, unos elementos mínimos de contenido para aquella.¹⁴⁷¹ A mayor abundamiento, con respeto absoluto de la regulación que sobre la materia otorgó el Consejo de Europa, el Parlamento Europeo pide a los Estados miembros que ratifiquen su Convenio de 24 de noviembre de 1983 sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos.¹⁴⁷²

Cabe destacar, especialmente, que esta Resolución del Parlamento Europeo de 1989, se refiere, por primera vez, a otro derecho de la víctima, el derecho a la información, cuando pide «a los Estados miembros que faciliten la creación de estructuras administrativas destinadas a informar a las víctima sobre sus derechos, principalmente en el ámbito policial y judicial».

1470. Con SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, MARINA, «La víctima ante el derecho: la regulación de la posición jurídica de la víctima en el derecho internacional, en el derecho europeo y en el derecho positivo español», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. 7/2004, tenemos que destacar que «es la primera vez que se hace referencia al principio de responsabilidad como fundamento de la obligación estatal de resarcir a las víctimas».

1471. Señala que la indemnización debe cubrir, respecto a la víctima, la pérdida de ingresos actuales y futuros, los gastos jurídicos, los gastos médicos y de hospitalización y los gastos funerarios, los dolores y el sufrimiento, y, respecto a las personas a cargo de la víctima, la pérdida del sustento. Asimismo, el Parlamento Europeo exige, a la Comisión, que la mentada Directiva recoja la exigencia al Estado miembro, en el que se ha cometido el acto violento, del pago de los gastos que sufran los testigos que tengan que volver a un país para prestar declaración.

1472. Este convenio último no es más que la ordenación sistemática y completa de la Resolución (77) 27 mentada. Repara en ello, MARTÍN RÍOS, MARÍA DEL PILAR, «La reparación a las víctimas del delito por parte del Estado: análisis del caso español», *Rivista di Criminología, Vittimologia e Sicurezza*, n.º 3/2008.

Para concluir con la indemnización económica como derecho de la víctima, conviene remarcar que, a pesar de las dos Resoluciones del Parlamento que hemos citado, su deseo de que viera la luz una Directiva sobre esta cuestión, no se cumplió hasta el año 2004, cuando se otorgó la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos, en la que nos fijaremos a posteriori.

3. Especial protección de víctimas concretas: mujeres y niños

Desde mediados de la década de los ochenta del siglo pasado también percibimos, en el ámbito de la actual UE, una especial protección de aquellas que, posteriormente, se considerarán víctimas especialmente vulnerables: mujeres y niños. En este sentido, y en protección de las primeras, el Parlamento europeo otorgó diferentes y sucesivas Resoluciones. Son especialmente destacables la de 11 de junio de 1986, sobre agresiones a la mujer; la de 6 de mayo de 1994, sobre violaciones de las libertades y los derechos fundamentales de las mujeres y la de 16 de septiembre de 1997, sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. En ellas se reconoce a las mujeres víctimas de delitos violentos, con fundamento en su dignidad, un compendio de derechos integrado, entre otros, por el derecho de acceso a la justicia, a ser tratadas por personas formadas, a su intimidad, a la prevención del delito, a la protección, a la asistencia jurídica gratuita, al socorro de órganos de auxilio y apoyo,...

En el ámbito de los menores, y en el deseo de protegerles contra delitos violentos, es especialmente destacable la Resolución del Parlamento europeo sobre los menores víctimas de violencia, de 19 de septiembre de 1995, que bebiendo de la Recomendación (85) 4, sobre violencia dentro de la familia, de 26 de marzo de 1985, del Consejo de Europa, exigía la formación especializada de magistrados y agentes policiales en delincuencia sexual que afecte a niños y la prevención de su explotación sexual.

III. SEGUNDA FASE EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «EL DESPERTAR A LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA»

1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima

La segunda etapa en la protección de la víctima, en la actual UE, la tenemos que situar a caballo entre finales de los noventa del siglo pasado y principios del nuevo milenio. Fijándonos, de nuevo, en el Parlamento Europeo, el 15 de junio del año 2000, aquel dictó una Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social titulada «Víctimas de delitos en la Unión Europea-Normas y medidas» (publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 1 de marzo de 2001). Este instrumento supone, a nuestro juicio, el despertar al reconocimiento y formulación de los derechos de la víctima, en general, y en el ámbito del proceso penal, en particular, bebiendo, de la corriente mundial y europea de la época. En el primer nivel, es clara la influencia de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en lo sucesivo, ONU). En el ámbito del viejo continente, en el marco de la entonces Europa de los 15,¹⁴⁷³ fueron cruciales dos Recomendaciones del Consejo de Europa: la Recomendación (85) 11 del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal y la Recomendación (87) 21 del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización. En las próximas líneas, vamos a analizar, en primer lugar, las influencias de la concepción de la protección de la víctima en la Europa de los 15, para, a continuación, profundizar en la Resolución del Parlamento mentada.

¹⁴⁷³. Los últimos en ingresar, en el año 1995, habían sido Austria, Finlandia y Suecia.

2. Corriente mundial y europea de protección de la víctima

a) La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la Asamblea General de la ONU

La Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder mediante la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Considerada la primera norma internacional de ámbito universal que tiene por objeto a las víctimas, se centra no únicamente en las víctimas de delito, sino también en las del abuso de poder. En lo que a nosotros nos interesa —los sujetos pasivos de los delitos—, la ONU reconoce la existencia de muchas víctimas en todo el mundo, cuyos derechos no han sido adecuadamente reconocidos, al tiempo que remarca la necesidad de adoptar medidas nacionales e internacionales para asegurar el reconocimiento universal y efectivo de sus derechos. En este afán, la ONU señala un límite infranqueable: no se pueden limitar o perjudicar los derechos del sospechoso o delincuente. Del mismo modo, la organización mundial destaca la importancia de la prevención de la victimización, recogiendo una serie de medidas que contribuyen a ella.¹⁴⁷⁴

¿Cómo configura a la víctima la ONU en esta Declaración? La entiende como la persona que, individual o colectivamente, ha sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violan la legislación penal vigente en los estados. Se considera a una persona víctima en cuanto sujeto pasivo de las conductas descritas, sin perjuicio de que el delincuente sea identificado, aprehendido, enjuiciado o condenado

1474. Señala expresamente, entre otras, las políticas públicas de prevención del delito basadas en medidas sociales, sanitarias, educativas y económicas; la promoción del esfuerzo de la sociedad y la participación pública en la prevención del crimen; la revisión de las legislaciones y prácticas de los Estados para acomodarlas a la legislación internacional que vela por los derechos humanos...

e independientemente de los lazos familiares que exista entre el sujeto activo y pasivo del delito. Del mismo modo, mantiene un concepto amplio de la víctima, entendiendo por tales a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que sufren daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Esta Declaración establece los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencia o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social o impedimento físico. Reconoce, concretamente, a las víctimas una serie de derechos integrados en cuatro principales: el derecho a la justicia y a un trato justo, el derecho al resarcimiento, el derecho a la indemnización y el derecho a la asistencia.¹⁴⁷⁵

b) La Recomendación (85) II del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal

Esta Recomendación, adoptada el 28 de junio de 1985, por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa constata que «los objetivos del sistema de justicia penal se expresan tradicionalmente y ante todo en términos de relación entre el Estado y el delincuente», por lo que, «el funcionamiento del sistema tiende a veces a incrementar y no a disminuir los problemas de la víctima».¹⁴⁷⁶ En esta formulación, el Consejo de Ministros citado postula que debería ser función fundamental de la justicia penal responder a las necesidades de la víctima y proteger sus intereses en todas las fases del proceso penal. A su decir, este fin no con-

1475. Profundizamos en el contenido de cada uno de ellos, en ORDEÑANA GUEZURAGA, IXUSKO, *El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional Penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, pp. 252-254.

1476. Es, esta última afirmación, un reconocimiento implícito de lo que se entiende como victimización secundaria.

tradice otros fines del Derecho penal y del proceso penal,¹⁴⁷⁷ facilitando «la eventual reconciliación entre la víctima y el delincuente».

Con las premisas señaladas, la Recomendación (85) 11 recoge unas directrices, a modo de recomendación a los Estados miembros, que anima a estos a revisar su legislación y práctica en siete ámbitos. Concretamente, en el ámbito policial, propone una adecuada formación de sus funcionarios, quienes deben ofrecer consejos prácticos y jurídicos a la víctima. En relación a la persecución del delito, el Consejo de Europa remarca la importancia de tener en cuenta la reparación del daño sufrido por la víctima, reconociendo la posibilidad de esta de solicitar la revisión de la decisión de archivo de la causa a la autoridad competente. Apunta, asimismo, que el interrogatorio de la víctima debe realizarse, en todas las fases del procedimiento, con respeto a su situación personal, sus derechos y dignidad, debiendo los niños, enfermos o discapacitados mentales ser interrogados en presencia de sus padres, tutores o persona apta para asistirles. Del mismo modo, exige, a los Estados miembros, que ofrezcan información sobre el proceso a la víctima¹⁴⁷⁸ y que la jurisdicción posibilite la reparación de aquella.¹⁴⁷⁹ Reconoce, igualmente, el derecho a la protección privada de la víctima¹⁴⁸⁰ y su derecho a la protección, especialmente, cuando parezca necesario y en los casos de delincuencia organizada.

1477. Luego, obviamente, nunca puede ir en contra de los derechos y garantías que en el proceso penal se reconocen al victimario.

1478. Concretamente, el punto noveno exige información a la víctima sobre la fecha y lugar del juicio, las posibilidades de obtener la restitución y reparación en el proceso penal y de obtener asistencia jurídica y las condiciones en las que puede conocer las resoluciones judiciales.

1479. Al respecto, postula que la jurisdicción debería ordenar y efectuar la reparación como pena principal o accesoria o como sustitución de aquella, debiendo los Estados eliminar todas las restricciones o impedimentos al efecto. Ordena, asimismo, que se debería informar al órgano jurisdiccional de todo acto de reparación o restitución o esfuerzo al efecto efectuado por el delincuente.

1480. Más ciertamente, se ampara «su vida privada o dignidad», tanto en la fase de instrucción, como en la de juicio, reconociéndose la posibilidad de celebrar el juicio a puerta cerrada cuando la seguridad o situación personal de la víctima lo requieran.

c) La Recomendación (87) 21 del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización

Dos años más tarde, en 1987, y una vez constatado que, a pesar de los esfuerzos de prevención del delitos acometidos por los Estados miembros, no disminuye el número de víctimas, el Consejo de Europa, en esta Recomendación, remarca las consecuencias físicas, psíquicas, sociales y materiales que acompañan al delito, encarnadas principalmente en la víctima. Admite, asimismo, que, en muchas ocasiones, la intervención del sistema de justicia penal no es suficiente para reparar el perjuicio y trastorno de aquella. Por ello, la organización decana del continente europeo estima importante la contribución que pueden realizar organismos e instituciones privadas, coordinadas con los servicios públicos. Al efecto, el Comité de Ministros presenta 19 propuestas a los Estados miembros, que, a iniciativa propia, podemos sistematizar de la siguiente manera:

(1) Las relativas a la constatación de elementos concernientes a la víctima: la Recomendación propone a los Estados miembros que realicen un inventario de los servicios públicos y privados de ayuda a las víctimas que existen en su territorio, constatando sus prestaciones e identificando sus carencias. Les sugiere, al tiempo, que comprueben las necesidades de las víctimas de sus Estados y que evalúen el alcance de los sistemas de seguro (público y privado) de las distintas categorías de victimización penal.

(2) Las que directamente velan por las víctimas y sus familias: reconociéndoles, con carácter inmediato, el derecho a una ayuda urgente dirigida a afrontar las necesidades inmediatas que padecen tras la victimización, y a más largo plazo, ayuda económica, psicológica, social y material continuada. Sobre todo ello se debe informar a la víctima, evitando la nueva victimización. Se propone, al mismo tiempo, que se adopten medidas de protección de la víctima, tanto en el proceso penal, como fuera de él, en general, y, en especial, para obtener la reparación efectiva por parte del delincuente y los pagos o indemnizaciones que les correspondan.

(3) Las que se centran en la información: el Comité de Ministros propone a los Estados miembros del Consejo de Europa que informen a la sociedad y a los servicios públicos sobre las dificultades con las que se encuentran las víctimas. Concretamente, les propone la organización de debates, mesas redondas y campañas de publicidad para ello.

(4) Las que requieren la creación, desarrollo o apoyo de estructuras para favorecer a las víctimas y prevenir nuevos delitos: entre otras medidas, se fomenta la creación de servicios destinados a víctimas específicas, el voluntariado en la materia, la formación de servicios sociales y sanitarios y el desarrollo de políticas específicas y de la mediación.

3. La Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social titulada «Víctimas de delitos en la Unión Europea-Normas y medidas»

El 14 de julio de 1999, la Comisión envió una Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social titulada «Víctimas de delitos en la Unión Europea-Normas y medidas».¹⁴⁸¹ El 15 de junio del año siguiente, el Parlamento dictó una Resolución en respuesta. Bebiendo de las influencias descritas,¹⁴⁸² el Parlamento presenta un instrumento integrado de 15 Considerandos ordenados alfabéticamente y 12 puntos. Fijémonos en su contenido.

El Parlamento, en la línea de la Declaración de la ONU mentada, parte de la constatación de que los delitos causan millones de víctimas en el mundo y de que sus derechos deben ser objeto de un reconocimiento

1481. Expone su contenido, GARCÍA RODRÍGUEZ, MANUEL JOSÉ, «Las víctimas del delito en el espacio judicial europeo», *Diario La Ley*, n.º 5342/2001.

1482. A las que la propia Resolución suma las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, reunión especial, celebrada a iniciativa de España, los días 15 y 16 de octubre de 1999, para tratar la cuestión de la creación del actual espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. Sobre sus influencias en la Resolución que nos ocupa, ORDEÑANA GUEZURAGA, IXUSKO, *El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional Penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, pp. 262-263.

legislativo más eficaz y justo, bien en los Estados miembros, bien en la UE. No define, no obstante, el concepto de víctima, limitándose a señalar que, para garantizar la justicia, es esencial mantener una definición uniforme y convenida de aquella. Sin perjuicio de ello, cita a víctimas concretas (las del terrorismo, trata de seres humanos, niños) e identifica a las más vulnerables («determinados grupos sociales, como mujeres, los niños, los migrantes, los homosexuales o las minorías en general»). Entiende, además, como víctima, no solo al que sufre directamente el delito, sino también a su familia o las personas a su cargo (punto 6 a), identificando las necesidades de aquella: la prevención del delito, ayuda, acceso al proceso y su situación en el mismo, de acceso a la indemnización, a la información, lengua y formación.

Apunta de forma tajante, y totalmente acertada en nuestra opinión, el Parlamento, en esta Resolución, que «la ayuda a la víctima no puede reducirse a meras compensaciones financieras». Estamos, a nuestro juicio, ante el punto de inflexión en la protección de la víctima en la UE: ya no solo se le asocia con una compensación económica, su asistencia debe ser más amplia y pluridimensional.¹⁴⁸³

Otro elemento fundamental a destacar en esta Resolución es el reconocimiento expreso de que los derechos de la víctima se han de reconocer e implementar «sin perjuicio de los derechos de los sospechosos o los delincuentes».¹⁴⁸⁴

Centrándonos en el capítulo de derechos que la Resolución que nos ocupa reconoce a la víctima, otra vez, con sistemática propia, debemos distinguir los extrajurisdiccionales de los jurisdiccionales. En la senda de los primeros, el Parlamento Europeo manifiesta que se ha de reconocer a las víctimas ayuda material, sanitaria, psicológica y social por cauces gubernamentales, voluntarios, locales o particulares.

1483. Ello sin desmerecer la cuestión de la indemnización de la víctima, siendo reflejo de ello la propia solicitud que el Parlamento realiza a los Estados miembros, que aún no hayan ratificado el Convenio Europeo relativo a la indemnización a las víctimas de delitos violentos (1983), para que lo ratifiquen.

1484. Al respecto, el Parlamento dedica uno de los puntos de la Resolución que nos ocupa a los victimarios, requiriendo a la Comisión y al Consejo que faciliten su integración social, en particular de los menores.

Apunta, asimismo, que se han de considerar la religión y los aspectos culturales específicos de la víctima y, cuando sea extranjera, especialmente sus aspectos específicos, incluido su estatuto de residencia y el periodo de esta. En la misma línea, el Parlamento manifiesta que se debe ofrecer a la víctima información sobre sus derechos en materia de servicios sociales y sanitarios u otra asistencia posible en su lengua materna.

Ya en el marco del proceso penal, se reconoce a la víctima el derecho de acceso a los tribunales¹⁴⁸⁵ y a la asistencia jurídica suficiente y a ser informada de sus derechos, en especial sobre las fases del proceso y su rol en el mismo. Iniciado el juicio, concretamente, se le arroga el derecho a contar con la asistencia de un intérprete en su lengua materna; a ser interrogada en esta y a obtener una traducción de la misma, y a proteger su intimidad y seguridad. A los menores, se les reconoce el derecho a que sus interrogatorios sean grabados en video, al efecto de que «estos no se vean obligados a afrontar más de una vez esta experiencia traumática» (letra r) punto 6). Del mismo modo, se requiere a los jueces, cuando la víctima de un delito sea menor y carezca de tutor o este se halle fuera del país en el que ha tenido lugar el delito, para que establezcan medidas específicas de protección.

El Parlamento, consciente del daño que los medios de comunicación pueden realizar a la víctima, contribuyendo a su victimización secundaria, exige a la Comisión que adopte medidas sobre el modo en que aquellos difunden la implicación de los ciudadanos en los procesos penales, evitando atentados contra el derecho al buen nombre y a los derechos individuales en general. A mayor abundamiento, y cuando las víctimas son menores de edad, solicita que se impongan sanciones a los responsables de la publicación de información perteneciente a la vida privada.

1485. Dispone literalmente la letra k) del punto 6 de la Resolución «en relación con los daños que han sufrido, mediante procesos justos, económicos y de fácil acceso, en el Estado miembro en el que hayan sufrido el daño o en el Estado miembro en el que residan». Se reconoce este derecho también a los que residen ilegalmente en un Estado miembro, con las mismas posibilidades (letra p) punto 6).

Sabedor de la importancia de la formación en la materia, el Parlamento exige la correspondiente a policías, fiscales y personal de los servicios públicos implicados. Requiere, del mismo modo, la coordinación entre todos ellos, mediante la creación de estructuras entre las unidades policiales y los servicios jurídicos, por una parte, y los servicios públicos, por otra. En esta línea, insta a la Comisión y a los Estados miembros a que configuren un sistema europeo coordinado de programas y servicios dirigidos a ofrecer protección jurídica, psicológica y física a las víctimas de delitos graves.

IV. TERCERA FASE EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «LA ÉPOCA DE LA ALEGRÍA CONTENIDA EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA»

1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima

El inicio del segundo milenio supuso un momento crucial en la protección de la víctima en la UE. El mismo año en que se firmó el Tratado de Niza, se presentó en la UE de los 15 la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (en lo sucesivo, DM 2001/220/JAI). Estamos ante un hito en la concepción y amparo de la víctima en el ámbito de la UE: por primera vez, se conciben y tratan las necesidades de la víctima, de forma integrada y articulada, en el proceso penal, antes de él y después de su finalización. Sin embargo, como veremos, este instrumento fracasó estrepitosamente en su implementación. De ahí que hablemos de «alegría contenida».

En las siguientes líneas, vamos a fijarnos, en la forma o continente del estatuto de la víctima en el proceso penal (Decisión marco) —por ser una de las causas principales de su fracaso—, en la concepción de víctima que maneja y en los derechos que le reconoce. Por último, realizaremos una valoración crítica de la misma.

2. Características básicas de la DM 2001/220/JAI

El primer estatuto de la víctima presentado en la UE se recogió en una Decisión marco. Estamos ante un instrumento jurídico utilizado por el Consejo para conseguir la aproximación de las normas de los Estados miembros que obliga a estos únicamente en el resultado, quedando en manos de las autoridades de los Estados miembros, la elección de la forma y medios para obtenerlo.¹⁴⁸⁶ Normalmente, las propias Decisiones marco establecen, y así lo hace la que nos ocupa, el término en el que los Estados miembros deben poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en las mismas. Concretamente, la DM 2001/220/JAI establece, al efecto, hasta tres plazos, atendiendo a las distintas disposiciones, siendo el último marzo del 2006.

¿Cuál es el objetivo de la DM 2001/220/JAI? Lo señala expresamente su Considerando 4: ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en el que se encuentren.¹⁴⁸⁷ El mismo considerando apunta la senda para obtenerlo: la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Se remarca, al mismo tiempo, la importancia de concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear su victimización secundaria. De ahí que la DM 2001/220/JAI no atienda a los intereses de la víctima únicamente en el marco del proceso penal, sino, también, antes y después de aquel.¹⁴⁸⁸ No se define, no obstante,

1486. Rasgo que comparten con las Directivas. Quede claro, por tanto, que no es un instrumento jurídico directamente vinculante para los Estados, en cuanto elemento crucial para entender el devenir de la DM 2001/220/JAI.

1487. Con ello, sin duda, se contribuye a hacer realidad la libre circulación de ciudadanos europeos por la UE. En este sentido, SERRANO MASIP, MERCEDES, «Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género», AA. VV. (Dr. HOYOS SANCHO, MONTSERRAT DE), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 731.

1488. Luego, se convierte el proceso penal en eje de la protección de la víctima, pero sin limitarla únicamente a aquel, amparándola en todas las «actuaciones», enten-

en la norma qué se entiende por estatuto de la víctima, en general, ni en concreto. Es más, en este último sentido, la DM 2001/220/JAI manifiesta que su ordenación no obliga a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso,¹⁴⁸⁹ requiriéndoles, sin embargo, que les reserven un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal (art. 2) y reconociendo la posibilidad de que sean testigo o parte en las actuaciones (arts. 5 y 7). En nuestra opinión, estamos ante la debilidad más importante del estatuto configurado, pues en la tarea de aproximar los distintos ordenamientos de los Estados miembros y de reforzar el rol de la víctima, entendemos un mínimo o suelo imprescindible para aclarar su rol en el proceso penal. Consideramos la falta de valentía del legislador europeo en este sentido una herida de muerte en la verdadera protección de la víctima. Una valoración bien distinta merece el reconocimiento expreso de los dos ejes básicos del estatuto de la víctima: el respeto a la dignidad personal de la víctima y el reconocimiento de sus derechos e intereses legítimos (art. 2.1)

Configura la DM 2001/220/JAI la víctima en sentido restringido: la persona física que ha sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro. Luego, no integra en este concepto las personas jurídicas ni los grupos de personas o colectividades de estas. Tampoco entiende parte de esta realidad a los familiares o personas dependientes —aquellas que podríamos denominar víctimas indirectas—, salvo en lo relativo a la protección de la intimidad o imagen física.¹⁴⁹⁰ Sí reconoce el instrumento que nos ocupa la existencia de «víctimas especialmente vulnerables», si bien no las define, limitándose a exigir a los Estados un trato específico para aquellas que responda, de la mejor manera posible, a su situación (art. 2.2).

diendo por estas, conforme al art. 1 DM 2001/220/JAI, «además del proceso penal, todos los contactos que la víctima establezca, como tal, con cualquier autoridad, servicio público u organización de apoyo a la víctima en relación con su causa, antes, durante o después del proceso penal».

1489. En su Considerando noveno.

1490. En este último sentido, recogiendo la excepción mentada, su art. 8.2.

3. Derechos reconocidos a la víctima en la DM 2001/220/JAI

Siguiendo el mismo orden de presentación utilizado por la propia DM 2001/220/JAI, esta reconoce los siguientes derechos a la víctima:

- Derecho a ser oída durante las actuaciones y a facilitar elementos de prueba, exigiendo a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para que las autoridades interroguen a la víctima solo en la medida necesaria para el proceso penal.
- El derecho a recibir información, tanto en su relación con la policía, como sobre el proceso penal. Se le reconoce, asimismo, el derecho a no ser informado de que el delincuente no ha sido puesto en libertad.
- Derecho a que se le facilite la comunicación en el proceso penal, obligando a los Estados a reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión y a la participación de la víctima en las fases importantes del proceso.¹⁴⁹¹
- Derecho al asesoramiento y a la asistencia jurídica gratuita.
- Derecho a que le sean reembolsados los gastos sufragados en relación con el proceso penal.
- Derecho a la protección de la seguridad e intimidad de la víctima, tanto de esta como de sus familiares o personas en situación equivalente.
- Derecho a la indemnización por parte del autor del delito en el proceso penal.
- Derecho a la devolución de sus objetos restituibles aprehendidos durante las actuaciones.
- Derecho a la mediación penal.
- Derechos especiales para las víctimas extranjeras: a prestar declaración inmediatamente después de cometerse la infracción;

¹⁴⁹¹. No exige el art. 5 DM 2001/220/JAI, que reconoce este derecho, el nombramiento, en su caso, de intérprete o traductor.

a declarar mediante videoconferencia o conferencia telefónica; y a presentar la denuncia en sus países de origen cuando no hayan podido hacerlo en el Estado en el que sufrieron el delito, o cuando, tratándose de una infracción grave, hayan optado por no hacerlo.

- Derecho a la defensa más eficaz de los intereses de la víctima en el proceso penal, exigiendo, al efecto, la cooperación entre los Estados miembros.
- Derecho al acogimiento inicial y posterior asistencia por servicios especializados y organizaciones de apoyo a la víctima.
- Derecho a ser tratadas por personas formadas.
- Derecho a la prevención de su victimización secundaria.

4. ¿Un gran paso en la protección a la víctima o un gran fracaso?

Sin negar que la DM 2001/220/JAI supusiera un gran avance en la protección a la víctima, especialmente, por ser el primer instrumento normativo internacional que intentó concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, a nivel de la UE, no podemos negar su fracaso.¹⁴⁹² Y es que no es suficiente la creación de normas, deviniendo más importante aún, su aplicación. Seguramente, el instrumento elegido para soportar el Estatuto de la víctima —una Decisión marco— mucho tuvo que ver al efecto. Con todo, aplaudimos la protección integral de la víctima, antes, durante y después del proceso penal y que se convierta a este en eje de aquella. No nos causa el mismo sentimiento el hecho de que no se haya concretado el estatus particular de la víctima en el proceso penal. Luego, un sabor agri dulce acompaña la existencia de la DM 2001/220/JAI.

1492. Los dos Informes que presentó la propia Comisión, evaluando su aplicación (en el año 2004 y en el 2009), reconocen que la incorporación de sus disposiciones a los ordenamientos jurídicos internos fue «insatisfactorio». Recogemos un comentario profuso de los mismos y los distintos elementos que abarcan, ORDEÑANA GUEZURAGA, IXUSKO, *El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional Penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, pp. 281-289.

V. CUARTA FASE EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «LAS MISMAS PREOCUPACIONES DE SIEMPRE: VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES, LA INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA Y LAS GARANTÍAS DEL ACUSADO»

1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima

Fracasada la DM 2001/220/JAI, el tema de la protección de la víctima, de forma directa y completa, se enfriara bastante en la UE, hasta el año 2011, en el que aparecerá otra iniciativa concreta, al respecto. Analizaremos esta iniciativa, encarnada en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI, en la que identificaremos como quinta fase en la protección de la víctima. Antes, no obstante, y en un periodo de tiempo que va desde el año 2000 hasta la actualidad vamos a identificar otra etapa en la que la UE se muestra especialmente sensibilizada con tres cuestiones: las víctimas especialmente vulnerables, la indemnización a la víctima y las garantías procesales del acusado. Nos fijamos en las tres cuestiones en los puntos siguientes.

2. La protección de las víctimas especialmente vulnerables

a) Presentación de las víctimas especialmente vulnerables

En la senda iniciada en la que denominábamos primera fase en la protección de la víctima en el espacio de la actual UE, durante el segundo milenio, se va a seguir protegiendo especialmente a la mujer y al niño. En esta época, además, ante el problema del terrorismo, se va a dar el reconocimiento de sus víctimas.

b) *La protección de la mujer*

Sin perjuicio de la labor ingente y totalmente plausible realizada por la UE para la obtención de la igualdad de la mujer y el hombre en todas las parcelas de la vida social,¹⁴⁹³ cabe destacar especialmente la protección que se le ha dado en cuanto víctima de la trata de personas y de la violencia de género.

Se ha protegido especialmente a la mujer, junto al niño, en cuanto víctima de la trata de personas. Esta sensibilidad se percibe en la Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI), que considera víctimas especialmente vulnerables a ambas (Considerandos 4 y 5), sin perjuicio de que no les reconozca derechos especiales ni abundantes, atribuyendo esta tarea a la DM 2001/220/JAI, a la que se remite. Conociendo el devenir de esta última no podemos afirmar que la protección sea realmente eficaz.¹⁴⁹⁴ Luego, una vez más, tenemos una de cal y otra de arena.

Mayor protección y reconocimiento de la mujer (y el niño), supone la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, sobre la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Con un tratamiento «victimocéntrico» de la materia,¹⁴⁹⁵ reconoce a mujeres y niños como víctimas especialmente vulnerables, al tiempo que identifica su protección, la salvaguardia de sus derechos humanos y la evitación su mayor victimización, como ob-

1493. Realiza un resumen de estas políticas, ASTOLA MADARIAGA, JASONE, «Artículo 23: igualdad entre mujeres y hombres: con algunas reflexiones sobre el uso de las palabras y sus consecuencias», AA. VV. (Dr. ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO), *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 401.

1494. En nuestro apoyo, SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, «La lucha contra la trata de seres humanos desde la Unión Europea (de la Decisión marco 2002/629/JAI a la Directiva 2011/36/UE). Especial referencia al África occidental», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 28/2011.

1495. Término acuñado por HOYOS SANCHO, MONTSERRAT DE, «La armonización del Estatuto de las Víctimas en la Unión Europea», AA. VV. (Dr. MIR PUIG, SANTIAGO, CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU), *Garantías constitucionales y Derecho penal Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 420.

jetivos (Considerandos 2 y 14 y art. 1). En desarrollo de esta idea, les reconoce los siguientes derechos:¹⁴⁹⁶

- Derecho a que la investigación y enjuiciamiento de los delitos sobre trata no dependa de su denuncia y de que el proceso penal siga su curso aunque la víctima retire su declaración (art. 9).
- Derecho a que las personas encargadas de la investigación o enjuiciamiento reciban formación adecuada (art. 9.3).
- Derecho a la asistencia y apoyo, antes, durante y después del proceso penal para que puedan ejercer los derechos reconocidos en la DM 2001/220/JAI (art. 11).¹⁴⁹⁷
- Derecho al asesoramiento jurídico y a la representación legal gratuita cuando la víctima no tenga suficientes recursos económicos (art. 12.2).
- Derecho a reclamar una indemnización (arts. 12.2 y 17).
- Derecho a la protección apropiada sobre la base de una evaluación individual del riesgo (art. 12.3).
- Derecho a la defensa (art. 12.4).
- Derecho de las víctimas menores a la designación de un tutor o representante legal cuando un conflicto de intereses con el menor impidiera a sus padres defender el interés de este o representarlo (arts. 14 y 15).
- Derecho a un trato especial destinado a evitar la victimización secundaria.¹⁴⁹⁸

1496. Para un análisis más exhaustivo, VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA, «La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas: ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 13/2011.

1497. Esta disposición convierte en plenamente vigentes todos los derechos reconocidos en estatuto de la víctima en el proceso penal en la UE.

1498. Para ello, se prevé la no necesidad de repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación, la instrucción o el juicio; la evitación del contacto visual con los demandados y del testimonio en audiencia pública. Cuando la víctima es menor, asimismo, se le reconocen, para evitar su victimización secundaria, una serie de derechos (que su interrogatorio se celebre sin demoras injustificadas, en lugar asignado o adaptado al efecto, dirigido por personas formadas; que el número de interrogatorios

- Derecho a la prevención del delito (art. 8).

Reflejo de la especial consideración de la mujer en cuanto víctima de la violencia de género, últimamente, tenemos que destacar dos Resoluciones del Parlamento Europeo: la de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (2010/C 285 E/07) y, más recientemente, la de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209 (INI)). Más que en el reconocimiento de derechos individuales, ambas se centran en diseñar políticas para hacer frente a la lacra que supone la violencia contra la mujer.¹⁴⁹⁹

c) *La protección del niño*

La preocupación por las víctimas menores es tónica de la UE desde un principio, como vimos al analizar la primera etapa de esta evolución que nos ocupa. Si bien el menor preocupa, en general, en cuanto sujeto pasivo de los delitos,¹⁵⁰⁰ suscita especial interés en cuanto

sea el menor posible, y a estar acompañado por su representante o un adulto elegido por él).

1499. Para un examen exhaustivo de ambas Resoluciones, ORDEÑANA GUEZURAGA, IXUSKO, *El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional Penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, pp. 297-305.

1500. Una buena muestra de ello, en los últimos años, son la Resolución del Parlamento europeo sobre los menores víctimas de violencia, de 19 de septiembre de 1995, y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones denominada «Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del niño», de 15 de febrero de 2011. Este último instrumento manifiesta que «el fomento y la protección de los derechos del niño es uno de los objetivos de la UE en los que el Tratado de Lisboa ha hecho mayor hincapié», recogiendo un cúmulo de medidas, al efecto. Entre ellas, la Comisión apunta que el derecho a un juicio justo de los niños sujetos a un proceso penal conlleva la protección de su intimidad, el derecho a estar informados sobre los cargos y el procedimiento en una forma que se adecúa a su edad y madurez, y a la asistencia y representación jurídicas. Remarca, en la misma dirección, la necesidad de instaurar mecanismos jurídicos y prácticos que eviten los interrogatorios múltiples innecesarios, cuando actúan como testigos o víctimas vulnerables en procedimientos penales. Se reconoce a las víctimas menores la posibilidad de desempeñar un papel activo en el proceso penal y el derecho a recibir el apoyo adecuado dirigido a su recuperación y el derecho a obtener una compensación por el daño que se les ha infligido.

víctima de abusos sexuales y pornografía infantil. Por ello, se dedicó a la cuestión, la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, recientemente sustituida por la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.¹⁵⁰¹ Esta última, con remisión a la DM 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, reconoce a los menores que sufren abuso o explotación sexual o son objeto de pornografía infantil los siguientes derechos:

- Derecho a la prevención del delito.
- Derecho a la consideración de víctimas especialmente vulnerables.
- Derecho a que las personas que intervienen en las actuaciones o tienen contacto con ellos reciban la adecuada formación.
- Derecho a denunciar fácilmente.
- Derecho a que la investigación y/o enjuiciamiento de los delitos relacionados con la Directiva no dependan de la denuncia de la víctima.
- Derecho a que el juicio se celebre durante un periodo de tiempo suficiente después de que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, en consonancia con la gravedad de la infracción cometida.
- Derecho a que las personas, unidades o servicios responsables de la investigación o el enjuiciamiento de los delitos relacionados dispongan de instrumentos de investigación eficaces.

1501. La estudian de forma sistemática y crítica, apuntando la problemática que suscita su aplicación en el ordenamiento jurídico español, GONZÁLEZ TASCÓN, MARÍA MARTA, «Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: la Directiva 2011/92/UE», *Revista penal*, n.º 30/2012, y RODRÍGUEZ MESA, MARÍA JOSÉ, «La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal», *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 32/2013.

- Derecho a que el proceso penal pueda seguir su curso aunque la víctima retire su declaración.
- Derecho a la asistencia y apoyo de la víctima, tan pronto como las autoridades competentes tengan indicios razonables de la comisión de un delito.
- Derecho a la protección, teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor y la evaluación de sus necesidades.
- Derecho a la representación legal.
- Derecho al asesoramiento jurídico.
- Derecho a la representación legal y asesoramiento jurídico gratuitos cuando no posea recursos económicos suficientes.
- Derechos en el interrogatorio: a que este se celebre sin demoras, en los locales concebidos o adaptados, al efecto, por profesionales con formación adecuada; siempre por las mismas personas, en el menor número posible; acompañado por representante legal o adulto elegido por él y a que sean grabados por medios audiovisuales.
- Derecho a que la audiencia se celebre a puerta cerrada.
- Derecho a que el menor víctima pueda ser oído sin estar presente en la sala de audiencia, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- Derecho a la protección de su intimidad, identidad e imagen y a impedir la difusión pública de cualquier información que pudiera dar lugar a su identificación.
- Derecho a la indemnización.
- Derecho a no ser juzgado o condenado por actos relativos a la prostitución o la participación en la pornografía cuando estos se han cometido por la víctima por el hecho de ser, a su vez, víctima de explotación sexual o por habersele obligado a participar en la pornografía infantil.
- Derecho a evitar su victimización secundaria.

d) *La protección de la víctima del terrorismo*

Si bien el terrorismo viene preocupando desde antiguo al mundo,¹⁵⁰² en el ámbito de la UE, se divisan las primeras medidas, al efecto, en la mitad de la década de los noventa del siglo pasado.¹⁵⁰³ Más tardíamente, la Recomendación del Parlamento Europeo sobre el papel de la Unión en la lucha contra el terrorismo, de 5 de septiembre de 2001, entendiendo el terrorismo «como todo acto cometido por personas o grupos de personas que utilizan la violencia o la amenaza de utilizar la violencia contra un país, sus instituciones, su población en general o contra personas concretas, y que, por aspiraciones separatistas, concepciones ideológicas extremistas o fanatismo religioso, o inspirados por el afán de lucro, tratan de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de sociedad, o bien a la población en general»,¹⁵⁰⁴ explica la razón de la especial consideración de sus víctimas: «causan indecibles sufrimientos a las víctimas y a su entorno y les producen heridas, mutilaciones y tortura psicológica, provocan su muerte y destruyen las bases materiales de su existencia».¹⁵⁰⁵ Sin embargo, de las cuatro recomendaciones concretas que el Parlamento presenta, en este instrumento, al Consejo, únicamente la última se centra en la víctima, pidiéndole a este que adopte los instrumentos jurídicos pertinentes al objeto de aproximar las legislaciones en materia de indemnización a las víctimas de delitos terroristas.

1502. Muestra de ello son las medidas adoptadas en el ámbito del Consejo de Europa (desde el Convenio europeo para la represión del terrorismo, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977) y de la ONU. Analiza los instrumentos, al efecto, en el ámbito de la última, DÍAZ BARRADO, CASTOR MIGUEL, «El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo», *Lucha contra el terrorismo y Derecho Internacional*, Cuadernos de Estrategia, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, pp. 53-80.

1503. De ese momento es la «Declaración de Gomera», sobre el terrorismo, de 14 de octubre de 1995, de los Ministros de Interior y Justicia. En esa época se sitúan, asimismo, la Resolución del Consejo, 30 de enero de 1997, sobre la lucha contra el terrorismo en la UE y su Recomendación, de 9 de diciembre de 1999, relativa a la cooperación en la lucha contra la financiación de grupos terroristas.

1504. Literal, considerando M.

1505. Literal, considerando J.

Cumpliendo la recomendación primera que le hacía el Parlamento europeo en el instrumento que acabamos de analizar, el Consejo presentó, el 13 de junio de 2002, la Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo. Recordando que la UE se basa en los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y que tiene como fundamento el principio de democracia y del Estado de derecho (Considerando segundo), reconoce la condición de vulnerables a las víctimas de delitos de terrorismo, imponiendo «la adopción de medidas específicas en lo que les concierne».¹⁵⁰⁶ Sin perjuicio de ello, dedica un único precepto de su articulado (el 10) a la protección y asistencia de sus víctimas. En el mismo, exige a los Estados que garanticen que las investigaciones o el enjuiciamiento de los delitos que ordena no dependan de la formulación de denuncia o acusación por una persona que haya sido víctima de tales delitos, al menos, si los hechos se cometieron en el territorio de un Estado miembro (art. 10.1). Por lo demás, reconoce a las víctimas del terrorismo todos los derechos previstos en la DM 2001/220/JAI. Luego, esta Decisión marco pocos derechos otorga expresamente a las víctimas del terrorismo, sin perjuicio de su reconocimiento como vulnerables. Es más, seis años más tarde de su promulgación, fue modificada, a solicitud de la Comisión, por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, incidiendo más en los aspectos preventivos del terrorismo sin prestar mayor atención a las víctimas.

3. La indemnización a la víctima

Si bien la compensación económica de la víctima fue, desde un principio, en el ámbito de la UE, entendida como un derecho de aquella, y la necesidad de regularla mediante una Directiva solicitada des-

1506. Explica su contenido sucintamente, MORAL DE LA ROSA, JUAN, «La Decisión marco sobre la lucha contra el terrorismo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º (extra) 2015/2006.

de la *Resolution on compensation for victims of acts of violence* de 1981 estudiada, esta regulación no llegó hasta el año 2004, cuando el Consejo otorgó la Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a las víctimas de delitos.

Entendiendo que «las víctimas de delitos en la Unión Europea deberían tener derecho a una indemnización justa y adecuada por los perjuicios sufridos, con independencia del lugar de la Comunidad Europea en que se haya cometido el delito»,¹⁵⁰⁷ la Directiva 2004/80/CE establece un sistema de cooperación entre Estados para facilitar el acceso a la indemnización a las víctimas de delitos en situaciones transfronterizas, basado en los regímenes de los Estados miembros para indemnizar a las víctimas de delitos dolosos violentos cometidos en sus respectivos territorios (art. 12.1). Es importante destacar que recoge una ordenación de mínimos, permitiendo a los Estados mejorar su régimen jurídico (art. 17).¹⁵⁰⁸

4. La protección del presunto delincuente en el proceso penal

El interés por la víctima, en el ámbito de la UE, no ha conllevado en ningún momento la despreocupación hacia el delincuente. Muestra de ello, recientemente, la Resolución del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados, al amparo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, establece unos elementos a tener en cuenta para aumentar las garantías de aquéllos en el proceso penal y en las actuaciones previas al mismo:

1507. Literal considerando sexto Directiva 2004/80/CE. Analiza exhaustivamente la misma, SALINERO ALONSO, CARMEN, «La indemnización de víctimas de delitos. Comentario a la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 7/2005.

1508. Para un estudio más detallado del sistema que configura la Directiva que nos ocupa y su valoración, ORDEÑANA GUEZURAGA, IXUSKO, *El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional Penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, pp. 325-331.

traducción e interpretación;¹⁵⁰⁹ información sobre derechos y cargos;¹⁵¹⁰ asesoramiento jurídico y justicia gratuita;¹⁵¹¹ derecho a comunicar a un familiar, al empleador o las autoridades consulares la privación de libertad;¹⁵¹² salvaguardias especiales para acusados o sospechosos vulnerables y la detención provisional.¹⁵¹³

Fruto de la Resolución del Consejo mentada, encaminada a reforzar los derechos del delincuente, el Parlamento Europeo y el Consejo han otorgado la Directiva 2010/64/UE, el 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales;¹⁵¹⁴ la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales¹⁵¹⁵ y la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado

1509. Postula el Consejo que sospechosos y acusados han de poder entender lo que está ocurriendo, al tiempo que deben hacerse entender.

1510. Mantiene, en este sentido, el Consejo que los sospechosos y acusados deben recibir información verbal o, cuando proceda, por escrito, sobre sus derechos fundamentales. Enfatiza, asimismo, la importancia de recibir la información necesaria, en tiempo adecuado, para preparar la defensa.

1511. Entiende el organismo europeo el derecho al asesoramiento jurídico del sospechoso o acusado por abogado, en la fase adecuada más temprana del proceso, fundamental para proteger la equidad de aquel. El derecho a la asistencia jurídica gratuita garantiza la eficacia de este derecho.

1512. El Consejo otorga a todo sospechoso o acusado objeto de una medida de privación de libertad el derecho a que sea informado, sin demora, de que tiene derecho a avisar, al menos, a una persona de su privación de libertad, sin que ello perjudique el buen desarrollo del proceso penal. Si la privación de libertad tiene lugar en un Estado distinto del que sea nacional, el sospechoso o acusado debe poder avisar de su atención a la autoridad consular.

1513. Sobre esta última, el Consejo entiende que un periodo excesivamente prolongado de privación de libertad previa al juicio es perjudicial para la persona, sin perjuicio de que pueda, al tiempo, tener un efecto negativo para la cooperación judicial entre los Estados miembros y no representa los valores que defiende la UE.

1514. La estudia detalladamente ARANGÜENA FANEGO, CORAL, «El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24/2011.

1515. Ahonda en el mismo, MUERZA ESPARZA, JULIO J., «Derecho a la información en los procesos penales y la Unión Europea», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 846/2012.

en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.¹⁵¹⁶

VI. ÚLTIMA ETAPA EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA ACTUAL UE: «EL RÉGIMEN ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN LA UE»

1. Identificación y contextualización del periodo en la protección de la víctima

Frente al rotundo fracaso de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo, de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en el contexto del Tratado de Lisboa de 2007, la UE, integrada ya de 27 miembros, va a cambiar de estrategia en su objetivo de proteger a la víctima. Va a ser eje de esta última fase la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI. Vienen a completar el marco de protección instaurado en aquella, la Directiva 2011/99/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección y el Reglamento (UE) núm. 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.¹⁵¹⁷

1516. Estudia, de forma crítica, su contenido, JIMENO BULNES, MAR, «La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013 sobre los derechos de asistencia letrada y comunicación en el proceso penal: ¿realidad al fin?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 48/2014.

1517. Ello, sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos, igualmente, examinados a proteger a la víctima. Así, con carácter general, la mencionada Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a las víctimas de delitos, y con destinatarios particulares, la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo; la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de

En las próximas líneas, vamos a analizar, en primer lugar, el cambio de estrategia en la materia, para después centrarnos en la mentada Directiva 2012/29/UE. Terminaremos con una sucinta referencia a la Directiva 2011/99/UE, que ordena la orden europea de protección, y al Reglamento 606/2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

2. El cambio de estrategia de la UE en la protección de la víctima

El nefasto grado de implementación de la Decisión marco 2001/220/JAI, por parte de los Estados miembros, hizo que el Consejo europeo, allá por mayo del 2010, en el «Programa de Estocolmo-Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano» (2010/C 115/01) reconociera la necesidad «de mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo a la protección de las víctimas». Lo hacía en el contexto abierto por el Tratado de Lisboa y en el convencimiento de que era preciso reforzar el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia,¹⁵¹⁸ en beneficio de todos los ciudadanos. Concretamente, presentaba una agenda para los años 2010-2014, en la que devenía eje el aseguramiento del respeto de los derechos y de las libertades fundamentales y la integridad de la persona al tiempo que se garantiza la seguridad en Europa. Con estas premisas, el Consejo requería, a la Comisión y a los Estados miembros, tres actuaciones concretas dentro de un planteamiento integrado y coordinado: (1) el examen de los modos de mejorar la legislación y las medidas de apoyo a la protección de las víctimas y la aplicación de los instrumentos existentes; (2) mejorar el apoyo a las víctimas por otros medios, especialmente mediante las redes europeas existentes que dan

abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación de los menores y la pornografía infantil.

1518. Analiza las bases y funcionamiento del mismo, IGLESIAS BUHIGES, JOSÉ LUIS, «Espacio de libertad, seguridad y de justicia», *Cuadernos de integración europea*, n.º 4/2006.

apoyo práctico a las víctimas, requiriéndoles que presenten propuestas al efecto y (3) que estudien la posibilidad de crear un único instrumento global sobre la protección de las víctimas, fundiendo la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos y la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, tras su evaluación pertinente.¹⁵¹⁹

En el contexto e implementación del Programa de Estocolmo mentado, un año más tarde (mayo de 2011), la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE» y un paquete de instrumentos legislativos compuesto por dos propuestas: la de una Directiva que estableciera normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y la de un Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Ambas son realidad a día de hoy.¹⁵²⁰

1519. En este sentido, el propio Consejo, en su Resolución de 10 de junio de 2011, sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales, mantiene que, pasados 10 años de la aprobación de la DM 2001/220/JAI, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, los avances logrados en el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia y las cuestiones pendientes de aplicación respecto a los derechos de las víctimas requieren que la UE revise y refuerce el contenido de aquella. Entiende, asimismo, que es preceptivo mejorar la Directiva 2004/80/CE del Consejo sobre indemnización de delitos con el fin de optimizar su funcionamiento y complementar los instrumentos destinados a la protección de las víctimas.

1520. Realizamos un examen exhaustivo de esta Comunicación y las propuestas que le acompañan, ORDEÑANA GUEZURAGA, IXUSKO, *El Estatuto Jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional Penal español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2014, pp. 342-349.

3. El eje de la protección de la víctima en la actualidad: la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo

a) Características básicas de la Directiva 2012/29/UE

Esta Directiva, que va a marcar y condicionar la protección de la víctima, en la UE, y en los Estados miembros, los próximos años, se debe entender en el anhelo de aquella de mantener e impulsar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Concibiendo el delito como injusto contra la sociedad y violación de los derechos individuales de la persona, exige el reconocimiento de las víctimas y del derecho a que sean tratadas de forma respetuosa, sensible y profesional, sin ningún tipo de discriminación por razón alguna, en cuanto la mejor forma de evitar su victimización secundaria. Al efecto, establece normas mínimas para todos los Estados miembros (art. 32), por tanto, actuando como «suelo» de garantías para la víctima, al tiempo que reconoce a los socios europeos la posibilidad de ampliar los derechos que reconoce, proporcionando una protección más elevada.

Es especialmente reseñable que este instrumento, igual que la DM 2001/220 JAI, tampoco establece la forma o estatus concreto en el que la víctima puede participar en el proceso penal, otorgando, al respecto, partiendo de la diversidad existente en la materia en los Estados miembros, libertad absoluta a estos.

La Directiva concibe, correctamente a nuestro juicio, los derechos de la víctima sin perjuicio de los del infractor, sospechoso, inculpado o condenado.

Respecto a su forma, además de señalar que estamos ante una Directiva —instrumento, igual que la Decisión marco, no directamente aplicable, pero cuya eficacia está sobradamente probada en la UE—, conviene apuntar la falta de sistemática, derivada de la falta de correspondencia entre sus Considerandos (hasta 72) y su articulado (32 pre-

ceptos). Ciertamente, los Considerandos van, en su contenido, mucho más allá de lo ordenado en los artículos, con la inseguridad jurídica derivada.

Mirando a su contenido general, censuramos la forma de organizar y presentar los derechos de las víctimas que utiliza. Los articula en tres bloques (información y apoyo, participación en el proceso penal y protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial), cuando todos ellos tienen (únicamente) pleno sentido y vigencia, en el marco del proceso penal, que cumple la función de puente entre todos ellos. En este sentido, en cuanto jurisdiccionalistas, la estructuración de los derechos de la víctima de la DM 2001/220 JAI, basada en el proceso penal, nos convence más.

¿A quién se arrogan estos derechos? En otros términos, ¿a quién se concibe como víctima en este instrumento? Siguiendo a su predecesora (DM 2001/220/JAI), se considera víctima a la persona física que ha sufrido un daño o perjuicio directamente causado por una infracción penal. Ampliando su concepto, no obstante, la nueva ordenación entiende víctimas, también, a los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito, habiendo sufrido, como consecuencia, un daño o perjuicio.¹⁵²¹

Sin utilizar el término de «víctimas especialmente vulnerables» —como hacía la DM 2001/220/JAI—,¹⁵²² el nuevo instrumento jurídico entiende que pueden tener necesidades especiales de protección las víctimas del terrorismo, de la delincuencia organizada, de la trata de personas, de la violencia de género, de la violencia en las relaciones personales, de la violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio, las víctimas con discapacidad y los menores de edad.

1521. Concretamente, la nueva regulación integra en el concepto de familiares al cónyuge, la persona que convive con la víctima y mantiene con esta una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua, a los familiares en línea directa, hermanos y hermanas y las personas a su cargo. Ello sin perjuicio de que reconozca a los Estados la posibilidad de limitar, conforme a las circunstancias concretas de cada caso, el número de familiares que pueden acogerse a los derechos reconocidos en la Directiva y de establecer, en especial, prioridad entre ellos para ejercer los derechos que se les otorgan en caso de muerte de la víctima.

1522. En su art. 2.2.

b) Derechos reconocidos a la víctima en la Directiva 2012/29/UE

Con la sistemática criticada, la Directiva del 2012 reconoce a la víctima los siguientes derechos:

- Derecho a entender y ser entendido (art. 3).
- Derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente (art. 4).
- Derecho a denunciar en una lengua que entienda o a recibir asistencia lingüística necesaria, al efecto, y a recibir una declaración, por escrito, que sirve de reconocimiento de la denuncia formal que presenta ante la autoridad competente (art. 5).
- Derecho a recibir información de su causa o a renunciar a ella (art. 6).
- Derecho a la traducción e interpretación en el proceso penal (art. 7).
- Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas, de forma gratuita, confidencial y de acuerdo a sus necesidades (arts. 8 y 9).
- Derecho a ser oído en el proceso penal (art. 10).
- Derecho a solicitar la revisión de la decisión de no continuar con el procesamiento del presunto autor del delito conforme a la normativa del Estado miembro en el que se está desarrollando el proceso penal (art. 11).
- Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora (acceso, información, voluntariedad, confidencialidad) (art. 12).
- Derecho a justicia gratuita siempre que tenga el estatuto jurídico de parte y en las condiciones que determinen los ordenamientos jurídicos nacionales en el que se desarrolle el proceso penal (art. 13).
- Derecho al reembolso de los gastos ocasionados por el proceso penal (art. 14).
- Derecho a la restitución de bienes incautados en el curso del proceso penal, salvo en caso de necesidad impuesta por aquel (art. 15).

- Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización, por parte del infractor, en el curso del proceso penal (art. 16).
- Derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro a que se les tome declaración inmediatamente después de que presenten denuncia ante la autoridad competente; a que se les reconozca la posibilidad de presentar la denuncia ante las autoridades competentes del Estado miembro de residencia si no pudieran hacerlo en el Estado miembro en el que se haya cometido el delito, o si así lo desean, cuando el hecho se tipifique como grave en este último, y a utilizar la videoconferencia o la conferencia telefónica cuando se les tenga que oír en el proceso penal (art. 17).
- Derecho a la protección frente a la victimización secundaria y de su integridad física y psíquica una vez producido el hecho criminoso (art. 18).
- Derecho a evitar el contacto con el infractor (art. 19).
- Derecho a la protección durante las investigaciones penales, tomándoles declaración, sin dilaciones indebidas, una vez presentada la denuncia; a un número de declaraciones lo menor posible, acompañado, de representante legal o de una persona de su elección y a que los reconocimientos médicos se reduzcan al mínimo (art. 20)
- Derecho a la protección de la intimidad y la de sus familiares durante el proceso penal (art. 21).
- Derecho a la protección de víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal (arts. 22 y 23).
- Derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal, mediante la grabación de sus declaraciones; la designación de un representante legal y a asistencia legal (art. 24).

c) Valoración crítica

Esperando que la implementación de la nueva Directiva corra suerte contraria a la Decisión marco 2001/220/JAI, en general, asimilando el

cambio de estrategia en la materia de la UE, la valoramos positivamente, entendiéndola, en general, como un avance en la protección de la víctima en la UE. Ello sin perjuicio de que censuremos su sistemática u organización interna, que no se basa en el proceso penal, en cuanto eje de la respuesta social al hecho delictivo, y la falta de coherencia entre sus considerandos y los preceptos que los desarrollan. Consideramos que los primeros protegen más y mejor a la víctima que los postreros. Aunque tendamos a utilizar aquellos para interpretar estos, ello produce inseguridad jurídica y dificulta la adecuada trasposición de la Directiva, hecho que nos preocupa, especialmente si nos fijamos en la experiencia vivida con la DM 2001/220/JAI.

Censuramos, del mismo modo, en cuanto contrario a su objetivo de establecer «el suelo» de garantías de cualquier víctima, el hecho de que se deje en manos de los ordenamientos internos de cada uno de los Estados miembros la configuración del estatuto jurídico concreto de aquella en el proceso penal. A nuestro juicio, corresponde a la Directiva, establecer unos mínimos al respecto. Es más, nos atrevemos a añadir, que, para evitar realmente la victimización secundaria de la víctima, hay que ofrecer a esta la posibilidad de configurarse como acusador en el proceso penal correspondiente.¹⁵²³

Entendemos, asimismo, un elemento a mejorar *lege ferenda*, el reconocimiento y tratamiento de las víctimas especialmente vulnerables. Y en lo que respecta al compendio de derechos que se reconoce a la víctima, y tomando como punto de referencia la Decisión marco 2001/220/JAI, se puede aplaudir el reconocimiento de nuevo cuño de algunos de ellos –por ejemplo, derecho a la traducción e interpretación (art. 7) y derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar con el procesamiento (art. 11)– y la mejor regulación de otros –por ejemplo, derecho a entender a ser entendido, derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas y derechos a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora–. Echamos, sin embargo, en este compendio de derechos en falta uno primero que

1523. Luego concebimos la participación activa de la víctima como una facultad de esta, tal y como ocurre en España.

reconozca expresamente a las víctimas y solicite el máximo respeto para las mismas.¹⁵²⁴

4. Otros instrumentos de protección de la víctima: la Directiva 2011/99/UE, que ordena la orden europea de protección, y al Reglamento 606/2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil

Aunque, como apuntábamos, la Directiva que acabamos de estudiar está llamada a ser el elemento eje de la protección de la víctima, los próximos años, en la UE, conviene hacer referencia, siquiera sucinta, a dos instrumentos comunitarios que vienen a complementarla, contribuyendo ambas a mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia: la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden de protección europea y el Reglamento (UE) núm. 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

La Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden de protección europea,¹⁵²⁵ como describe su art. 1, establece normas que configuran un sistema de cooperación entre los Estados miembros mediante el que una autoridad de un Estado, en el que se ha adoptado una medida de protección dirigida a proteger a una persona, contra actos delictivos de otra, que pueden poner en peligro su vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual, dicta una orden europea de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado para

1524. Es cierto que la Directiva 2012/29/UE apunta expresamente como objetivo «que se reconozca a las víctimas su condición como tales y (...) que sean tratadas de manera respetuosa y sensible, individualizada, profesional y no discriminatoria» (art. 1), pero si esta idea no se eleva a categoría de derecho, queda en una mera declaración programática.

1525. Explica su origen ZELAIÁ GARAGARZA, MAITE, «El complejo alumbramiento de la orden europea de protección de víctimas», AA. VV. (Dr. ORDENÁNA GEZURAGA, IXUSKO), *Víctimas en distintos ámbitos del Derecho*, Universidad del País Vasco, Leioa, 2011, pp. 283 y ss.

mantener la protección de la persona en su territorio, en referencia a una infracción penal o presunta tipificada en el Derecho nacional del Estado de emisión.¹⁵²⁶

Por su parte, el Reglamento (UE) núm. 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, que viene a complementar la Directiva 2012/29/UE,¹⁵²⁷ ordena la forma en la que una medida de protección dictada en un Estado miembro sea reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno, reconociéndosele fuerza ejecutiva sin que se requiera declaración de ejecutoriedad alguna (art. 1).¹⁵²⁸

VII. ÚLTIMA VALORACIÓN: DEMOSTRACIÓN DE QUE, AUNQUE CON OBSTÁCULOS, LA APUESTA POR LA VÍCTIMA ES FIRME EN LA UE

Expuesta la evolución en la protección de la víctima conocida en la UE, una vez descritas las cinco fases o etapas que hemos distinguido, a pesar del título tan polémico con el que hemos encabezado este análisis («¿Un pasito para adelante y otro para atrás? o sobre la agridulce evolución en la protección de la víctima en la Unión Europea»), tenemos que aplaudir la trayectoria recorrida en la materia. Ello no quita, no obstante, la necesidad de presentar matizaciones.

1526. Ahondan en las características de la Directiva y del sistema de cooperación que establece, entre otros, MOLINA MANSILLA, MARÍA DEL CARMEN, «La protección de la víctima en el espacio europeo: la orden europea de protección», *La ley penal: revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 92/102 y LADRÓN DE GUEVARA, JUAN BURGOS, «La orden europea de protección: analógicas y diferencias con la orden de protección del proceso penal español», *Diario La Ley*, n.º 8022/2013.

1527. Lo apunta expresamente su considerando octavo.

1528. Analiza los elementos principales del Reglamento mentado y el sistema de protección que configura, GARRIGA SUAU, GEORGINA, «El Reglamento (UE) n.º 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil», *Revista española de derecho internacional*, n.º 2/2013.

Es cierto que fue tardía la preocupación por la víctima, y que, en un primer momento, se identificó únicamente con una indemnización económica, pero no es menos cierto que no se podía esperar otra cosa en una Unión que, en aquel entonces, de forma muy rudimentaria, no constituía más que un vínculo meramente económico entre países. Era la época de la CECA, la CEE y el EURATOM. No obstante, ¡cuánto se hizo esperar la anhelada Directiva que viniera a ordenar la cuestión de la indemnización de la víctima! Solicitada en la década de los ochenta —lo hizo, por primera vez, la *Resolution on compensation for victims of acts of violence*, de 13 de marzo de 1981— no vio la luz hasta bien entrado el segundo milenio. Luego, en este caso, más que un paso para adelante o para atrás, la UE conoció un parón.

En el mérito reconocido a la UE en la protección a la víctima, tampoco cabe obviar que, desde un principio, ha actuado al albur de lo que hacían otras reconocidas organizaciones mundiales o regionales, como la ONU y el Consejo de Europa. Lejos de caer en la tentación de achacar un retraso o desinterés por la protección de la víctima en la UE, tenemos que volver a recalcar su misión u objetivo meramente económico y aplaudir que, en aplicación de la Declaración sobre los principios fundamentales para las víctimas de delitos y del abuso de poder de la Asamblea General de la ONU (1985) y de sendas Recomendaciones del Consejo de Europa (la relativa a la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal, de 1985, y la concerniente a la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, de 1987), pusiera de forma firme y convencida en su agenda la protección de la víctima. A mayor abundancia, como remarcábamos en la que identificábamos como segunda etapa en la protección de la víctima en la UE, esta misma y los ciudadanos europeos debemos a las influencias mentadas el hecho de que la víctima no se asocie únicamente con una compensación económica, otorgándole una asistencia más amplia y pluridimensional.

Especialmente cabe destacar la importancia otorgada por la agrupación de países, desde un principio, al derecho a la información de la víctima, especialmente en el ámbito policial y judicial, como atestigua la Resolución del Parlamento Europeo sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos de 1989. Del mismo modo, no se puede más que

aplaudir la firme convicción mostrada por las instituciones de la UE de que el reconocimiento de la víctima y el otorgamiento de sus derechos no está reñido con el mismo reconocimiento de garantías y derechos a los sospechosos y delincuentes. Esta idea, que a día de hoy es una realidad incuestionable, fue reconocida expresamente por el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social titulada «Víctimas de delitos en la Unión Europea-Normas y medidas» en el año 2000.

Poco más tarde, en el año 2001, llegó el momento, a nuestro juicio, culmen, en el reconocimiento de la víctima en la UE, de la mano de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo, cuando se presentó un estatuto de la víctima articulada en torno al proceso penal. Por primera vez, se concebían y trataban las necesidades de la víctima, de forma integrada en el proceso penal, antes de él y tras su finalización, aunque no se le reconociera un estatuto concreto en el mismo. La alegría se tornaba frustración frente al batacazo más importante que ha sufrido la protección de la víctima en la UE, ante el reconocimiento por parte de las propias instituciones europeas (en especial, la Comisión) del resultado «insatisfactorio» en la aplicación de la Decisión marco del 2001. Este momento refleja, en nuestra opinión, el gran paso para atrás en el amparo de la víctima en la UE. La falta de voluntad de los Estados miembros para la aplicación de aquella Decisión marco, unida a la falta de instrumentos coactivos, al efecto, por parte de la UE, causaron el desastre. Por ello, echando la vista atrás, y mirando fijamente a esta Decisión marco, predomina el sabor agrídulce al que nos referimos en el título de esta investigación.

Sin caer en el pesimismo, aplaudiendo los logros obtenidos en el ámbito de la UE en la que hemos denominado cuarta fase en la protección de la víctima (el reconocimiento y protección de las víctimas especialmente vulnerables; la ordenación en una Directiva, el año 2004, de la indemnización a la víctima y la demostración de que la protección de esta no es incompatible con el reconocimiento de derechos y garantías a los detenidos y acusados) tiene que ser motivo de alegría la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre

de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI. Sin perjuicio de las críticas que hemos vertido frente a este instrumento (falta de sistemática, omisión del papel esencial del proceso penal en la protección de la víctima, ausencia de definición del estatuto de la víctima en el proceso penal...) no tenemos duda de que está llamado a garantizar, en todos los Estados miembros, una protección mínima a la víctima, en cuanto elemento esencial para implementar un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. Y aunque el cambio de estrategia en la materia, es decir, la modificación de la apuesta por un estatuto de la víctima —que propuso la Decisión marco del 2001— por el establecimiento de «unas normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos», en un principio, se entendiera como paso para atrás, no cabe más que entenderla como un nuevo intento por reforzar la figura de la víctima en la UE.

**IN MEMORIA DI CÉSAR BARRIENTOS.
RIFLESSIONI ATTUALI SU UN PASSO DI CÉSARE BECCARIA
A PROPOSITO DEI DELITTI DI PROVA DIFFICILE**

PROF. DR. RENZO ORLANDI
*Professore ordinario
Università di Bologna*

I. PREMESSA.- II. L'ATTUALITÀ DI UN DIALOGO A DISTANZA CON L'OPERA DI CESARE BECCARIA.- III. DELITTI DI PROVA DIFFICILE PERCHÉ ATROCI.- IV. DELITTI DI PROVA DIFFICILE PERCHÉ «OSCURI».- V. CONCLUSIONE

I. Premessa

Ho conosciuto César Barrientos in occasione del *Congreso internacional de derecho procesal penal* svoltosi nel maggio 2013 fra Ciudad Guatemala e Quetzaltenango. Mi hanno subito colpito la sua mitezza, la naturale cortesia, l'intelligenza e dalla naturale cortesia e una capacità di ascolto ormai rara. I suoi interventi nella grande sala dell'Hotel Grand Tikal Futura di Ciudad e, qualche giorno dopo, nel teatro di Xela, hanno rivelato una preparazione tecnica fortemente temperata da una visione umanitaria del diritto e della procedura penale. Un'eccellente sintesi

fra conoscenza giuridica e passione civile, ben coltivate entrambe sul fronte della vita giudiziaria e dell'accademia.

César ha saputo ben dosare l'impegno in favore delle vittime della guerra civile guatemalteca con la risoluta difesa della *fairness* processuale. Era ferma in lui la convinzione che la crudeltà del sistema penale e la sommarietà dei processi finisce col delegittimare l'autorità pubblica, contribuendo a rendere chi delinque meno sensibile alla severità della pena e più incline, a sua volta, alla crudeltà.

E' un pensiero che ritroviamo chiaramente formulato già in Cesare Beccaria: *A misura che i supplicii diventano più crudeli, gli animi umani che come i fluidi si mettono sempre a livello cogli oggetti che li circondano, s'incalliscono e la forza sempre viva delle passioni fa che dopo cent'anni di crudeli supplicii la ruota spaventi tanto quanto prima la prigionia.*¹⁵²⁹

César Barrientos insisteva, in modo quasi ossessivo, sulla necessità di assicurare l'indipendenza del giudice come condizione essenziale per assicurare l'imparzialità dei giudizi. Nel 2013 erano trascorsi quasi vent'anni dalla fine della guerra civile che ha squassato per più di tre decenni il Guatemala. Quel periodo travagliato aveva lasciato aperte ferite dolorose e difficili da rimarginare. Molte vittime attendevano giustizia da una magistratura ancora subalterna e, in talune sue espressioni, ancora dipendente dagli umori della politica.

Sono devastanti gli effetti che le esperienze totalitarie possono indurre sulla fiducia dei cittadini nella giustizia penale. Anche una volta approdati a un sistema democratico, aperto all'inviolabilità della persona, i diritti individuali, le garanzie processuali sono valori da difendere quotidianamente, non conquiste da considerare ingenuamente acquisite una colta per tutte. Basta poco per riprecipitare nella barbarie.

Vengono alla mente le parole di Piero Calamandrei nella lunga e bella prefazione al libriccino di Cesare Beccaria ripubblicato nel 1945. «Dopo quasi due secoli — Calamandrei scrive nel 1944 — queste pagine, che fino a trent'anni fa si potevano leggere colla distaccata curio-

¹⁵²⁹. *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764-1766, cap. 27,^o - *Della dolcezza delle pene*.

sità con cui si senton narrare remote costumanze di evi barbari, hanno ritrovato per noi tale un accento di vivente umanità, che ce le fa sentire come dettate dall'angoscia di un contemporaneo».¹⁵³⁰

L'Italia usciva in quel periodo da vent'anni di dittatura fascista e le parole di Beccaria erano tornate a risuonare come portatrici di libertà perdute.

Con le dovute distinzioni, il discorso vale anche per il Guatemala, uscito nel 1996 da un lungo periodo di violente contrapposizioni sociali e di esperienze liberticide, per avviarsi faticosamente verso forme di convivenza edificate sul rispetto dei diritti individuali. César Barrientos è stato uno degli uomini disposti ad adoperarsi con mente aperta e generosità per questo scopo. Un uomo schietto, un magistrato equilibrato, un sincero garantista che ha saputo battersi contro gli arbitri del potere.

Credo che un modo giusto ed efficace di rendere omaggio alla sua memoria, sia ritornare alla lettura di quel piccolo-grande libro, *Dei delitti e delle pene*, pubblicato esattamente 250 anni fa e che ha posto le basi dell'idea moderna di quel garantismo nel quale anche César Barrientos ha creduto.

II. L'attualità di un dialogo a distanza con l'opera di Cesare Beccaria

Dialogare con Beccaria è esercizio utile e doveroso per un giurista consapevole dei rischi liberticidi che, in ogni tempo, gli abusi della giurisdizione e, più in generale, le pratiche delle pubbliche autorità portano con sé.

Il dialogo con l'autore dei *Delitti* costringe a uscire dalle strettoie del tecnicismo e dell'iperspecializzazione, notoriamente insensibili alle variabili umane dell'esperienza giuridica. Il pensiero dogmatico rende eccellenti servigi al dibattito scientifico, ma diventa sterile

¹⁵³⁰. P. CALAMANDREI, *Prefazione a Dei delitti e delle pene*, Florencia, Le Monnier, 1945, 119.

accademismo, quando perde di vista lo sfondo politico-sociale sul quale si stagliano le questioni giuridiche e, in particolare, quelle penalistiche.

Come avverte Luigi Ferrajoli, l'opera di Beccaria evoca le grandi personalità del pensiero politico quali Locke, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, più che i criminalisti dei secoli passati o i tecno-giuristi del XX secolo.¹⁵³¹ Dialogare con Beccaria significa insomma confrontarsi sui temi della penalità, guardando dall'alto il paesaggio sociale. Invita a misurarsi con un pensiero del quale è facile e persino gradevole cogliere le cadenze e gli sviluppi. Avendo ripudiato — sulle orme di Franci Bacon — il principio di autorità, Beccaria si affida a principi di ragione, muove da postulati resi evidenti dall'esperienza sensibile e offre pertanto argomenti facilmente accessibili anche al pubblico dei non giuristi.

Ma la brillantezza dello stile non deve illudere. Non è facile rileggere gli autori dei secoli passati senza farsi condizionare dal filtro delle odierne categorie concettuali. Non lo è specialmente per il giurista positivo, privo di quelle abilità che formano l'abito mentale dello storico. Questo non è però motivo sufficiente per desistere dal tentativo. Molte delle riflessioni di Cesare Beccaria si prestano a fecondi raffronti con il tempo presente, con l'evoluzione, le tendenze dei sistemi penali contemporanei e con le relative teorizzazioni dottrinali. Vale la pena accettare la sfida, se non altro per l'intimo piacere che può venire dall'accresciuta consapevolezza associata a ogni comparazione.

La scelta cade qui sul cap. 31° dedicato ai delitti di prova difficile, dove questioni, che oggi definiremmo di diritto processuale, si intrecciano con problemi di diritto sostanziale e con riflessioni socio-criminologiche. I delitti di prova difficile costituiscono — secondo Beccaria — un insieme nel quale si trovano sia delitti «atroci», sia delitti per così dire «oscuri», tutti uniti, per l'appunto, dalla frapposizione di ostacoli che ne rendono arduo l'accertamento.

1531. L. FERRAJOLI, *Two hundred and fifty years since the publication of On Crimes and Punishments: The currency of Cesare Beccaria's thought*, in *Punishment & Society*, 2014, 508.

III. Delitti di prova difficile perché atroci

I delitti atroci sono difficili da provare in ragione della loro rarità e, dunque, improbabilità. A questo riguardo Beccaria denuncia una sorta di paradosso in quel passaggio dove afferma: *strano parrà a chi non riflette che la ragione non è quasi mai stata la legislatrice delle nazioni, che i delitti o più atroci o più oscuri e chimerici, cioè quelli de' quali l'improbabilità è maggiore, sieno provati dalla conghietture e dalle prove più deboli ed equivoche; quasichè le leggi e il giudice abbiano interesse non di cercare la verità, ma di provare il delitto; quasichè di condannare un innocente non vi sia un tanto maggior pericolo quanto la probabilità dell'innocenza supera la probabilità del reato.*

È assurdo — questo il succo della posizione beccariana — che per accertare delitti gravissimi si esiga un *minus* di prova, quando, logica imporrebbe accertamenti più rigorosi, perché l'ingiustizia di una condanna cresce col rischio di subire una pena grave.

Non è un argomento nuovo, va detto. Lo ritroviamo, più di un secolo prima (1631) già nella *Cautio criminalis* di Friedrich von Spee il quale, citando a sua volta un criminalista del Cinquecento (Ippolito da Rimini) affermava che «*Quanto più atroce è il delitto, tanto più gravi e probanti devono essere gli indizi, dal momento che esiste un rischio maggiore*» (*Quaestio* xxxvii). Anche prima di Beccaria, evidentemente, qualche giurista, sia pur dietro l'anonimato, osava criticare le pratiche criminali in uso, affidandosi a principi di ragione.

Nuove e originali sono tuttavia le riflessioni che Beccaria ne trae sul piano di quelle che oggi definiremmo scelte di politica criminale.

Fa da sfondo a queste prese di posizione il noto brocardo *in delictis atrocissimis, leviores conjecturae sufficiunt*, verso il quale Beccaria (come già von Spee) rivolge la sua critica affilata. Una critica tuttora attuale, considerata la tendenza — riscontrabile anche nelle moderne legislazioni processuali — ad attenuare il quadro delle garanzie nel procedimento di formazione della prova, quando l'accertamento riguarda delitti gravi e allarmanti. A titolo di esempio si può citare l'art. 190-bis del nostro c.p.p., soprattutto nella versione precedente la riforma che, nel 2001, ha attuato i principi del giusto processo enunciati nel revisio-

nato art. 111 cost. E appartiene allo stesso ambito problematico l'inclinazione legislativa a confezionare apposite fattispecie incriminatrici per sanzionare atti preparatori di gravi delitti, come accade in caso di terrorismo. Una tendenza chiaramente dettata dalla opportunità di agevolare il compito dell'autorità giudiziaria, rendendo meno «difficile» la prova del delitto.

Beccaria non evoca — nemmeno per via implicita — la seconda parte del brocardo, ancor più pericolosa della precedente, che pur ispirava le pratiche criminali della sua epoca e secondo la quale *propter criminis enormitatem iura transgredi licet*. Un'eco di tale principio parrebbe oggi sopravvivere nelle norme processuali che giustificano la commissione di reati per finalità investigative o di sicurezza (si pensi agli agenti provocatori o agli appartenenti ai servizi di *intelligence*) o, più semplicemente, alle norme che ammettono l'uso di tecniche d'indagine eccezionalmente limitative di diritti individuali, quando si tratta di contrastare temibili fenomeni criminosi (si pensi a talune eccezionali limitazione di garanzie difensive nei procedimenti per fatti di terrorismo o di criminalità organizzata presenti anche nella legge processuale italiana).

Va però segnalata un'importante differenza fra questi «eccessi» della nostra attuale procedura e le licenze ammesse grazie al brocardo *in atrocissimis*. Quasi tutti gli odierni ordinamenti demo-costituzionali (incluso quello italiano pongono un argine invalicabile alla liceità dell'*iura transgredi*, quando riconoscono i diritti inviolabili della persona. Sono sì ammessi «doppi binari» e modalità di accertamento particolarmente invasive per rendere effettivo il contrasto a gravi manifestazioni di delinquenza. Non è però concesso oltrepassare la soglia del costituzionalmente lecito: soglia che non può essere arbitrariamente fissata dal legislatore.

Più precisamente — stando quanto meno alle dichiarazioni di principio espresse nelle costituzioni moderne, così come in patti, carte e convenzioni internazionali — non è consentito l'uso di mezzi o tecniche lesive della dignità umana, da intendere, quest'ultima, quale nucleo incompressibile presente in ciascun diritto di libertà. Libertà personale, libertà domiciliare, libertà e segretezza della comunicazione e della co-

rispondenza sono definite inviolabili nelle costituzioni moderne non perché siano insuscettibili di compressione,¹⁵³² ma perché la loro limitazione non può arrivare al punto di annullare del tutto il diritto garantito. E' compito delle Corti costituzionali e delle alte Corti internazionali individuare e precisare, valorizzando la casistica, il perimetro di quel nucleo incompressibile che dà un senso all'aggettivo «inviolabile». Ed è compito del legislatore, sulla scorta del criterio di proporzionalità, trovare il punto di equilibrio accettabile — nel contesto storico dato — fra massima tutela del diritto individuale e sua compressione per ragioni di sicurezza e di giustizia.

La dottrina dei diritti inviolabili si è tradotta per noi in una sorta di giuridicizzazione o positivizzazione dei diritti naturali che si suppongono esistenti oltre allo (e a prescindere dallo) Stato. Essa rappresenta una conquista recente ed è caratteristica comune alle democrazie occidentali, nate sulle ceneri delle esperienze dittatoriali che nel secolo scorso hanno funestato quasi tutti gli Stati dell'Europa continentale. Quelle stesse esperienze che — come sosteneva Piero Calamandrei nella già citata introduzione ai *Delitti* — hanno contribuito a rendere di grande attualità l'umanesimo beccariano. Non bastano i principi di ragione ad assicurare l'osservanza di diritti considerati naturali. Ci sentiamo più al sicuro — come individui — se quei principi sono espressi in norme e se c'è un giudice che ha il compito di farli rispettare.

Ed è forse la mancata elaborazione di un'esperienza autoritaria sul terreno della cultura giuridica che ha spinto e tuttora spinge taluni ordinamenti di *common law* (penso in particolare agli USA), ad attuare il principio *in atrocissimis iura transgredi licet*, con l'occasionale pretesto di un efficace contrasto al terrorismo di matrice islamica. Penso, in particolare, alle tecniche di *Waterboarding*, sperimentate nelle pratiche delle *Military Commissions* contro i *Public Enemies* o alle *Extraordinary Renditions*, spesso finalizzate all'esecuzione di torture «su commissione». Bisogna riconoscere che, talvolta, le ferite prodotte nel corpo sociale da esperienze sociali estreme (come le esperienze totalitarie

1532. Così non è, posto che ciascuno di tali diritti possono essere compressi o limitati alle condizioni previste dalla legge.

dell'Europa continentale, ma il discorso potrebbe forse valere anche per le dittature sudamericane) possono produrre vaccini capaci di riabilitare le libertà individuali e preservarle, almeno per un certo lasso di tempo, finché dura la memoria della barbarie vissuta.

Ogni epoca ha i propri *crimina excerpta* ed è perciò naturalmente esposta alla tentazione di usare mezzi illeciti o lesivi della dignità umana, pur di averla vinta sul «male».

Beccaria ci insegna che ogni irrigidimento autoritario del sistema penale, lungi dall'accrescere la sicurezza dei cittadini e dal far diminuire la quota dei reati, provoca un maggior distacco fra autorità e cittadini e rende gli autori di «delitti atroci» più forti e determinati nel perseguimento dei propri scopi. Basta leggere quanto scrive nel cap. XVII dedicato alla dolcezza delle pene: *L'atrocità stessa della pena fa che si ardisca tanto più per ischivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fà che si commettano più delitti, per fuggir la pena*. Non c'è dunque da sorprendersi se i regimi politici contrassegnati da pene atroci sono quelli che al contempo registrano una maggior quantità di delitti gravi.

La ragione pratico-politica invocata da Beccaria non è tuttavia sufficiente a evitare l'imbarbarimento del sistema penale, poiché lascerebbe aperta la strada a «trattamenti inumani e degradanti» tutte le volte che la *salus rei publicae* esigesse di pagare quel prezzo.

Ben più risolutivo, a questo riguardo, l'argomento che fa leva su una tutela incondizionata della dignità della persona, quale limite inviolabile al potere invasivo dell'autorità pubblica, come insegna la giurisprudenza delle nostre Corti costituzionali (il pensiero va soprattutto ai raffinati risultati cui è pervenuta la Corte costituzionale tedesca, sul terreno della *Menschenwürde*).

IV. Delitti di prova difficile perchè «oscuri»

Oltre ai delitti atroci, altri ve ne sono, meno gravi e tuttavia difficili da provare. Li si può definire delitti «oscuri», in ragione del velo che naturalmente copre le corrispondenti condotte.

Beccaria porta al riguardo tre esempi, tutti, in qualche maniera collegati ad asserite sregolatezze della vita sessuale: l'adulterio, l'omosessualità (detta «attica venere») e l'infanticidio.

Secondo l'autore dei *Delitti* sarebbe ragionevole, da un punto di vista diciamo di politica-criminale, equiparare la difficoltà di prova a una probabilità di innocenza: un tratto che accomuna delitti oscuri e delitti atroci.

La frequenza di codesti delitti oscuri dipende non tanto dal senso di impunità che deriverebbe dal loro limitato perseguimento, bensì *dall'abuso di un bisogno costante e universale*, vale a dire, da una forza naturale difficilmente controllabile e vincibile, che finisce con l'imporci sulle convenzioni e sui divieti sociali. Risulta illuminante, a questo riguardo, quanto Beccaria afferma a proposito dell'adulterio. *L'azione di un tal delitto è così istantanea e misteriosa, così coperta da quel velo medesimo che le leggi hanno posto (velo necessario, ma fragile, e che aumenta il pregio della cosa, invece di scemarlo), le occasioni così facili, le conseguenze così equivoche, che è più in mano del legislatore il prevenirlo che correggerlo.*

Più in generale si può dire che vi sono nell'uomo istinti naturali che, come nel caso della pulsione sessuale, sono alla base dello sviluppo e della convivenza sociale o hanno comunque un valore socialmente apprezzabile, come ad esempio, l'impulso a migliorare la propria condizione economica, l'aspirazione a coltivare relazioni sociali grazie alla libertà di associazione, lo *ius peregrinandi* reclamato da chi desidera affrancarsi da situazioni di estrema povertà. Solo l'abuso va evitato: e l'abuso è tale solo quando ne derivi un danno socialmente apprezzabile. Ad esempio, quando il desiderio di migliorare la propria situazione economica si traduce in aggressioni al patrimonio altrui; quando la libertà di associazione viene usata per organizzare reati; quando lo *ius peregrinandi* diventa occasione per speculare sulle miserie altrui.

Occorre molta cautela nel fissare convenzioni che facciano apparire dannose condotte in realtà socialmente innocue; condotte destinate a ripetersi frequentemente e, in ragione del loro carattere per così dire «naturale», destinate a restare altrettanto frequentemente impunte.

Minacciare pene per condotte frequenti, ma di difficile accertabilità, si traduce in un incentivo alla trasgressione e finisce col delegittimare il sistema penale, condannandolo all'inefficienza. Si impone un'indagine sull'origine dell'asserita devianza, sulle motivazioni che stanno alla base del comportamento criminoso, prima di stabilire se e in che misura convenga attivare la macchina penale.

Il ragionamento non ha certo perso di attualità.

La difficoltà di prova si riverbera anche oggi sulla scelta dei fatti da punire, pone — diremmo oggi — il problema di adeguare la formulazione delle fattispecie incriminatrici alle esigenze dell'accertamento. Va punito ciò che è realisticamente suscettibile di prova.

Eppure il legislatore (anche odierno) non sempre tiene conto di questa elementare verità. Ne è riprova l'uso simbolico del diritto penale, particolarmente diffuso nell'epoca del populismo penale. Sanzioni o esemplari aggravamenti di pena sono minacciati per corrispondere a supposti «desideri di penalizzazione» che serpeggiano nell'elettorato, anche per effetto di campagne informative capaci di catalizzare la rabbia popolare, incanalandola verso tipi d'autore (il perverso sessuale, il clandestino), scelti quali esempi di devianza minacciosa per la coesione sociale. Ma quasi sempre si tratta di minacce destinate a rimanere in larga parte ineffettive, proprio per l'impossibilità di perseguire e provare in concreto le corrispondenti condotte illecite.

Merita poi di essere qui segnalata la tendenza — a sua volta tipica delle legislazioni penali moderne — di anticipare la soglia della punibilità, introducendo nel sistema reati di pericolo presunto o astratto. Tendenza nella quale affiora il tentativo già accennato di adeguare le norme del diritto penale sostanziale alle esigenze dell'accertamento giudiziario. Mi pare che, soprattutto i reati di pericolo astratto si caratterizzino, dal punto di vista processuale, per la particolare facilitazione che le relative fattispecie incriminatrici offrono sul piano probatorio, quando l'accertamento della correlativa situazione di danno si presenterebbe ardua. Questo modo di legiferare, assai diffuso nelle società contemporanee, segna un deciso allontanamento dal diritto penale del fatto, convintamente propugnato da Beccaria e si distanzia altresì dall'illuminata idea di prevenzione rintracciabile nei *Delitti*.

V. Conclusione

Il capitolo 31° dei *Delitti* si chiude con una frase ad effetto: *non si può chiamare precisamente giusta (il che vuol dire necessaria) una pena di un delitto, finché la legge non ha adoperato il miglior mezzo possibile nelle date circostanze d'una nazione per prevenirlo*. Massima davvero impegnativa: stando ad essa, lo Stato non sarebbe legittimato a punire un delitto, in assenza di adeguate misure tese a prevenire l'insorgere della corrispondente condotta.

Quali siano i mezzi di prevenzione ai quali qui si allude e che la legge dovrebbe predisporre non viene espressamente detto, nemmeno nel capitolo 41° dedicato precisamente a *Come si prevengano i delitti*.

Da un lato, Beccaria si affida all'efficacia preventiva naturalmente associata al varo di un sistema penale come quello da lui preconizzato: leggi chiare, pene certe a breve distanza dal delitto commesso, dovrebbero contribuire a far diminuire la quota dei delitti.

Per il resto, egli sembra affidarsi all'attitudine preventiva di politiche e regole di convivenza civile che — attenuando le ingiustizie sociali, prendendo atto di talune tendenze naturali dell'indole umana e curando l'educazione dei cittadini — risolvano alla radice molti problemi di devianza, facendo venir meno lo stesso impulso alla condotta riprovevole. Soprattutto l'istruzione, intesa come educazione intellettuale, occupa uno spazio importante nell'idea beccariana di prevenzione. Un vero e proprio inno all'intellettualismo etico apre il cap. 32°: *Fate che i lumi accompagnino le libertà. I mali che nascono dalle cognizioni sono in ragione inversa della loro diffusione, e i beni lo sono nella diretta. Un ardito impostore, che è sempre un uomo non volgare, ha le adorazioni di un popolo ignorante e le fischiate di uno illuminato*.

In realtà, non sempre intelligenza e cultura predispongono naturalmente al bene e al socialmente utile. L'esperienza successiva ha infatti smentito gli ingenui auspici che hanno ispirato il passo appena citato. Non è poi così infrequente l'uso criminale delle migliori abilità mentali e delle più acute doti intellettuali. L'idea di prevenzione è stata così costretta a percorrere altre vie, affermandosi principalmente sul terreno della penalità, piuttosto che su quello delle politiche sociali o delle re-

gole di civile convivenza. Non già prevenire (le condotte criminose) per evitare la pena, bensì inibire le situazioni di pericolo (e i danni conseguenti a quelle condotte) attraverso la pena e, precisamente, attraverso un uso più esteso della stessa.

Mi pare che i maggiori ostacoli alla prevenzione «extrapenale» vagheggiata da Beccaria derivino dall'intreccio che continua a caratterizzare i rapporti fra etica (non solo religiosa) e diritto penale.

L'esigenza di proteggere i fondamenti storicamente dati di un assetto sociale, porta inevitabilmente a tutelare con sanzioni penali la trasgressione dei valori incorporati in quei fondamenti e ciò indipendentemente dalla possibilità pratica di provare le condotte assunte come illecite.

Intendiamoci. Una componente ideologica e simbolica del diritto penale va realisticamente messa in conto. Il fondamento etico-culturale del diritto penale appare obsoleto e arbitrario solo quando il simbolo o il valore che la sanzione intende tutelare perdono la pregnanza e, con essa, l'adesione sociale che in precedenza li caratterizzava. I valori meritevoli di tutela penale oscillano nel tempo e nello spazio. Dei tre delitti che Beccaria menziona come «di prova difficile», due (adulterio e omosessualità) non sono più tali nel nostro ordinamento, mentre continuano ad essere illeciti sanzionati anche gravemente in altri ordinamenti contemporanei. C'è insomma una relatività della simbologia sottesa alle scelte di penalizzazione. Un fenomeno crescente nel mondo occidentale, sia per quantità sia per qualità, in ragione dei movimenti migratori che mescolano popolazioni ed etnie spesso caratterizzate da autonome opzioni valoriali.

Dall'accennata componente simbolico-ideologica scaturisce un'idea di prevenzione di chiara marca penalistica, la cui manifestazione più evidenti è oggi individuabile nella già accennata tendenza ad anticipare le soglie di punibilità e a trasformare condotte di mero pericolo in fattispecie incriminatrici.

E rientra, a ben vedere, nello stessa fenomenologia, la diffusione di pratiche negoziali come il patteggiamento, a sua volta caratterizzato proprio dall'intento di facilitare il compito probatorio del giudice, facendo leva sul timore dell'imputato di essere punito più severamente all'esito della procedura ordinaria.

Con riguardo poi a talune distorsioni della nostra pratica giudiziaria, divenute ormai espressione costante di una paradossale «patologica fisiologia» del sistema, può essere qui ricordato anche l'uso in funzione marcatamente preventiva delle misure cautelari (sia personali sia reali), oltre che la tendenza a regolare con procedure amministrative, pratiche di controllo della pericolosità sociale, limitative di diritti fondamentali della persona (penso alle norme che l'Italia s'è data negli ultimi quindici anni per contrastare l'immigrazione).

Ritroviamo un elemento comune in questa multiforme varietà di risposte normative e di pratiche giudiziarie di fronte al problema dei delitti di prova difficile: la propensione dei sistemi penali — di quelli moderni come di quelli antichi — a superare o ad aggirare le difficoltà di provare condotte indesiderate in nome di esigenze di sicurezza individuale o sociale.

In definitiva, atrocità e oscurità del delitto sono realtà problematiche anche per gli ordinamenti contemporanei.

Ma le atrocità, per quanto insopportabili e imperdonabili, non sono motivo sufficiente a legittimare l'introduzione di regole e pratiche preventive o repressive che perdono di vista la dignità della persona.

L'oscurità del delitto, dal canto suo, non è motivo sufficiente a estendere in misura abnorme l'area del penalmente illecito, attraverso discutibili anticipazioni delle soglie di punibilità e la creazione di una miriade di fattispecie di pericolo astratto, soprattutto quando lo Stato omette di predisporre quelle politiche sociali e quelle iniziative solidaristiche che appaiano adeguate a prevenire se non tutte almeno una parte delle condotte punibili.

Mi piace pensare che César Barrientos condividerebbe queste conclusioni.

UN PASO ATRÁS EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD EN ESPAÑA: LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

PROF.^a DR.^a M. JOSUNE PÉREZ ESTRADA
Profesora de Derecho Procesal
UPV/EHU

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.- II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL. 1. Extensión y Límites de la jurisdicción jenal. 2. Concepto y fundamento de la jurisdicción Universal.- III. LA VIGENTE REFORMA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL. 1. Los efectos de la reforma: la vulneración de derechos constitucionales. 2. Situación actual tras la entrada en vigor de la LO 1/2014. Breve análisis de algunos asuntos relevantes.- IV. TRATAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LAS DEMÁS LEGISLACIONES.- V. REFLEXIONES FINALES.- NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. PRESENTACIÓN

La historia ha demostrado que los seres humanos han cometido, cometen y cometerán crímenes de especial gravedad. Estos crímenes, por su relevancia, atentan directamente a la esencia misma del ser humano, por lo que es adecuado pretender dar un tratamiento especial, a nivel global, que trascienda incluso los límites de las fronteras de los Esta-

dos. Estas conductas criminales no pueden quedar impunes, es necesario garantizar la paz y la seguridad de las personas en los casos en que no actúen los propios Estados o para el caso de la actividad delictiva transnacional.

El principio de Jurisdicción Universal¹⁵³³ surge para garantizar la paz de la comunidad internacional. A través de este mecanismo se posibilita a los Estados para que representen a la comunidad internacional con el fin de perseguir, investigar y juzgar en territorio nacional a los acusados de cometer crímenes graves de Derecho internacional fuera de su jurisdicción.

En las páginas siguientes analizaremos la limitación por parte del Estado español a la aplicación por los tribunales españoles del principio de Jurisdicción Universal y las evidentes consecuencias en la lucha contra la impunidad universal.

II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

El origen del mecanismo de la Jurisdicción Universal lo encontramos en la violación reiterada de los derechos humanos. La impunidad¹⁵³⁴ de sus autores y la privación a las víctimas de una tutela judicial

1533. La doctrina científica utiliza diferentes términos para referirse a la Jurisdicción Universal. Así, se pueden encontrar los siguientes términos: «principio de Jurisdicción Universal, Jurisdicción Penal Universal, principio de Justicia Universal, principio de Derecho mundial, principio de justicia cosmopolita, principio de jurisdicción extraterritorial de los tribunales nacionales, principio de universalidad o principio de justicia internacional». Acuña estos términos OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008, p. 95, nota pie n.º 45.

1534. El concepto de impunidad lo ha definido la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en la actualidad Consejo de Derechos Humanos) como «La inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a la víctimas. *Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la*

efectiva¹⁵³⁵ por parte de las tribunales nacionales fueron los factores que propiciaron la aparición del mecanismo de la Jurisdicción Universal.

La situación de impunidad se perpetúa cuando el sujeto activo de un crimen internacional se mantiene como parte integrante de los poderes del Estado de *iure* o de *facto*. Esta situación provoca la imposibilidad legal de su persecución al dictar leyes que lo impidan,¹⁵³⁶ la negación a incoar el proceso penal debido, enjuiciamiento por la jurisdicción civil dejando al margen la penal o archivo de las causas por fallecimiento de los autores debido a dilaciones en la instrucción y enjuiciamiento de las causas.

La ausencia de acción penal en las jurisdicciones nacionales o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹⁵³⁷ supuso la intervención de tribunales internacionales o tribunales nacionales con el ejercicio extraterritorial de sus competencias con el objeto de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con este objetivo y en el ámbito internacional se crea la Corte Penal Internacional (CPI, en adelante). Es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas pero su competencia está limitada a los casos en que los Estados sean parte en el Estatuto de la Corte.¹⁵³⁸ Solo las controver-

Lucha contra la Impunidad», 61.º período de sesiones, E/CN.4/2005/102/Add. 1, 8 de febrero de 2005.

1535. El concepto y contenido de este derecho fundamental en el derecho español con plasmación en el art. 24.1 CE lo recoge MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (AA. VV.), 22.^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 209-215.

1536. Es el caso de Argentina que dicta las leyes siguientes con el objeto de conseguir la impunidad de los autores de los crímenes: la Ley 22924, de 23 de marzo de 1983, de Amnistía de delitos cometidos con motivación, finalidad terrorista o subversiva desde el 25/5/73 hasta el 17/6/82, la Ley 23492, de 23 de diciembre de 1986, de Punto Final, y la Ley 23521, de 5 de junio de 1987, de Obediencia debida. Véase el artículo de VALENCIA VILLA, H., «Memoria histórica y derechos humanos: Lecciones de Hispanoamérica» en ORTEGA, J., *Nuevos hispanismos interdisciplinares y transatlánticos*, Iberoamericana-Vervuert, Madrid, 2010.

1537. Sobre este principio véase al autor ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona, 1995.

1538. De acuerdo con el art. 34.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que forma parte de la Carta de las Naciones Unidas (art. 92 de la Carta). Este artículo establece: «Seuls les Etats out qualité pour se presenter devant la Cour». La versión

sias entre los Estados pueden ser objeto de conocimiento por la Corte Internacional de Justicia y las personas no pueden ser parte en esos procesos, es decir, no pueden demandar a un Estado ante la Corte ni ser parte en procedimientos ya iniciados. Además su competencia no es obligatoria para los Estados salvo que se sometían expresamente a su jurisdicción.

En el ámbito europeo, en el seno del Consejo de Europa se creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) con competencia en todos los asuntos que se refieran a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante),¹⁵³⁹ incluyéndose el conocimiento de demandas individuales e interestatales.¹⁵⁴⁰ Este sistema permite a los particulares acudir directamente ante el Tribunal en defensa de los Derechos Humanos sin que sea necesaria la decisión previa de la Comisión o de los Estados parte.¹⁵⁴¹

No obstante, estos instrumentos convencionales de defensa de los derechos humanos no legitiman a las personas para recurrir. Estos instrumentos reconocen exclusivamente como parte procesal a los Estados y están encaminados a determinar la responsabilidad internacional estatal. Esta situación unida a la falta de tutela judicial efectiva por parte del propio Estado, función jurisdiccional que debe ser ejercida a través

española recoge: «Solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte» Y el texto en inglés dice: «Only states may be parties in cases before the Court».

1539. La denominación oficial es «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales» El CEDH fue elaborado en el seno del Consejo de Europa y firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

1540. Así lo prevén los artículos 33 y 34 CEDH, que reconocen la capacidad para ser parte procesal a los Estados parte y a las personas en el proceso de amparo de los derechos fundamentales que han convenido para evitar la extralimitación de los poderes públicos que puedan conculcar esos derechos e intereses.

1541. El 1 de noviembre de 1998 entra en vigor el Protocolo n.º 11 que realiza cambios esenciales en el procedimiento ante el Tribunal sin necesidad de que los Estados aceptasen de forma opcional la jurisdicción del Tribunal (art. 46.1 CEDH en su redacción anterior al 1 de noviembre de 1998) y el derecho al recurso individual (art. 25.1 en el texto anterior). Podemos ver respecto del procedimiento ante el TEDH a MORTE GÓMEZ, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 12-18.

de sus órganos jurisdiccionales,¹⁵⁴² provoca el nacimiento del principio de Jurisdicción Universal.

El fundamento del principio de Jurisdicción Universal se basa en la necesidad de perseguir y enjuiciar los crímenes más graves e intolerables¹⁵⁴³ que se cometan contra la humanidad. Se trata de los crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio, la tortura y la desaparición forzada de personas.¹⁵⁴⁴ Sus autores deben poder ser enjuiciados por los tribunales de cualquier país en aplicación de los convenios y tratados que se han ido incorporando a las leyes nacionales.¹⁵⁴⁵

1. Extensión y límites de la Jurisdicción Penal

En primer lugar y antes de entrar en el análisis de la extensión y límites de la jurisdicción penal conviene que nos detengamos en el concepto de jurisdicción. De esta manera podemos definir la jurisdicción como la potestad que dimana de la soberanía del Estado, que la ejercen en exclusiva los juzgados y tribunales, juzgando el caso concreto y ejecutando lo juzgado.¹⁵⁴⁶

1542. En el derecho español la función jurisdiccional se establece en el art. 117.3 CE y su significado lo recoge, entre otros, MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General...*, ob. cit. pp. 112-115.

1543. SÁNCHEZ LÉGIDO, A., *Jurisdicción Universal Penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 119-110.

1544. La singularidad de estos delitos es que son delitos cometidos por las más altas estructuras del poder estatal o desde estas o con su connivencia y /o apoyo. Es por este motivo habitual la pasividad o resistencia a la represión por parte del Estado. Es frecuente que las víctimas de este tipo de delitos tengan la nacionalidad del mismo Estado. El concepto lo recoge SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2014.

1545. El fundamento del principio de Justicia Universal no está en el interés individual del Estado sino en el interés de la comunidad internacional ante la necesidad de proteger determinados valores y evitar la impunidad de ciertos delitos. Sobre el fundamento de la Justicia Universal podemos ver el artículo de RODRÍGUEZ VILLASANTE y PRIETO, J. L., «La modificación del Código Penal Español por Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra. Un paradigma en la protección penal de las víctimas de guerra», *Revista General de Derecho penal*, n.º 17, 2012, pp. 1689-1189.

1546. MONTERO AROCA, J. mantiene que el concepto de jurisdicción tiene

En el orden jurisdiccional penal la actuación del *ius puniendi* corresponde al Estado a través de los órganos jurisdiccionales. El ordenamiento jurídico prohíbe la autotutela o autodefensa por los ciudadanos.¹⁵⁴⁷ Como consecuencia de esta prohibición el *ius puniendi* se lleva a cabo por el Estado y ello se materializa a través del proceso penal.

La soberanía popular es única y, por ende, la jurisdicción porque dimana de la soberanía popular.¹⁵⁴⁸ Solo a los tribunales españoles corresponde el conocimiento de los conflictos que se produzcan en territorio español.

La extensión y límites de la Jurisdicción Penal está regulada en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ).¹⁵⁴⁹ La Ley parte del criterio general de que los tribunales españoles conocerán de todos los delitos cometidos en España.¹⁵⁵⁰ Se trata, por lo tanto, de delimitar el ámbito de la jurisdicción ordinaria en el ordenamiento jurídico español y también de establecer los límites del ejercicio de la potestad juris-

que atender a la realidad del país y a un momento concreto y en atención a ello se debe tomar como fundamento la Constitución y su desarrollo en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985. Desde ese punto de vista conceptúa la Jurisdicción como «la potestad dimanante de la soberanía del estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado». MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General...*, ob. cit. p. 63.

1547. La fórmula de la autotutela o la autodefensa es una forma de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos. Aunque en este caso el conflicto jurídico se resuelve imponiendo una parte a la otra parte una solución y que implica el uso de la fuerza. En un Estado democrático de Derecho no hay cabida para la autotutela o la autodefensa porque esta fórmula conlleva el que una parte se tome la justicia por su mano, debido lo cual debe y está prohibido por el ordenamiento jurídico. Únicamente cabe excepcionar el uso de la fuerza en la legítima defensa dentro del ámbito penal y la celebración de huelga en el laboral. Pero en ambas figuras se exige a posteriori un control judicial. Podemos ver al respecto a GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General...*, ob. cit. p. 38.

1548. De esta manera explica MONTERO AROCA, J., el principio de unidad jurisdiccional como uno de los principios políticos del poder judicial. MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General...*, ob. cit. p. 76.

1549. La LOPJ 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial regula en el Libro Primero, Título Primero, la extensión y límites de la Jurisdicción.

1550. La Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) establece en su artículo 4: «La jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y las leyes».

diccional española. Ante un asunto concreto lo primero que hay que determinar es si del mismo debe conocer un juez español o extranjero. Es decir, la cuestión es delimitar la jurisdicción española frente a otras jurisdicciones de otros Estados pues, es evidente, que los tribunales españoles no pueden asumir el conocimiento de cualquier delito.

2. Concepto y fundamento de la Jurisdicción Universal

Aunque son muchas las definiciones¹⁵⁵¹ utilizadas de jurisdicción penal universal la mayoría de los autores hacen referencia a que el concepto de jurisdicción universal es un principio de derecho internacional que capacita a los tribunales de un Estado para enjuiciar los crímenes internacionales más graves como lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de sus autores o víctimas.¹⁵⁵²

El principio de jurisdicción universal permite extender la jurisdicción de un Estado en el caso de que se cometan crímenes graves sin limitaciones territoriales ni de autor ni de víctima.¹⁵⁵³ Los Tribunales penales estatales pueden ejercer su jurisdicción en representación de la comunidad internacional por la comisión de crímenes graves de Dere-

1551. El concepto ha variado con el paso del tiempo desde las terribles consecuencias sobre la población de la Segunda Guerra Mundial.

1552. OLLÉ SESÉ, M., define la justicia universal como un principio derivado del Derecho internacional, que posibilita a los tribunales internos ejercer, en representación de la comunidad internacional, la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de determinados crímenes internacionales cometidos en cualquier lugar, con independencia de la nacionalidad de los autores y las víctimas, mediante la aplicación del Derecho penal interno. Asimismo, mantiene que el ejercicio de la jurisdicción penal universal para crímenes internacionales de primer grado, dada su naturaleza y la necesaria protección de intereses o bienes jurídicos supranacionales que ofenden a toda la comunidad internacional, no está sujeta a ningún nexo de conexión con el estado que la ejerce. OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para crímenes internacionales...*, ob. cit., pp. 184 y ss.

1553. Se trata de un criterio de atribución de la jurisdicción penal basado en la naturaleza del delito BASSIOUNI, M. Ch., «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n.º 1, 2001.

cho internacional. No se toma en cuenta el *locus delicti*, la nacionalidad ni el domicilio o residencia habitual del autor o la víctima.¹⁵⁵⁴

El principio de jurisdicción universal tiene su explicación sobre la base de que los hechos delictivos afectan a los intereses de todos los Estados, siendo en los últimos años de especial relevancia con motivo de la criminalidad internacional organizada. Se trata de un principio de solidaridad universal en el enjuiciamiento penal con un sentido similar a la idea del espacio judicial común europeo establecido por el Tratado de Maastricht. Este permite que un Estado miembro pueda juzgar hechos delictivos que se han cometido en otro Estado miembro con independencia de la nacionalidad del autor.¹⁵⁵⁵

No se discute la obligación de enjuiciar los crímenes internacionales más graves por los Estados donde se cometieron los hechos. Pero sí se cuestiona el ejercicio jurisdiccional por parte de otros Estados, aplicando el principio de jurisdicción universal, aún con la finalidad de evitar la impunidad de los crímenes internacionales más graves. No obstante, la evolución del principio de jurisdicción universal nos lleva a una comunidad internacional que hace más de medio siglo ha dejado de identificarse con los Estados soberanos. Es más, la comunidad internacional impone a los Estados el ejercicio de obligaciones respecto de sus ciudadanos, en especial la protección contra el genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Y el derecho a la no injerencia o no intervención reconocido en la Carta de la ONU no se puede entender sin la protección de la población y el respeto de los derechos humanos.¹⁵⁵⁶ A pesar de este fundamento esencial, en los

1554. Podemos ver en cuanto al concepto de Justicia Universal a SORIANO RODRIGUEZ, M., *El principio de Jurisdicción Universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?*, http://www.portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD, pp. 9-10.

1555. Sobre el fundamento del principio de justicia universal podemos leer a OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., «La reforma del principio de justicia universal», *La Ley Penal*, n.º 83, Junio 2011, p. 1.

1556. ICJ, Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 27 Feb. 2007. La Responsabilidad de Proteger ha sido reconocida por la ONU en su World Summit de 2005.

últimos años se ha puesto en duda el principio de justicia universal.¹⁵⁵⁷ El principio de justicia universal se empieza a cuestionar cuando se utiliza para enjuiciar la responsabilidad penal de gobernantes aún en activo. En un primer momento se intenta con un límite jurisprudencial. Pero posteriormente el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el carácter absoluto del principio en la Sentencia 237/2005.¹⁵⁵⁸ Las presiones políticas internacionales que ejercen los Gobiernos de China, Israel (casos Tibet y Gaza) y Estados Unidos (Guantánamo y caso Couso) influyen principalmente en la desaparición del principio de jurisdicción universal, exigen su desaparición invocando el principio de no injerencia en los asuntos internos de otro Estado.¹⁵⁵⁹ El Gobierno de España cede ante las presiones y limita, en un primer momento, la

1557. Los tribunales españoles han aplicado el principio de jurisdicción universal recogido en el art. 23.4 LOPJ desde la confirmación de su vigencia en el año 1985. El planteamiento del problema lo analiza CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la “abrogación de facto” a la “derogación de iure”», *La ley*, n.º 7211, julio 2009.

1558. La cuestión se inicia con el «caso Guatemala». El Auto del Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 deniega la competencia a los tribunales españoles para enjuiciar el caso porque mantenía que eran subsidiarios respecto del país donde ocurrieron los hechos. La sentencia del Tribunal Supremo 327/2003, de 25 de febrero no exenta de polémica confirma la resolución y restringe la aplicación del principio de justicia universal a los casos en que exista un «punto de conexión directo» con intereses españoles. La sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 26 de septiembre se dicta también a raíz del «caso Guatemala» mantiene como único límite al ejercicio de la jurisdicción universal la excepción de cosa juzgada. Mantiene la sentencia en su Fundamento Jurídico noveno que «La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particularidades características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (...) trasciende la de las concretas víctimas y alza a la Comunidad internacional en su conjunto. Consecuentemente, su persecución y sanción constituyen no solo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los Estados». Recoge los inicios del intento de eliminación del principio de justicia universal OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., «La reforma del principio de justicia universal»,..., ob. cit., pág. 1, 12-13. También podemos ver la situación del principio de justicia universal tras la sentencia del TS 237/2005 que explica el autor CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»»,..., ob. cit.

1559. DEL CARPIO DELGADO, J., «El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009», *La Ley*, n.º 7307, diciembre 2009, recoge las protestas que realizan los Gobiernos de China, Israel y Estados Unidos.

aplicación del principio de jurisdicción universal con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.¹⁵⁶⁰

III. LA VIGENTE REFORMA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL

La última y definitiva reforma de la jurisdicción universal, a través de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (en adelante, LO 1/2014),¹⁵⁶¹ va más allá de la mera limitación, supone el fin de la jurisdicción universal en España.

La reforma de la Jurisdicción Universal se lleva a cabo en forma de proposición de ley orgánica¹⁵⁶² con absoluto desprecio, por su ausencia, por el debate preceptivo y los informes del Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y el Consejo de Estado.

La Exposición de Motivos justifica la limitación del principio de jurisdicción universal en los mismos argumentos en los que se había

1560. Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE n.º 266, de 4 de noviembre). A pesar de esta reforma la limitación existe con anterioridad, ya se había producido a través de la Ley 18/2003, de 10 de diciembre, sobre cooperación con la Corte Penal Internacional. El art. 7 establecía que la jurisdicción española era subsidiaria respecto a la Corte Penal Internacional en los casos de enjuiciamiento en aplicación del principio de justicia universal; a pesar de que el estatuto de la Corte Penal Internacional establece que es complementaria a las jurisdicciones de los tribunales nacionales. Aunque el principio de justicia universal siempre ha sido limitado en el ámbito material, esto es, la jurisdicción española no puede conocer cualquier hecho delictivo ocurrido fuera del territorio sino solo en los casos previstos en el art. 23.4 LOPJ. OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., «La reforma del principio de justicia universal...», ob. cit., pp. 1-2.

1561. BOE n.º 63, de 14 de marzo de 2014 entra en vigor el 15 de marzo de 2014.

1562. El Grupo Parlamentario Popular presentó el 24 de enero de 2014 una propuesta de Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. La reforma se aprueba con los votos a favor del Grupo Parlamentario Popular y entra en vigor al día siguiente, 15 de marzo de 2014.

apoyado la reforma de 2009.¹⁵⁶³ El legislador considera que hay que reformar el principio de jurisdicción universal para poder cumplir con las obligaciones que ha contraído por España en los acuerdos y tratados internacionales que ha suscrito, puesto que el ejercicio de la jurisdicción universal al actuar sobre delitos cometidos fuera de territorio español supone una intromisión en la soberanía de otro Estado. De esta forma se recoge en la propia Exposición de Motivos cuando dice que la extensión de la jurisdicción española «debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o lo autorice el consenso de la Comunidad internacional». Además, se justifica la reforma en un segundo argumento, en la existencia de la Corte Penal Internacional como forma de jurisdicción principal siendo la jurisdicción nacional española de aplicación subsidiaria en el enjuiciamiento de los delitos más graves contra la humanidad, genocidio, y crímenes de guerra, la tortura y la desaparición forzada de personas. Finalmente, se considera necesario ampliar la lista de los delitos que se deben investigar y enjuiciar mediante la jurisdicción universal para cumplir con los tratados y convenios internacionales suscritos por España.¹⁵⁶⁴

1563. El legislador justifica la precedente reforma de la jurisdicción universal en la adaptación del principio a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Pero aunque ambos Tribunales mantienen posturas totalmente opuestas el legislador asume la más restrictiva, la de la STS 327/2003, de 25 de febrero, sin ninguna justificación. Por el contrario, el Tribunal Constitucional considera esencial el mantenimiento de la jurisdicción universal puesto que la postura contraria supondría afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Así lo recogen CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»...», ob. cit., pp. 8-11 y DEL CARPIO DELGADO, J., «El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009...», ob. cit., pp. 18-20. PIGRAU SOLE, A., «A propósito de la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala y de su interpretación por la Audiencia Nacional», REDI, vol. 57, 2005.

1564. Para un tratamiento crítico más exhaustivo sobre los motivos de reforma de la jurisdicción universal véanse MARTÍNEZ GUERRA, A., «La reforma de la «mo-lesta» jurisdicción universal y sus primera consecuencias», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 7, septiembre 2014-febrero 2015, pp. 117-142. QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

El primer argumento que contempla la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 para reformar el principio de jurisdicción universal es el de cumplir con las obligaciones establecidas en los acuerdos y tratados internacionales, con el fin de respetar el principio de no injerencia en asuntos internos. Conviene recordar que los tratados internacionales multilaterales de protección de los derechos humanos no se rigen por las mismas reglas que los tratados internacionales bilaterales celebrados entre Estados soberanos. En los instrumentos de protección de los derechos humanos los Estados tienen la obligación de combatir la impunidad mediante el enjuiciamiento¹⁵⁶⁵ con independencia del lugar de comisión de los hechos y la nacionalidad de los autores o víctimas. Esta obligación se exige para España desde que autorizó la ratificación de los Convenios de Ginebra, desde el 4 de agosto de 1952. Por lo tanto, no rige el principio de no injerencia en asuntos internos cuando se trata de la protección de los derechos humanos.

Tampoco acierta el legislador cuando amplía la lista de los delitos que se pueden perseguir mediante la jurisdicción universal puesto que no se trata de delitos de Derecho penal internacional de primer grado, esto es, no son genocidio, crímenes de guerra o conflicto armado o crímenes contra la humanidad o tortura que presentan un singularidad especial que hemos abordado en páginas anteriores y para los que el instrumento de la jurisdicción universal representa una garantía de las víctimas al acceso a la justicia que su propio Estado les niega.¹⁵⁶⁶ Sino que se trata de los delitos «regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos

1565. No están sometidos a la voluntad de los Estados firmantes, sino que tienen naturaleza especial que ya la recordó la CJI en *Reservations to the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951 y, recientemente, el TEDH en *Margus vs. Croatia*, STEDH de 27 de mayo de 2014.

1566. MARTÍNEZ GUERRA, A., lo interpreta como desconocimiento del legislador español del Ordenamiento Jurídico Internacional y necesidad de disimular las verdaderas intenciones de la reforma. Se trata de delitos transfronterizos, que son aquellos en los que todos los estados tienen intereses comunes en su persecución muy diferentes a los delitos de Derecho penal internacional. MARTÍNEZ GUERRA, A., «La reforma de la «molesta» jurisdicción universal y sus primeras consecuencias...», ob. cit., p. 124.

o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley». Tradicionalmente estos delitos no se han perseguido a través del principio de jurisdicción universal, por lo que el legislador los debería haber incluido en los apartados 2 y 3 del art. 23 LOPI, no en el apartado 4.¹⁵⁶⁷

La Exposición de Motivos pretende que la atribución de la jurisdicción fuera de las fronteras nacionales supone una injerencia en la soberanía de otros Estados. Pero nada más lejos de la realidad porque conviene recordar que, como ya señalábamos en páginas anteriores, cuando los tribunales nacionales ejercen el principio de jurisdicción universal, además de la obligación que tienen de garantizar el acceso a la justicia a las víctimas de delitos internacionales, lo hacen porque el Estado territorial no actúa o lo hace de manera parcial o interesada.

En la LO 1/2014 se interpreta incorrectamente el principio de subsidiaridad entre la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) y los tribunales de los Estados parte.¹⁵⁶⁸ La CPI es subsidiaria en los delitos penales internacionales, solo en el caso de que los tribunales nacionales no lo hagan puede enjuiciar la CPI.¹⁵⁶⁹ Son los tribunales nacionales los que

1567. La autora MARTÍNEZ GUERRA, A. estudia con exhaustividad estos tratados y convenios internacionales y concluye que no es la jurisdicción universal lo que debe aplicarse sino los principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva. MARTÍNEZ GUERRA, A., «La reforma de la «molesta» jurisdicción universal y sus primera consecuencias...», ob. cit., pp. 125-126. MÁRQUEZ CARRASCO, C., y MARTÍN MARTÍNEZ, M., «El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro», AMDI, vol. XI, 2011.

1568. La Exposición de motivos de la LO 1/2014 «delimita [...] la competencia de los Tribunales españoles, definiendo [...] el principio de subsidiaridad. [...] se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal internacional o por la jurisdicción del país en el que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a la que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional».

1569. De esta manera se recoge en el art. 1 del Estatuto de Roma: «La Corte será una institución permanente, está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas

tienen preferencia en el conocimiento de los delitos penales internacionales. Lo que pretende la ley es que no se inicie un procedimiento para castigar este tipo de delitos cuando se haya iniciado por un tribunal internacional aunque, a sensu contrario, se podrá iniciar cuando no exista o no se esté enjuiciando a la misma persona o los mismos hechos.¹⁵⁷⁰

1. Los efectos de la reforma: la vulneración de derechos constitucionales

El objetivo de la LO 1/2014 es la desaparición de la jurisdicción universal de nuestro ordenamiento jurídico. Pero este fin ha supuesto una evidente vulneración de los derechos constitucionales. Lo que ha conseguido el legislador con esta ley además de incumplir con las obligaciones que vienen impuestas por los tratados y convenios internacionales de los que es parte España, como hemos esgrimido en páginas precedentes, crea un régimen jurídico diferente en función del delito que se cometa y se elimina la acción popular para los delitos contra la comunidad internacional. Pero quizá lo más grave sea la vulneración del principio de separación de poderes que recoge la CE.¹⁵⁷¹

Los delitos contra la comunidad internacional o delitos de Derecho penal internacional (delitos de genocidio, contra la humanidad y crímenes de guerra o conflicto armado) solo se podrán perseguir cuando «el procedimiento se dirija contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas (art. 23.4 a) LO 1/2014. Se olvida a las víctimas, los tribunales españoles no pueden ejercer su propia jurisdicción aunque

respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales».

1570. Incluso cuando nos encontremos ante investigaciones preliminares ya que la LO 1/2014 exige un «procedimiento para su investigación y enjuiciamiento». . MARTÍNEZ GUERRA, A., «La reforma de la «molesta» jurisdicción universal y sus primera consecuencias»,..., ob. cit., p. 131.

1571. MARTÍNEZ GUERRA, A., «La reforma de la «molesta» jurisdicción universal y sus primera consecuencias»,..., ob. cit., p. 132.

existan víctimas de nacionalidad española. En cambio, la ley sí considera competente a la jurisdicción española en el caso de víctimas de nacionalidad española para los delitos de tortura, desaparición forzada, terrorismo, trata de seres humanos, delitos contra la indemnidad sexual contra víctimas menores de edad, violencia contra las mujeres y doméstica (arts. 23.4 b), c), e), m) k), l). Esta situación provoca la vulneración del principio de igualdad que consagra el art. 14 CE,¹⁵⁷² además de una casuística confusa.¹⁵⁷³

La consecuencia de la diferencia de trato de las víctimas españolas en los delitos de Derecho penal internacional o delitos contra la comunidad internacional es la flagrante vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su contenido de acceso a los tribunales españoles (art. 24 CE). Lo más gravoso de la situación es que la impunidad de estos tipos de delitos de carácter político es patente puesto que rara vez los Estados territoriales enjuician estos hechos ni los tribunales del Estado en el que se han cometido van a otorgar la necesaria tutela judicial a las víctimas.

El legislador ha convertido a estos delitos en semipúblicos (delitos de genocidio, contra la humanidad y crímenes de guerra) cuando exige para la incoación del procedimiento querrela previa del Ministerio Fiscal o del agraviado (art. 23.6 LO 1/2014), si bien la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de delitos de naturaleza política es mínima.¹⁵⁷⁴ Se elimina la posibilidad de ejercer la acusación popular (art. 125 CE), a cualquier persona jurídica pública o privada.¹⁵⁷⁵ La praxis de-

1572. Podemos ver un desarrollo más exhaustivo, SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de Jurisdicción Universal», *Revista Electrónica de estudios Internacionales* (REED),..., ob. cit., págs. 1-6; CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctima y del Derecho internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal», *Revista de Derecho penal y criminología*, año IV, n.º 5, junio 2014, págs. 166-168.

1573. JORGE BARREIRO, A., *El principio de justicia universal: de la justicia como valor a la justicia como mercadería*. Disponible en <https://elnotario.es/index.php/253-hemeroteca/revistas7revista-58/3928>. Página visitada el 24/12/2014.

1574. STS 1918/2013, de 23 de abril, el TS observa un «escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal».

1575. La eliminación de la acusación popular de los delitos de Derecho penal internacional no viene a ser más que un adelanto de la eliminación de la participación

muestra que la iniciativa procesal la han ostentado la acusación popular a través de las asociaciones defensoras de los derechos humanos, pues en la mayor parte de los casos las víctimas de estos crímenes no suelen tener la posibilidad de ejercer la acusación particular.¹⁵⁷⁶

2. Situación actual tras la entrada en vigor de la LO 1/2014.

Breve análisis de algunos asuntos relevantes

La Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014 obliga a sobreseer todas las causas en trámite hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos que establece. Desde un punto de vista procesal los procedimientos deberían continuar hasta la comprobación del cumplimiento de los requisitos. Y esta comprobación corresponde realizarla al juez de instrucción en el ejercicio de su potestad jurisdiccional que le otorga el art. 117 CE. A tenor del mandato constitucional la imposición de la LO 1/2014 del sobreseimiento de la causa supone una intromisión del Poder Legislativo en el Poder Judicial.¹⁵⁷⁷

Los Juzgados centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional que conocen de los asuntos de delitos de Derecho penal internacional cuestionan el mandato que contiene la Disposición Transitoria Única especialmente en los casos en los que continúa la práctica de diligencias de investigación. En algunos casos los juzgados se han negado a practicar el archivo de las actuaciones, son los casos de Chile (asunto Carmelo Barrios), Estados Unidos y Guatemala. En otros asuntos, en

ciudadana en la administración de justicia. Véanse los arts. 69 a 73 del borrador del Código Procesal Penal.

1576. OLLÉ SESÉ, M., *La reforma del principio de justicia universal*. Disponible en www.abogacia.es/2014/02/27/la-reforma-del-principio-de-justicia-universal/. Página visitada el 27/12/2014.

1577. Así lo entiende el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional, Auto de 31 de marzo de 2014: «conforme a la lógica de las secuencias de los actos procesales, para no vaciar al Juez de su función constitucional exclusiva de juzgar (art. 117 CE), primero se debe comprobar la concurrencia o no de los requisitos legales —que es el juzgar—, y solo después, adoptar la decisión oportuna conforme a los designios de la norma».

El Salvador (asunto Ellacuría), Israel y Turquía se ha elevado informe razonado al Tribunal Supremo para que compruebe, de conformidad con lo establecido en el art. 23.5 LOPJ, efectivamente «la ausencia de persecución efectiva» de los procedimientos penales abiertos.¹⁵⁷⁸ Ante este caos procesal los Autos cuestionan los requisitos que exige la reforma para la persecución de algunos delitos de Derecho penal internacional. Es significativo el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de 15 de abril de 2014, en el asunto Guantánamo que pone en evidencia la colisión entre la regulación de derecho interno sobre la extensión de la jurisdicción penal a través de la LO 1/2014 y las obligaciones que ha contraído España a través de los tratados internacionales que ha ratificado y que integran el Ordenamiento Jurídico, dado que en los mismos no se exige ningún presupuesto alguno frente a violaciones graves de derechos humanos para evitar situaciones de impunidad. También en el asunto Couso (Sumario 27/2007), Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de 17 de marzo y en el asunto Guatemala (Diligencias Previas 331/99), Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de 20 de mayo se señala que se ha vulnerado el control de convencionalidad que prevé el art. 10.2 CE y declaran inaplicable la Disposición Transitoria única de la LO 1/2014.¹⁵⁷⁹

Existen otros dos asuntos que son también significativos en esta materia y que han tenido diferente tratamiento judicial. Son el asunto Tibet y el asunto Sáhara. En el primero, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional procede a archivar la causa en aplicación de la doctrina del

1578. Es especialmente significativo el Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de 31 de marzo.

1579. En el asunto de Chile el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 dicta Auto de 23 de mayo de 2014 en el Sumario 19/1997; en el asunto Guantánamo se dicta Auto de 15 de abril de 2014 de incoación en las Diligencias previas 150/2009 por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 y en el asunto Guatemala el Auto de 20 de mayo de 2014 del Juzgado de Instrucción en las Diligencias previas 331/99. Con mayor profundidad trata el tema MARTÍNEZ GUERRA, A., «La reforma de la “molesta” jurisdicción universal y sus primera consecuencias...», ob. cit., pp. 134-137.; también SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de Jurisdicción Universal», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (REEI), ob. cit., pp. 29-35; SANTOS VARA, J., «La jurisdicción de los Tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala», REEI, n.º 11, 2006.

Tribunal Supremo establecida en sus sentencias 327/2003, de 25 de febrero y 319/2004, de 8 de marzo.¹⁵⁸⁰ Los motivos del archivo de actuaciones es la ausencia de nacionalidad española de los querellados y no encontrarse en territorio español. En el caso Sáhara el Juzgado Central de Instrucción continúa el procedimiento por considerarlo territorio español.¹⁵⁸¹

Finalmente, conviene hacer una breve referencia, pero sin ánimo de estudio al no tratarse de delitos de Derecho penal internacional de primer grado, a los procedimientos sobre delitos fronterizos,¹⁵⁸² se trata de los delitos de tráfico de drogas, delitos a los que el legislador establece un régimen distinto de persecución que para los delitos de Derecho penal internacional y que motivaron las excarcelaciones de narcotraficantes por parte de los Juzgados Centrales de Instrucción.¹⁵⁸³ Posteriormente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo¹⁵⁸⁴ rechazó por unanimidad el criterio de la Sala de lo Penal por el que fueron puestos en libertad los narcotraficantes.

IV. TRATAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LAS DEMÁS LEGISLACIONES

La jurisdicción universal, desde que nació, ha querido ser controlada por el poder ejecutivo, el motivo es evitar cuestiones políticas incómodas. Este control lo han ejercido, por ejemplo, en la legislación alemana,

1580. En estas sentencias se exige para la aplicación del principio de justicia universal que exista punto de conexión y que son los Tribunales Penales Internacionales los competentes para el conocimiento de los asuntos de Derecho penal internacional.

1581. Podemos ver CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Jurisdicción Universal», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 7, septiembre 2014-febrero 2015, pp. 236-247.

1582. Se trata de delitos en los que todos los Estados tienen intereses comunes en su persecución, para lo cual se articulan mecanismos de cooperación y colaboración judicial como, por ejemplo, La Convención de la ONU contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, el instrumento de ratificación.

1583. Lo trata en detalle MARTÍNEZ GUERRA, A., «La reforma de la “molesta” jurisdicción universal y sus primera consecuencias...», ob. cit., pp. 135-140.

1584. STS de 24 de julio de 2014.

que a pesar de que proclama la jurisdicción de los tribunales alemanes en los crímenes más graves de trascendencia internacional el único con competencia para ejercer la acción penal es el fiscal federal, al que se le reconoce discrecionalidad para denegar el inicio de una investigación ante la ausencia del sospechoso en territorio alemán.¹⁵⁸⁵

En el caso de Canadá o Australia los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra se persiguen independientemente del lugar donde se hayan cometido aunque se requieren vínculos de conexión y, como en el caso anterior, solo los puede perseguir el fiscal general.¹⁵⁸⁶

Es conocida la reforma del 2003 de la jurisdicción universal de la legislación belga. La reforma fue motivada por las denuncias contra altos dirigentes israelíes, chinos y estadounidenses y por las amenazas del Pentágono sobre las consecuencias en las relaciones exteriores de Bélgica. Fruto de la reforma el ejercicio de la jurisdicción universal se condiciona a la existencia de sospechosos con nacionalidad belga o residencia en Bélgica y el derecho de acción corresponde al procurador federal.¹⁵⁸⁷

También la legislación sobre la jurisdicción universal del Reino Unido se ha visto modificada para que no afecte a la política exterior. La legislación británica prevé la jurisdicción universal aunque requiere el

1585. Lo establece de esta manera el art. 153 f del Código de Enjuiciamiento Criminal. En base a ese artículo el Fiscal Federal ha rechazado abrir proceso, entre otros, en los asuntos de Guantánamo, Abu Grahیب (contra Donald Rumsfeld y otros altos cargos estadounidenses), Falun Gong (asunto Tibet), e Israel. Podemos ver PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, RxDH, Col·lecció Recerca pels drets humans 3, Barcelona, 2009.

1586. Más detalladamente lo estudia TORROJA MATEU, H., «La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro», REEI, vol. 11, 2006. PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales,...*, ob. cit.

1587. Podemos ver un tratamiento más extenso en SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de Jurisdicción Universal», *Revista Electrónica de estudios Internacionales* (REEI) ob. cit., pp. 14-19. También REYDAMS, L., «Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law», *Journal Of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003.

consentimiento del *Attorney General*, que es el principal asesor del gobierno y que responde ante el Parlamento aunque un Juez podía decretar una orden de detención. Pero esto cambió cuando el gobierno Israelí le exigió a Reino Unido que modificase la legislación con motivo de diversas denuncias contra ex altos cargos del Ejército o del Ministerio de Defensa en defensa del Derecho internacional humanitario. La reforma de la legislación se produce en 2011 y consiste en que los jueces no pueden adoptar una orden de detención salvo que lo solicite una especie de fiscal (*Crown Prosecutor*) con el consentimiento *del Director of Public Prosecutions*, que depende del *Attorney General*.¹⁵⁸⁸

En el ordenamiento francés también se reforma la jurisdicción universal en 2010, se añade un apartado al art. 689 del *Code de Procédure Pénale*. La aplicación de la jurisdicción universal está sometida al cumplimiento de unos requisitos determinados; así el monopolio de la acción le corresponde al Fiscal, el inculpado debe tener residencia habitual en Francia, los hechos deben ser constitutivos de delito según el Derecho internacional y según la ley del lugar de comisión y, finalmente, el Estado de la nacionalidad del autor debe ser parte en el Estatuto de Roma.¹⁵⁸⁹

La tendencia en el Derecho comparado lejos de consagrar el principio de jurisdicción universal aboga por limitarlo hasta los límites de la supresión. En contraposición, los tribunales argentinos, El Juzgado Nacional Federal en lo Criminal y Correccional n.º 1, está aplicando la jurisdicción universal sin limitaciones y ha admitido la querrela presentada por familiares y asociaciones españolas y argentinas por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura franquista, sin restringir el ejercicio de su acción al Ministerio Público.¹⁵⁹⁰

1588. *Israel fury al UK attempt to arrest Tzipi Livni*, BBC News, 15/12/2009.

1589. PERAZA, L., «La Jurisdicción Universal: una realidad en constante construcción», *Dikaion-Lo Justo*, Año 20, n.º 15, Chía, Colombia, noviembre 2006, pp. 339 y ss.

1590. RODRIGO LABORIAS, A., «Implementación en la Argentina del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Lecciones y Ensayos*, n.º 88, 2010, págs. 43-81. BLANCO CORDERO, I., «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», *La Ley*, 2004. SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de Jurisdicción Universal», *Revista Electrónica de estudios*

V. REFLEXIONES FINALES

La memoria histórica del ser humano es corta. Se tiende al olvido, a olvidar los horrores cometidos en las guerras y en los demás delitos de ejecución masiva que menoscaban el bien por excelencia que es la vida además de otros bienes fundamentales. No nos olvidemos que el principio de jurisdicción universal surge con el objeto no volver a repetir la barbarie ocurrida en la Segunda Guerra Mundial evitando la impunidad de los crímenes más graves contra la humanidad al poder perseguirse por los Estados con independencia del lugar de comisión y de la nacionalidad de las víctimas o autores. Pero la desaparición progresiva de la justicia universal, entendida de modo absoluto, en los países de nuestro entorno y en la vigente reforma que ha llevado a cabo el Gobierno español ponen de manifiesto el olvido de bienes jurídicos como la justicia dando paso a nuevos valores como son los económicos al que la propia justicia queda subordinada.

La reforma del art. 23.4 LOPJ ha supuesto la derogación de la jurisdicción universal en España al restringir su ejercicio al cumplimiento de determinados requisitos o puntos de conexión de muy difícil cumplimiento. Además de convertirla en jurisdicción subsidiaria de la Corte Penal Internacional vulnerando el Derecho internacional que establece a este Tribunal como subsidiario de los tribunales nacionales.

Se ha olvidado que las normas internacionales que contemplan la jurisdicción universal son normas de *ius cogens* o de obligado cumplimiento dada la naturaleza de los delitos siendo la propia comunidad internacional la que se obligó a perseguirlos. La reforma contraviene la doctrina del Tribunal Constitucional que en las SSTC 237/2005, de 26 de septiembre y 645/2006, de 20 de junio determinó la naturaleza de la jurisdicción universal y estableció su carácter absoluto. Además con la Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014 se atenta flagrantemente contra la Constitución en cuanto se vulnera el principio de división de poderes consagrado en la misma al permitir la intromisión del poder legislativo en el poder judicial lo que conlleva la conculcación del dere-

Internacionales (REEI), ob. cit., pp. 14 y ss.

cho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con las debidas garantías, afectando al propio Estado de derecho.

Si bien la Corte Penal Internacional debería asumir los procesos sobre delitos más graves contra la humanidad lo cierto es que se trata de una institución vacía de contenido debido a la falta de vinculación de los países más poderosos. No obstante, el ejercicio de la jurisdicción universal no solo se debe entender en el aspecto final del enjuiciamiento de los criminales sino que la incoación de un proceso puede servir como medio de concienciación y participación de la ciudadanía para abolir leyes de impunidad o hacer posible el enjuiciamiento en el lugar de comisión del hecho criminal.

Lo que es inaceptable es que los delitos más graves que se cometan contra la humanidad queden impunes porque esta pasividad menoscaba no solo la dignidad de las víctimas, sino la de todos los seres humanos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

BASSIOUNI, M. Ch., «Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice», *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n.º 1, 2001.

BLANCO CORDERO, I., «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo», *La Ley*, 2004.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de iure», *La ley*, n.º 7211, julio 2009.

— «Del intento por acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctima y del Derecho internacional: examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal», *Revista de Derecho penal y criminología*, año IV, n.º 5, junio 2014.

— «Jurisdicción Universal», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 7, septiembre 2014-febrero 2015.

- DEL CARPIO DELGADO, J., «El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009», *La Ley*, n.º 7307, diciembre 2009. Recoge las protestas que realizan los gobiernos de China, Israel y Estados Unidos.
- ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona, 1995.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (AA. VV.), 22.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- JORGE BARREIRO, A., *El principio de justicia universal: de la justicia como valor a la justicia como mercancía*. Disponible en <https://elnotario.es/index.php/253-hemeroteca/revistas7revista-58/3928>. Página visitada el 24/12/2014.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C., y MARTÍN MARTÍNEZ, M., «El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro», *AMDI*, vol. XI, 2011.
- MARTÍNEZ GUERRA, A., «La reforma de la «molesta» jurisdicción universal y sus primera consecuencias», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 7, septiembre 2014-febrero 2015.
- MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (AA. VV.), 22.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 209-215.
- MORTE GÓMEZ, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 12-18.
- OLLÉ SESÉ, M. y LAMARCA PÉREZ, C., «La reforma del principio de justicia universal», *La Ley Penal*, n.º 83, junio 2011.
- OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008.
- *La reforma del principio de justicia universal*. Disponible en www.abogacia.es/2014/02/27/la-reforma-del-principio-de-justicia-universal/. Página visitada el 27/12/2014.
- PERAZA, L., «La Jurisdicción Universal: una realidad en constante construcción», *Díkaión-Lo Justo*, año 20, n.º 15, Chía, Colombia, Noviembre 2006, pp. 339 y ss.
- PIGRAU SOLE, A., «A propósito de la sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional, de 26 de septiembre de 2005, en el caso Guatemala

- y de su interpretación por la Audiencia Nacional», REDI, vol. 57, 2005.
- PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales*, RxDH, col. Recerca pels drets humans 3, Barcelona, 2009.
- QUESADA ALCALÁ, C., *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- REYDAMS, L., «Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law», *Journal Of International Criminal Justice*, vol. I, 2003.
- RODRIGO LABORIAS, A., «Implementación en la Argentina del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», *Lecciones y Ensayos*, n.º 88, 2010, pp. 43-81.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La modificación del Código Penal Español por Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra. Un paradigma en la protección penal de las víctimas de guerra», *Revista General de Derecho penal*, n.º 17, 2012, pp. 1689-1189.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista Electrónica de Estudios internacionales* (REEI), 2014. — *Jurisdicción Universal Penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SANTOS VARA, J., «La jurisdicción de los Tribunales españoles para enjuiciar los crímenes cometidos en Guatemala», REEI, n.º 11, 2006.
- SORIANO RODRIGUEZ, M., *El principio de Jurisdicción Universal y la reforma del art. 23.4 LOPJ, ¿un paso atrás en la lucha contra la impunidad?*, http://www.portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD, pp. 9-10.
- TORROJA MATEU, H., «La competencia de la jurisdicción canadiense en materia de crímenes de Derecho internacional: el trayecto hacia un refugio inseguro», REEI, vol. 11, 2006.
- VALENCIA VILLA, H., «Memoria histórica y derechos humanos: Lecciones de Hispanoamérica» en ORTEGA, J., *Nuevos hispanismos interdisciplinarios y transatlánticos*, Iberoamericana-Vervuert, Madrid, 2010.

EL DERECHO APLICABLE AL FONDO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

PROF. EDUARDO PICAND ALBÓNICO¹⁵⁹¹
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Chile Fiscal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 19971, SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (2004).- III. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD.- IV. FUNCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO.- V. ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE. 1. Elección de un Derecho estatal. 2. Elección de tratados internacionales. 3. Elección de *lex mercatoria*.- VI. DERECHO APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN. 1. Aplicación de los Usos Comerciales, *lex mercatoria* y los Principios Generales del Derecho.- VII. DERECHO APLICABLE AL FONDO Y NORMAS IMPERATIVAS.

Abstract

The determination of the substantive law applicable to international contracts and international commercial arbitration is a matter of most

1591. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Chile. Miembro de Número del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Director de Asuntos Internacionales de la Fiscalía Nacional de Chile.

importance to legal practitioners, insofar as it allows for the verification of the actual recognition a particular law grants to free will.

Such an understanding proves essential in International contracts given the like likelihood that the parties will choose the substantive law that governs their contract regardless of where the contract is executed and of any disputes that may arise between them.

Resumen

La determinación del derecho aplicable al fondo en los contratos internacionales y en el arbitraje comercial internacional es una materia de la mayor importancia para los operadores jurídicos, pues permite verificar el real reconocimiento que tal o cual derecho le concede a la autonomía de la voluntad, lo que en contratación internacional resulta fundamental ante la posibilidad cierta que las partes puedan elegir anticipadamente el derecho sustantivo que regulará su contrato —con independencia al lugar donde se celebra— y las eventuales controversias que puedan suscitar entre ellas.

I. INTRODUCCIÓN

La voluntad de las partes es el elemento esencial que da vida al arbitraje.¹⁵⁹²

En su naturaleza más elemental, el arbitraje constituye una forma de administrar justicia que nace a instancias de los propios justiciables. Son ellos quienes, en ejercicio de la libertad y de la libre disposición de sus derechos, acuerdan que un tercero resuelva el destino de sus controversias ejerciendo jurisdicción.

En el moderno *Derecho de los Negocios Internacionales*, el arbitraje es, sin lugar a dudas, el mecanismo de solución de controversias más utilizado por los operadores jurídicos.

1592. De esta manera, «constituyendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes el sustrato mismo del arbitraje, quedan fuera de su ámbito las cuestiones en las cuales los interesados no tengan poder de libre disposición». Fernández Rosas, J. et al., *Derecho de los Negocios Internacionales*. 2011. 3.^a ed. Madrid, Iustel, p. 630.

El acto jurídico a través del cual las partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea contractual o no contractual, se denomina acuerdo arbitral. La forma y contenido que pueda dársele al acuerdo arbitral es un aspecto fundamental y determinante en el juicio arbitral. La redacción defectuosa o incompleta de una cláusula arbitral, que no responda a las necesidades de las partes y/o de la transacción a la que se somete, puede generar graves y a veces insalvables problemas no solo en la sustanciación del procedimiento, sino también en la resolución de la controversia que se ha sometido a conocimiento de los árbitros.¹⁵⁹³

Por tal motivo, la redacción de la cláusula de arbitraje no es, en caso alguno, una materia que pueda asumirse a la ligera. De hecho, se ha dicho con razón que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje. La metáfora no es exagerada. De estar mal diseñado, el edificio arbitral se desmorona.¹⁵⁹⁴

Si bien las cláusulas modelo de arbitraje que ofrecen la mayoría de los centros e instituciones arbitrales que operan a nivel nacional e internacional, cumplen en términos generales los requisitos mínimos para garantizar su validez y ejecutabilidad, lo cierto es que no siempre dichos modelos satisfacen las necesidades específicas que puedan tener

1593. En este sentido señala Roberto Guerrero del Río «lo que aparentemente es muy sencillo, cual es acordar una cláusula arbitral en que se convenga la voluntad de las partes para someter litigios futuros o eventuales a un arbitraje, puede ocurrir que estas no cumplan el objetivo y presenten vicios que constituyan o puedan constituir un obstáculo al desarrollo armonioso del procedimiento arbitral. Es así como surgen serios problemas con motivos de diferentes imperfecciones de que puede adolecer una cláusula arbitral contenida en un contrato. Cuando ello sucede, esto es, cuando la cláusula compromisoria por cualquier razón, derivadas todas de deficiencias de su redacción, hace muy difícil o ineficaz el desarrollo del arbitraje, estas cláusulas toman el nombre de patológicas». Guerrero del Río, R. «Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial». *Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Eduardo Picand Albónico (Editor), 2.^a edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2014, p. 839.

1594. González de Cossío, F. *Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un Ejercicio Conflictual*, p. 2. Véase: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>.

las partes en su transacción.¹⁵⁹⁵ Así pues, reconociendo las bondades que ofrecen ese tipo de cláusulas, y coincidiendo con Paul Friedland en el sentido que «la regla básica en la redacción de cláusulas de arbitraje es comenzar con una cláusula modelo o estándar»,¹⁵⁹⁶ muchas veces resulta necesario y aconsejable diseñar cláusulas arbitrales específicas a través de las cuales puedan regularse materias de gran relevancia como el número de árbitros; la sede arbitral, el idioma, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje y al procedimiento; el derecho aplicable a la controversia, entre otras.

La determinación del derecho aplicable al fondo del asunto en el arbitraje comercial internacional es un tema de particular importancia en el Derecho internacional privado y su desarrollo ha sido encaminado claramente por la evolución de los principios generales que inspiran en general la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales.¹⁵⁹⁷

En efecto, las partes pueden pactar libremente, en uso de la autonomía de la voluntad, el derecho sustantivo que el tribunal arbitral debe utilizar para resolver la controversia surgida respecto a los derechos y las obligaciones del contrato.

La práctica contractual demuestra la creciente tendencia de los operadores de incorporar en los contratos internacionales una cláusula de elección de ley en donde las partes fijen el derecho sustantivo aplicable, materia que habitualmente debe negociarse antes de suscribir el contrato pues, surgida la controversia, las dificultades para llegar a un acuerdo probablemente se incrementarán.

1595. Por ejemplo, la cláusula modelo del Centro de Arbitraje y mediación de Santiago de Chile se establece en los siguientes términos: «Todas las disputas que surjan de o que guarden relación con el presente contrato, se resolverán mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente al momento de su inicio».

1596. Friedland, Paul y Llano Oddone, Rafael: *Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 2.

1597. En esta materia véase: Sánchez Lorenzo, S., «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional», *REDI*, vol. LXI (2009) I, pp. 39-74; Fernández Rozas, J., «Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia», *Arbitraje*, vol. III, n.º 2, 2010, p. 377-409.

Elegir el derecho aplicable al fondo del asunto es importante básicamente por dos razones: primera, pues será el que utilice el tribunal arbitral para resolver la controversia que ha surgido entre las partes; segunda, porque constituye el estatuto jurídico que deberán utilizar supletoriamente las partes para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Por tal motivo, nos parece una práctica saludable regular el derecho aplicable al fondo en una cláusula distinta de aquella en donde se pacta arbitraje.

La cláusula de elección de ley está íntimamente relacionada con la cláusula de elección de foro, por cuanto será el tribunal nacional o arbitral quien deba aplicar en último término el derecho elegido. Se trata de cláusulas independientes entre sí, pero que, sin embargo, deben pensarse siempre de manera conjunta al momento de ser redactadas.

Así, resulta perfectamente posible que las partes no quieran someterse a arbitraje puesto que les acomoda la jurisdicción estatal, sin embargo, mantienen la firme convicción de someter su contrato y las eventuales controversias que puedan surgir a un derecho extranjero y/o a los principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010), caso en el cual dicho tribunal está obligado a aplicar dicha normativa, en la medida que no violente sus normas imperativas. Si las partes tampoco quisieran incorporar en el contrato una cláusula de derecho aplicable, el tribunal nacional tendría que aplicar las normas de conflicto de su *lex fori* para indagar cuál es el derecho sustantivo que tendrá que usar para resolver la controversia.

De igual forma, las partes podrían acordar que sus controversias sean resueltas por un tribunal arbitral y no por jueces nacionales, estableciendo, además, el derecho que deben aplicar para resolver el fondo del asunto, caso en el cual deberán utilizarse dichas normas para cumplir el contrato y resolver la controversia. También podrían no incorporar una cláusula de elección de ley, escenario en el cual el tribunal arbitral deberá asumir un rol muy activo, pues los árbitros, a diferencia de los jueces, no tienen una *lex fori* que les permita ubicar el derecho sustantivo aplicable, de modo tal que su tarea será mucho más activa en la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia ya

que deberá aplicar las normas de conflicto o las normas materiales — en su caso— que consideren «apropiadas».

Ahora bien, es indiscutible que en aquellos casos en que las partes acuerdan someter sus controversias a la decisión de un panel arbitral, lo hacen sabiendo los beneficios que ello reporta, dentro de los cuales considerarán muy especialmente el conocimiento que tengan los árbitros sobre el derecho de fondo que quieren elegir en su contrato.

Como es posible advertir, la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto en un arbitraje comercial internacional es un aspecto de suma importancia que no puede entregarse al azar y requiere ser cuidadosamente estudiado por los operadores no solo al momento de redactar el contrato o el convenio arbitral, sino especialmente antes de hacerlo, anticipándose a las consecuencias jurídicas que implicará para las partes la determinación de tal o cual derecho.

II. EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 19971, SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (2004)

El artículo 28 de la Ley n.º 19971, sobre Arbitraje Comercial Internacional (2004), regula expresamente las normas aplicables al fondo del litigio. Sobre el particular, entrega las siguientes directrices:

1. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
2. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
3. El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

III. ARBITRAJE DE DERECHO Y ARBITRAJE DE EQUIDAD

El art. 28(3) de la Ley n.º 19971 reconoce que las partes pueden acordar expresamente que los árbitros fallen como amigables componedores. El árbitro de Derecho resuelve sobre la base de normas jurídicas que las partes le han dado al tribunal arbitral para resolver la controversia; en cambio, el árbitro que falla *ex aequo et bono* lo hace conforme su leal saber y entender, entregando una decisión que se funda en su concepción de justicia.¹⁵⁹⁸

A falta de elección, la ley 19971 establece una presunción a favor del arbitraje de Derecho,¹⁵⁹⁹ tal como lo hace la mayoría de las legislaciones que siguen la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. De esta manera, es requisito esencial para que un árbitro pueda resolver conforme a su leal saber y entender, que lo hayan pactado expresamente los litigantes. De esta manera, si el árbitro falla conforme a la equidad no obstante que las partes hubieren determinado el derecho aplicable al fondo de la controversia, o bien, guardaron silencio respecto al asunto, el fallo se expone a ser impugnado y consecuentemente invalidado.

En concreto, la gran diferencia entre un arbitraje de Derecho y un arbitraje *ex aequo et bono* o *amiable composition*, se verá reflejada

1598. Según un laudo de fecha 29 de marzo del año 2000 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago «Interpretar la ley oscura o integrar una laguna del Derecho según la equidad, lo mismo que fallar en equidad, significa basar la decisión en materiales jurídicos, ya sea en textos legales foráneos, sin valor de norma positiva (...), ya sea en pasajes doctrinarios de juristas ilustres». Citado por Fernández Rozas, J. *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, p. 820.

1599. En los términos del artículo 28(3) de la Ley 19971: «3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así».

en la fundamentación de la decisión.¹⁶⁰⁰ En el primero, al sentenciador se le exige un mayor rigor en la motivación del fallo, debiendo justificar no solo la elección de las normas aplicables al asunto y su interpretación, sino que lo obliga a llevar un procedimiento arbitral en el que las partes puedan debatir sobre el alcance jurídico de dichas normas.¹⁶⁰¹ En cambio, si bien en un arbitraje de Equidad es perfectamente lícito que el árbitro incorpore en su decisión las normas jurídicas que estime adecuadas, lo hará solo en cuanto representan o ejemplifiquen su leal saber o particular concepto de justicia, no existiendo en consecuencia la posibilidad de generar un debate procesal respecto de la aplicación y alcance de las normas jurídicas invocadas.

Tal como señala el profesor Sánchez Lorenzo, «en ocasiones, los límites entre una decisión puramente equitativa y otra ajustada a Derecho son borrosos, en particular si las normas aplicadas se expresan en forma indeterminada o genérica, como principios generales del Derecho o expresiones de la *lex mercatoria*».¹⁶⁰² Esto sucede como consecuencia de la utilización de un concepto difuso o poco concreto de la *lex mercatoria*, unida a la falta de fundamentación del alcance jurídico de las normas aplicadas, todo lo cual desemboca en un laudo de equidad disfrazado de legalidad.

Naturalmente, la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto no puede contrariar la autonomía de la voluntad de las partes ni la disposición expresa del artículo 28 de la ley 19971, por lo que el árbitro obligado a fallar en derecho no puede «ampararse en una mención puramente retórica de la *lex mercatoria*, y precise

1600. «La afirmación que el laudo de equidad no precisa motivación cada vez ofrece una menor entidad pues esta es una garantía de respeto de los derechos fundamentales que debe presidir cualquier actuación procesal y no un mero instrumento de cortesía hacia las partes que han entablado el arbitraje; incluso se llega a sostener que en esta modalidad requiere un mayor rigor en esta cuestión que en el arbitraje de derecho que cuenta a su favor con el método de la subsunción». Fernández Rozas, J. *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina, op. cit.*, p. 824.

1601. Sánchez Lorenzo, S., «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional», REDI, vol. LXI (2009) 1, p. 40.

1602. *Ibid.*, p. 41.

de una motivación suficiente de carácter jurídico de los criterios o reglas que fundamentan su decisión, y de la opción en su caso por dichas reglas».¹⁶⁰³

IV. FUNCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO

Un aspecto importante en cuanto al derecho aplicable a la controversia es su función, o dicho en otras palabras, el rol que está llamado a cumplir en su interacción con las disposiciones materiales del contrato. El art. 28(4) de la Ley 19971 señala que «en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso». Es decir, la ley de arbitraje comercial internacional sitúa los pactos contractuales en un lugar primario o preferente relegando al derecho aplicable a una posición secundaria o subsidiaria.¹⁶⁰⁴

1603. *Id.*

1604. En este sentido el laudo arbitral de fecha 17.12.2010, N.º PCA 45863 de la Corte Permanente de Arbitraje, disponible en línea en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1640>. «149. Concerning the interpretation of the Lease Agreement, the Tribunal has to apply primarily the terms of the Lease Agreement itself, which it will interpret and apply according to the Headquarters Agreement and the «recognized principles of international commercial law». As to the latter, the Tribunal noted a divergence of opinion between the Parties concerning the value of the UNIDROIT Principles. However, the Tribunal also noted that, in the course of their submissions, both Parties extensively relied on the said UNIDROIT Principles. 150. The Tribunal further notes that the central point of controversy concerning the rental amount owed under the Lease Agreement cannot be directly solved by having recourse to the Headquarters Agreement, which may be relevant to the issue whether the rental fee required approval from the host State's authorities and, if so, whether the legal effect of this requirement was restricted to the relationship between the host State and the Respondent or extended in some way to the Claimant. To this Tribunal, it appears that the gist of the controversy is governed by the Lease Agreement interpreted and applied in light of the recognized principles of international commercial law. 151. In the Tribunal's view, the UNIDROIT Principles may indeed be regarded as indicative of recognized principles in the field of international commercial law. However, it considers that it need not formally base its decision on those Principles since it may find answers to the questions raised in this arbitration primarily in a contextual interpretation of the Lease Agreement, focusing on the conduct of the Parties.

Se ha señalado por la doctrina, particularmente en materia contractual, que el derecho aplicable cumple tanto una función completiva, esto es, que tiene el fin de integrar las lagunas contractuales como una función interpretativa, la cual como señala su nombre tiene la misión de determinar el sentido y alcance de las disposiciones contractuales. Adicionalmente, parte de los autores sostienen que las normas que gobiernan la relación contractual cumplen una función restrictiva, anulando todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a las normas imperativas de la *lex causae*.¹⁶⁰⁵ Otros en cambio, niegan tal función.

En este sentido concordamos con el profesor Sánchez Lorenzo en que «cuando las partes eligen la ley aplicable, un principio elemental de la interpretación aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable, pues es de suponer que las partes no habrían elegido una ley aplicable que anulara sus pactos».¹⁶⁰⁶ Esta conclusión es de toda lógica, por cuanto no tiene sentido presumir que las partes, haciendo uso de su autonomía conflictual, hubiesen elegido un determinado ordenamiento jurídico que excluya o invalide lo que expresa y específicamente pactaron en el contrato.

No obstante, la solución no es tan simple cuando el derecho aplicable es determinado por el sentenciador en defecto de elección. En estos casos, señala el autor citado que «la determinación objetiva de la ley aplicable cumple con normalidad su función restrictiva de los pactos y cláusulas previstos en las soluciones jurisdiccionales. Sin embargo, este efecto no debe ser admisible en el ámbito del arbitraje comercial internacional, debido a la prevalencia de las disposiciones contractuales como ley primera en la solución arbitral».¹⁶⁰⁷

En conclusión, en el arbitraje comercial internacional el derecho aplicable cumple un rol completivo e interpretativo, integrando el clausulado cuando exista una laguna en el contrato y determinando el sentido y alcance de las estipulaciones, mas no una función restrictiva.¹⁶⁰⁸

1605. Sánchez Lorenzo, S., *Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional*, op. cit., pp. 43-44.

1606. *Ibid.*, p. 44.

1607. *Ibid.*, p. 45.

1608. Sin embargo, señala que la opinión mayoritaria en este sentido es la siguiente: «Incluso en casos de elección de la ley aplicable (...) las partes al elegir el derecho

V. ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE

Una de las características sobresalientes de los contratos internacionales y que constituye el elemento diferenciador respecto de aquellos que resultan puramente internos, es el hecho de que presentan contactos con más de un ordenamiento jurídico.¹⁶⁰⁹

De esta manera, se presenta el problema de determinar cual de todos los derechos potencialmente aplicables al contrato debe gobernar dicha relación jurídica transnacional. En el ámbito de la contratación internacional, es un principio de general aceptación el que las partes puedan elegir el derecho al cual se someten. En otras palabras, la autonomía de la voluntad se constituye en esta área del derecho como el principal elemento o factor de conexión para determinar el derecho aplicable.

En la regulación del arbitraje comercial internacional, se recoge este principio en el art. 28(1) de la Ley 19971 en los siguientes términos: «El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes».

Esta disposición, al referirse a «las normas de derecho» permite la elección tanto de un ordenamiento jurídico estatal como de normas

aplicable, pueden estar interesadas en establecer un marco de control del alcance de sus pactos, autolimitándose de alguna forma, y no sería irrazonable que las normas imperativas de la ley aplicable derogaran algún pacto o, incluso, todo el contrato. Ni siquiera si las partes han establecido la prevalencia de sus propios pactos cuando sean contrarios al derecho elegido podrían impedir este efecto, por cuanto la validez de la propia cláusula no podría quedar al margen de toda ley». Fourchard Gaillard Goldman International Commercial Arbitration, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 797-799, citado por Sánchez Lorenzo, S., *Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional*, op. cit., p. 44.

1609. Véase: Bouza Vidal, N., «Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de jurisdicción y la ley aplicable a los contratos internacionales». *Curso de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004*, pp. 31-91; Calvo Caravaca, A. L. y Fernández de la Gándara. *Contratos Internacionales*. Tecnos, Madrid, 1997.

anacionales, ya que este concepto es más amplio que otros que se podrían haber utilizado, como por ejemplo «ley» o derechamente «ley estatal», los cuales se refieren a normas que necesariamente emanan de la soberanía de un Estado y que en su creación se ajustaron a procedimientos y formalidades previstos en un determinado ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el mismo art. 28(1), al señalar que se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico «de un Estado determinado» se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto, demuestra que no obstante pueda elegirse un cuerpo normativo a-nacional, la elección de derechos estatales sigue teniendo gran relevancia. Finalmente, la norma excluye la posibilidad del reenvío.

1. Elección de un Derecho estatal

Tradicionalmente, la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al fondo del asunto se ha ejercido en favor de un determinado ordenamiento jurídico estatal. «Esta situación tiende a acomodarse a las necesidades de las transacciones comerciales internacionales en el sentido que tal Derecho es interpretado y aplicado de conformidad con parámetros internacionales».¹⁶¹⁰ Las partes pueden, a través de una cláusula de elección de ley, elegir un determinado ordenamiento jurídico estatal como fuente rectora principal de su contrato, o bien, pueden combinarlo con otros cuerpos normativos no estatales. Con todo, aún cuando la elección del derecho aplicable se refiera únicamente a un ordenamiento jurídico estatal, dicha remisión conflictual no excluye la aplicabilidad de los usos del comercio internacional¹⁶¹¹ ni tampoco la eventual aplicación de convenciones internacionales como

1610. Fernández Rozas, J., Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia, *op. cit.*, p. 377.

1611. Recordemos que el artículo 28(4) señala expresamente que «En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso».

el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.¹⁶¹²

Como ya señalé en un apartado anterior, el derecho estatal elegido tiene una función completiva e interpretativa. La *lex causae* elegida no puede restringir, derogar o invalidar los acuerdos que las partes han establecido expresamente en el contrato.

Cabe hacer presente aquí ciertos problemas que pueden presentarse a la hora de aplicar un determinado ordenamiento jurídico estatal. Si las partes pactan la aplicación del derecho de un país plurilegislativo, como por ejemplo los Estados Unidos de Norteamérica, no será suficiente señalar el país al cual hacen referencia, sino que resultará necesario indicar con toda precisión el Estado en particular a cuyo derecho someten su controversia (por ejemplo, el derecho vigente en el Estado de Texas). Por otra parte, pueden presentarse problemas temporales. Así, especialmente en los contratos donde participan empresas estatales será de cierta relevancia *estabilizar* el derecho elegido. Dicho en otras palabras, las partes al indicar el ordenamiento jurídico establecen que se aplicará aquel derecho que se encuentre imperando a la época de la suscripción del contrato. Por ejemplo, el derecho alemán vigente en febrero del año 2014. Finalmente, podría resultar que el derecho elegido devenga imposible de aplicar. Así sucedería si las partes no logran acreditar el contenido de las normas hipotéticamente aplicables.¹⁶¹³ En efecto, resulta excepcional que los miembros del panel arbitral tengan un profundo conocimiento del derecho que resulte aplicable al fondo de la controversia, dada la naturaleza intrínseca del arbitraje comercial internacional y de la neutralidad cultural que en él se busca. Por su parte, los reglamentos de arbitraje nada dicen en cuanto a la forma de determinar el contenido del derecho aplicable.¹⁶¹⁴ El problema surge

1612. Sánchez Lorenzo, S., Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, *op. cit.*, p. 48.

1613. *Ibid.*, p. 49.

1614. Derains, Y., *El árbitro internacional y el contenido del derecho aplicable al fondo. Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Eduardo Picand Albónico (ed.), 2.^a edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2014, p. 608. Indica el autor que a consecuencia de que los reglamentos de arbitraje nada digan respecto, «los árbitros gozan de gran flexibilidad para determinar el derecho aplicable. En la práctica,

justamente cuando las partes nada dicen respecto de su contenido. El árbitro en este caso podría tomar la iniciativa de buscarlo por sus propios medios, de hecho así lo establece el reglamento de la London Court of International Arbitration, pero la verdad es que no tiene la obligación de hacerlo.¹⁶¹⁵

2. Elección de tratados internacionales

Si bien es cierto que ordinariamente se considerará la aplicación de un ordenamiento jurídico estatal, existe una diversidad de situaciones en las que el árbitro se halla facultado o incluso obligado a fallar según alguna convención internacional. Así, en ciertos tipos de arbitrajes, la remisión a una determinada convención resulta necesaria. Un buen ejemplo de ello es el art. 22 de la Convención de las Naciones Unidas de 1978 sobre el Transporte Marítimo de Mercancías o «Reglas de Hamburgo» (incorporado en la legislación chilena interna en los arts. 1036 a 1038 del Código de Comercio), que faculta someter a arbitraje los conflictos que deriven de los contratos de transporte de mercancías en modalidad de conocimiento de embarque, ordenando sin embargo que el tribunal arbitral deberá aplicar las normas de dicha convención, entiendo incorporada a la cláusula arbitral dicha exigencia y considerando nula y sin efecto cualquier disposición en contrario.

En otros casos, la aplicación de una convención internacional resulta de la autonomía de la voluntad de las partes. Los litigantes son libres para someter su controversia al convenio que estimen conveniente. Sin embargo, se presenta aquí el problema del alcance de la elección «pues como regla general se admite que tal elección produce una suerte de incorporación por referencia de la convención al contrato con la conse-

las partes suelen explicarle a los árbitros el contenido del derecho aplicable a los temas importantes para la solución de la controversia. Lo prueban a través de textos legales y jurisprudencia pertinente, lo cual se acompaña generalmente con prueba pericial, aunque esta no sea siempre necesaria. Explicaciones por los abogados de las partes resulta a menudo más que suficiente».

1615. *Ibid.*, p. 611.

cuencia de que sus disposiciones imperativas no invalidan las cláusulas que resulten contrarias»¹⁶¹⁶ a las disposiciones contractuales pactadas.

Vale la pena mencionar el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CCIM), sin duda uno de los textos de derecho uniforme de mayor relevancia. Su aplicación podrá resultar bien porque el asunto queda comprendido en su ámbito de aplicación, o bien porque así lo han pactado expresamente las partes. Por su parte, el art. 6 de la CCIM confiere la posibilidad de excluir parte o la totalidad de dicha Convención cuando esta resulte aplicable, caso en el cual el árbitro deberá determinar el derecho a observar según corresponda.

En otras situaciones incluso se tomó en consideración una convención internacional «aún cuando no era aplicable al caso específico. Concretamente en el laudo CCI n.º 5713/1989 se planteó la cuestión de la ley aplicable a un contrato de compraventa internacional resolviéndola los árbitros con remisión a lo dispuesto en la Convención de La Haya de 15 de junio de 1955, sobre ley aplicable a la venta de cosas muebles corporales admitiendo que la convención constituía un *general trend in conflicts of law*». ¹⁶¹⁷

3. Elección de *lex mercatoria*

Como ya hemos señalado, en el arbitraje comercial internacional se ha admitido que las partes puedan escoger como ley del contrato, un instrumento que no tenga la naturaleza de derecho estatal.¹⁶¹⁸ De hecho,

1616. Fernandez Rozas, J., *Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia*, op. cit., p. 390.

1617. *Ibid.*, p. 686.

1618. Así lo reconoció por ejemplo el Laudo Arbitral dictado con fecha 31.11.2006 ante el Centro de Arbitraje de México (CAM), disponible en línea <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>. «43. El precepto no hace alusión al «derecho» elegido por las partes, sino a las «normas de derecho». Ello obedece al acogimiento por derecho arbitral mexicano de la postura más moderna que existe sobre el tema de derecho aplicable: el ‘derecho’ aplicable para resolver una controversia no tiene que ser ‘derecho positivo mexicano’, ni ‘derecho positivo’ de jurisdicción alguna. Pueden ser normas que no te-

en los reglamentos de arbitraje internacional, como el de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional y el de la Cámara de Comercio Internacional de París, en lo referente a la ley aplicable al fondo de la controversia no se emplea la palabra «ley» sino «normas de derecho» o «normas jurídicas».¹⁶¹⁹ Por eso existe un amplio consenso en este campo, sobre el valor de la *lex mercatoria* como un Derecho anacional que ya sea las partes o los árbitros, podrían de-

niendo dicho carácter las partes hayan escogido en ejercicio de su libertad contractual. Así lo permiten las Reglas CAM. 44. Ello es congruente no solo con el principio de autonomía de la voluntad, sino con la postura adoptada en el Código Civil Federal, del Distrito Federal, del Código de Comercio y las convenciones internacionales de las que México es parte. 45. Al contemplar dicha posibilidad se deseó permitir la utilización de lo que se conoce doctrinalmente como el *jusmercatorum* o *lex mercatoria*. Si bien los ejemplos de dicho género de normas abundan, el ejemplo más notorio de los mismos son precisamente los Principios de la UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales aprobados en Roma en mayo de 1994, y que fueron modificados en 2004 (los «Principios UNIDROIT»), los cuales las partes han pactado como el 'derecho' aplicable a este caso. 46. Si bien es cierto que los Principios UNIDROIT han mostrado ser poco utilizados en México, su utilización no debe asombrar. Una de las controversias más grandes de la historia los utilizó, e innumerables laudos arbitrales, particularmente europeos, han sido emitidos y ejecutados en base a los mismos. 47. Por consiguiente, es perfectamente lícito bajo derecho mexicano utilizar los Principios de la UNIDROIT como las normas en base a las cuales se dirima esta controversia».

1619. Así el artículo 35 del Reglamento de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (revisado en 2010): «Artículo 351. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada. 2. El tribunal arbitral decidirá como *amigable componedor* (*ex aequo et bono*) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo. 3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso». Por su parte, el artículo 21 del Reglamento de la CCI sobre arbitraje internacional (2012): «Normas jurídicas aplicables al fondo. 1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. 2. El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes. 3. El tribunal arbitral tendrá los poderes de *amigable componedor* o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes». En la versión en inglés de ambos reglamentos se emplea la expresión «rules of law» y en la versión francesa: «les règles de droit».

signarla como aplicable al fondo de la controversia.¹⁶²⁰ Resulta entonces recomendable, que cuando se pacte que un instrumento que haga parte de la *lex mercatoria* será la ley del contrato, las partes acuerden adicionalmente arbitraje internacional, como forma de solucionar sus conflictos.

El problema se producirá en el momento de identificar qué reglas deben considerarse incorporada a la *lex mercatoria*. Existen entusiastas que incluyen en este concepto cualquier regla del comercio internacional de origen no estatal, como contratos tipo, leyes modelo, principios generales del derecho, etc. En la vereda opuesta están quienes identifican la *lex mercatoria* únicamente con los usos o prácticas del comercio internacional, adoptando de esta manera una postura restrictiva.

Por cierto, seguir una u otra postura no será indiferente en el momento de decidir la controversia. Si el árbitro admite el criterio más amplio de la *lex mercatoria* aplicará en forma íntegra los distintos textos de normas anacionales, entre los cuales podemos mencionar como ejemplo a los principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. Si bien es cierto que este cuerpo normativo recoge varios de los principios que uno podría reconocer como de general aceptación, no es menos cierto que asimismo regula materias que resultan novedosas e incluso desconocidas para muchas legislaciones. Un claro ejemplo de ello es la incorporación de la figura del *hardship* en los principios UNIDROIT y la consecuente posibilidad del árbitro de modificar los términos contractuales ante supuestos de excesiva onerosidad sobreviniente. Esta figura no solo es desconocida en legislaciones tan relevantes para el régimen de la contratación internacional como lo es el inglés, si no que además, no parece lógico que en virtud de una remisión genérica a la *lex mercatoria* se le permita al árbitro modificar los pactos expresamente establecidos por las partes.

«En definitiva, una remisión genérica a la *lex mercatoria* no habilita al árbitro a una consideración indiferenciada de cualquier Derecho no

1620. Mayer; Heuzé, *op. cit.*, pp. 545-547. Redfern, A.; Hunter, M.; Blackaby, N.; Partasides, C., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4.^a ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 158-199. TALERO RUEDA, SANTIAGO, *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*, Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2008, pp. 292 a 331.

estatal como *lex mercatoria*, y aconseja una ponderación particularizada de qué reglas dentro de dichos sistemas responden en realidad a prácticas o proposiciones generalmente aceptadas en el comercio internacional». ¹⁶²¹

Otro problema que puede presentar la elección de la *lex mercatoria* como derecho aplicable al contrato, es que a diferencia de los derechos estatales, esta regula solo ciertos aspectos de la relación contractual, guardando silencio en diversas materias de gran importancia. De esta manera, «para colmar las frecuentes lagunas de la *lex mercatoria*, los árbitros son muy proclives al empleo de los principios generales del Derecho para extraer de ellos las normas aplicables al caso concreto». ¹⁶²² Sin embargo, el principio que establece el deber de minimizar los daños por parte del acreedor en caso de incumplimiento o el deber de colaboración y actuar de buena fe, no permite al árbitro resolver los litigios sometidos a su conocimiento, dada su generalidad y abstracción. Por tanto, muchas veces sucederá que la remisión al recurso de la *lex mercatoria* se limite a un mero recurso de interpretación de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales.

VI. DERECHO APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN

Si las partes han guardado silencio respecto del derecho aplicable al fondo de la controversia será el árbitro quien deba decidir el asunto.

1621. Sánchez Lorenzo, S., Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, *op. cit.*, p. 53.

1622. Fernández Rosas, J. *et al.*, Derecho de los Negocios Internacionales. 2011. 3.^a ed. Madrid, Iustel, p. 694. El autor señala una lista no exhaustiva de postulados que sin duda integran la categoría de principios generales del derecho como: el que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia de las sanciones contractuales; deber de cooperación entre las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etc.

Para estos efectos el art. 28(2) de la Ley 19971 ha establecido la siguiente directriz: «Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las *normas de conflicto* de leyes que estime aplicables».

Esta norma establece una solución conflictual mediante la cual el árbitro está facultado para escoger la regla de conflicto que estime pertinente, la que a su vez le indicará cuál estatuto normativo material resulta aplicable al fondo del asunto. Es necesario destacar aquí que el árbitro goza de absoluta libertad a la hora de elegir la norma conflictual, no siendo necesario que esta presente algún grado de vinculación o contacto objetivo con la controversia o sede del arbitraje.

Así, determinar la norma conflictual aplicable puede tomar en consideración el lugar de celebración del contrato, el lugar del cumplimiento de las obligaciones, la nacionalidad de las partes, el domicilio o residencia habitual de una o ambas partes, etc.

Ahora bien, la formula utilizada por la Ley 19971 (que como sabemos sigue la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional), no constituye la única manera de solucionar el problema de determinar el derecho aplicable a falta de elección de las partes. Existen ciertas leyes arbitrales que también utilizan una solución conflictual pero limitándola generalmente en base a criterios de proximidad o de vinculación con la controversia o el contrato.¹⁶²³ En estos casos el árbitro no tiene plena libertad de escoger la norma de conflicto que estime pertinente si no que deberá aplicar aquella que presente los vínculos más estrechos.

Sin embargo, pareciera más sensato permitir que los árbitros busquen la solución directamente en las «normas materiales» que estimen pertinentes y no en las «normas conflictuales». Así lo ha reconocido el art. 21 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la International Chamber of Commerce (ICC), de 2012, el cual dispone que «A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las *normas jurídicas* que

1623. Sánchez Lorenzo, S., Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, *op. cit.*, p. 55. El autor cita como ejemplo de estas regulaciones el art. 1871 de la Ley Federal Suiza de DIPr., el artículo 834.1 del *Codice di procedura civile italiano*, el artículo 1.501.2 de la *Zivilprozessordnung* (ZPO).

considere apropiadas. 2 El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes. 3 El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes.

El art. 1496 del Código Procesal Civil francés señala, por su parte, que «El árbitro deberá dirimir la controversia con arreglo a las normas que hayan acordado las partes o, ante la omisión de una elección en este sentido, de conformidad con las normas que considere adecuadas». En un sentido similar el art. 1054 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos de 1986. Esta norma presenta dos ventajas. «En primer lugar, el tribunal arbitral internacional no está obligado a aplicar las normas de derecho internacional privado de algún país para realizar su elección del derecho aplicable. En segundo lugar, no está obligado a elegir un ordenamiento jurídico como derecho de fondo del contrato. En lugar de ello, puede optar por las reglas de derecho que considere adecuadas a efectos de decidir la controversia».¹⁶²⁴

Con todo, la solución prevista en nuestro ordenamiento jurídico y que coincide con la gran mayoría de los países que han incorporado en su legislación la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional sigue la fórmula conflictual, por lo que el árbitro deberá escoger la norma de derecho internacional privado que estime pertinente. Esto no impide sin embargo, que su decisión se vea materialmente orientada por las normas sustantivas de fondo que crea conveniente para resolver el fondo de la controversia.

1. Aplicación de los usos comerciales, la *lex mercatoria* y los principios generales del derecho

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, existe cierto consenso en que independientemente de que se aplique el método conflic-

1624. Redfern, A.; Hunter, M.; Blackaby, N.; Partasides, C., *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 209.

tual o el material para determinar el derecho aplicable al fondo de la controversia ante la ausencia de elección de las partes, el árbitro está facultado para fundamentar su decisión en cuerpos normativos de origen no estatal.

En este sentido, el árbitro tiene a su disposición una amplia gama de posibilidades, pudiendo elegir entre aplicar usos comerciales, *lex mercatoria* y/o principios generales del derecho o una combinación de ellos. Hago presente desde ya que las fronteras entre estos conceptos son difusas y su aplicación no es en caso alguno excluyente. Así, el uso de los principios generales del derecho (*pacta sunt ser vanda*, por ejemplo) difícilmente ofrezca al juzgador una solución para la controversia, pero sí que podrá ser utilizado como parte de su argumento en unión a otras reglas emanadas de la *lex mercatoria* o de los usos comerciales.

Los usos comerciales desempeñan una función importante en la resolución del conflicto independiente ya sea en ausencia de elección del derecho aplicable o bien en coordinación con este. Ya hemos señalado que el art. 28 de la Ley 19971 señala que «en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso». Como señala el profesor Sixto Sánchez «los usos comerciales devienen una suerte de acuerdo tácito o término implícito entre los contratantes u operadores económicos. (...) El carácter disponible de los usos comerciales implica la prevalencia de los pactos establecidos entre las partes cuando pudieran ser contrarios a dichos usos».¹⁶²⁵ En otras palabras, los usos comerciales, al igual que la *lex mercatoria*, cumple una función integradora o interpretativa, mas no la función restrictiva. La dificultad en cuanto a la aplicación de los usos comerciales recaerá, obviamente, en determinar cuando existe un determinado uso, lo cual deberá ser probado por la parte que lo invoca. Al igual que los usos del comercio internacional, en ciertas sentencias se han considerado como obligaciones implícitas, aquellas que derivan de los principios generales del derecho.¹⁶²⁶

1625. Sánchez Lorenzo, S., Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, *op. cit.*, pp. 58-59.

1626. En este sentido el Laudo Arbitral de fecha 08.02.2008, n.º 18/2007 de la International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the

En cuanto a la aplicación de la *lex mercatoria* como ordenamiento rector de la controversia, «se ha señalado que, salvo excepciones, se ha generalizado la aceptación del recurso por los árbitros a la *lex mercatoria* en defecto de elección por las partes del derecho aplicable». Sin embargo, aquí vuelven a presentarse los mismos problemas de delimitación del concepto a que hicimos referencia cuando las partes remiten expresamente a la *lex mercatoria* o a las normas generales del derecho. ¿Qué debe entenderse por *lex mercatoria*? ¿Cuál es su alcance? Es paradigmático el caso de los principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. ¿Deben considerarse parte de la *lex mercatoria* todos sus artículos o solamente los principios generales? Lo cierto es que el árbitro deberá resolver este asunto en forma casuística, teniendo en cuenta todos los aspectos de la controversia, en particular la validez del laudo y su posibilidad de ejecución.

Russian Federation, disponible en línea en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1478>. «[...] In the opinion of the arbitral tribunal the conclusion on non-compliance by the Claimant with the Contract requirement on pre-arbitration disputes settlement is in accordance with the basic principles of international trade, primarily in the first place with the principle of good faith and fair dealing (Articles 7 and 8 of the Vienna Convention; Article 1.7 of the Principles of International Commercial Contracts — the UNIDROIT Principles). International practice considers good faith and fair dealing as implied obligations (Article 5.1.2 of the UNIDROIT Principles). On this basis the arbitral tribunal believes that since the Parties specified in the Contract the terms on the purposeful delivery of goods to the Recipient, fixing its share, and on the terms of payment for that goods, thus it is implied that all persons involved in fulfillment of obligation under the Contract (both the disputing Parties and the Recipient) were obliged to participate in the mutual settlement of disagreements that had arisen between them on the basis of good faith and fair dealing. In other words, the arbitral tribunal is persuaded that the principle of good faith and fair dealing being interpreted in international economic relations as a fundamental principle of mandatory nature (items 1?3 of the Comment on Article 1.7 of the UNIDROIT Principles) is to be extended to cover the parties' conduct all the way through development of contract relations, starting from the holding of negotiations on making a contract and ending with steps on settlement of disagreements that arose in fulfillment of the contract, i.e. at the pre-arbitral stage».

VII. DERECHO APLICABLE AL FONDO Y NORMAS IMPERATIVAS

El árbitro internacional a diferencia de un Juez nacional carece de *lex fori*. Así lo ha señalado reiteradamente la doctrina y los fallos arbitrales internacionales. Una sentencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional señaló que «el árbitro internacional no tiene *lex fori* de la cual podría extraer reglas de conflictos de leyes». ¹⁶²⁷ La falta de *lex fori* tiene como consecuencia que el sentenciador «no tiene una relación privilegiada con ningún sistema jurídico nacional, así como tampoco exista una ley que pueda catalogar como extranjera. En este sentido, todos los sistemas jurídicos se encuentran en igualdad de condiciones». ¹⁶²⁸

No obstante, el árbitro internacional sí puede verse en la obligación de considerar determinadas normas de aplicación necesaria que se encuentren reguladas en un ordenamiento jurídico estatal que tenga una relación estrecha con la ejecución del contrato. Así pasa generalmente con normas que protegen la libre competencia, que regulan las exportaciones o importaciones, las disposiciones aduaneras, ordenanzas sanitarias, protección del medio ambiente, etc. «La aplicación de las normas imperativas implica que el árbitro tome en consideración y considere legítimo el cumplimiento o la interferencia de normas de orden público económico de un Estado particularmente vinculado al contrato, en particular del país de ejecución». ¹⁶²⁹

Es importante señalar que las normas imperativas que deben ser observadas necesariamente por el árbitro internacional no dicen relación ni con la *lex contractus* ni con la *lex causae*. La imperatividad de su aplicación no se encuentra ligada a la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia. Ya me referí anteriormente a la inexistencia de la función restrictiva del derecho aplicable.

El respeto a las normas imperativas de un determinado Estado se justifica con la estrecha conexión del contrato con un Estado que hacen

1627. Laudo CCI N.º 1512 de 1971, *Yearbook Commercial Arbitration* 1980, p. 74.

1628. Derains, Y., «El árbitro internacional y el contenido del derecho aplicable al fondo», *Estudios de arbitraje, op. cit.*, p. 608.

1629. Sánchez Lorenzo, S., *Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, op. cit.*, p. 64.

que las partes deban prever su aplicabilidad. «Así, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, un importador no puede prevalerse de la inaplicación de las normas administrativas que regulan la importación de mercaderías en su país, o de las disposiciones sobre ejecución material de las prestaciones, o la obtención de licencias o permisos administrativos. Un contrato destinado a producir efectos en un determinado mercado genera para las partes la obligación de tener en cuenta las reglas sobre libre competencia del mercado afectado».¹⁶³⁰

1630. *Ibid.*, p. 66.

MEDIACIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EJERCIDA POR MENORES DE EDAD

PROF.^a DR.^a ESTHER PILLADO GONZÁLEZ
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

PROF. DR. PABLO GRANDE SEARA
Profesor contratado doctor de Derecho Procesal
Universidad de Vigo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. POSIBILIDAD DE COMISIÓN DE ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO POR MENORES DE EDAD.- III. LEY APLICABLE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EJERCIDA POR MENORES.- IV. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EJERCIDA POR MENORES.- V. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DE MENORES POR VIOLENCIA DE GÉNERO. 1. Consideraciones previas. 2. Posibilidades de mediación en el proceso penal de menores por violencia de género. a) Sobreseimiento del proceso por conciliación o reparación entre el menor y la víctima o perjudicado (arts. 19 y 27.3 LORPM). b) Sustitución de las medidas por conciliación entre el menor y la víctima (art. 51.3 LORPM).- **BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN

Un análisis de las reformas legales que introduce la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG) para reforzar la protección de las mujeres que sufren esta violencia evidencia que el legislador está pensando únicamente en los supuestos en que el agresor es un adulto, lo que sin duda se justifica plenamente por ser estos los casos más frecuentes que se producen en nuestra realidad y con consecuencias más graves. Con todo, como se verá, en los últimos años, diversas fuentes estadísticas han empezado a reflejar la existencia de casos de violencia de género en parejas adolescentes, que hasta ahora habían pasado inadvertidos al no dispensárseles un tratamiento diferenciado del de la violencia familiar.

Por el momento, las cifras de este fenómeno no son alarmantes, pero exigen una reflexión y un estudio sosegado sobre la forma de abordarlo desde los distintos ámbitos implicados en esta problemática. Por ello, desde nuestra óptica procesalista, parece interesante analizar los instrumentos que proporciona la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM) para afrontar la violencia de género ejercida por los menores.

Con todo, no es nuestro propósito analizar detalladamente en estas páginas todo el proceso penal de menores, sino ceñirnos al estudio de la vigencia del principio de oportunidad en los supuestos de violencia de género ejercida por estos y, más en concreto, de la posibilidad de mediación entre víctima y agresor.

Para ello, con carácter previo, debemos reflexionar sobre algunas cuestiones preliminares, como son si tales conductas violentas en parejas adolescentes tienen o no encaje en el concepto legal de violencia de género; cuál debe ser la ley aplicable para perseguir tales conductas; y cuál es el balance de la situación actual en España de este tipo de violencia.

II. POSIBILIDAD DE COMISIÓN DE ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO POR MENORES DE EDAD

La LOMPIVG no parte, a los efectos de establecer su ámbito de aplicación, de un concepto amplio de violencia de género, entendida como la que se ejerce contra otra persona por razón de su género o sexo; por el contrario, esta norma pretende reaccionar «contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1.1); entendiéndose comprendido en el concepto legal «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (art. 1.3).

En coherencia con lo anterior, la definición legal de violencia de género exige la concurrencia de varios elementos tanto subjetivos, relativos al agresor y a la víctima, como objetivos, referidos al tipo de agresión cometida; además, parece exigirse también un elemento intencional por parte del agresor. Pero no se trata, en este momento, de hacer un análisis detenido del alcance práctico de cada uno de los requisitos legales, sino de centrarnos en si la edad del agresor o, en su caso, de la víctima, puede ser o no considerada como un condicionante de la calificación de un acto como violencia de género.

En lo que respecta a la víctima de la conducta violenta, la LOMPIVG deja claro, ya desde su art. 1, que la misma debe ser una mujer, por cuanto se califica como violencia de género aquel acto de discriminación contra esta. Pero además, se requiere una determinada relación de afectividad entre la víctima y el agresor, ya que este debe ser o haber sido cónyuge o haber tenido una relación de afectividad, aun sin convivencia, con aquella. Esto es, de conformidad con el art. 87 *ter*.1 LOPJ, es necesario que la mujer hubiese contraído matrimonio con el autor del delito, aunque el vínculo matrimonial se hubiera roto, y con independencia del tiempo transcurrido desde la ruptura; o bien que la mujer hubiese estado unida con el autor del delito por una relación de

afectividad similar al matrimonio, aún en el caso de que no hubiese convivencia (parejas de hecho, parejas de novios),¹⁶³¹ y siendo también a estos efectos irrelevante que se haya producido la ruptura de esa relación y el tiempo transcurrido desde la misma.

En lo que aquí interesa, la LOMPIVG no establece condicionante alguno relativo a la edad de la víctima para calificar un acto como de violencia de género; más bien en sentido contrario, su art. 17 afirma que todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (entre las que deben entenderse incluidas las relativas a la edad), tienen garantizados los derechos reconocidos en la ley.

A su vez, en lo que se refiere al agresor, de acuerdo con su art. 1.1, el objeto general de la LOMPIVG es atajar la violencia que «se ejerce sobre éstas (las mujeres) por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». En consecuencia, el autor de la violencia solo puede ser un hombre, de tal forma que quedarán fuera de la especial protección de la ley las agresiones en el caso de parejas del mismo sexo o de una mujer hacia su marido, pareja o expareja.¹⁶³² En estos casos, se trata de actos de violencia doméstica, que deberán ser instruidos por el órgano de instrucción competente y tramitados de acuerdo con las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por el contrario, sí se aplicarán las medidas de protección de la LOMPIVG cuando se trate de parejas de distinto sexo formadas por tran-

1631. Especial relevancia tienen las parejas de novios sin convivencia en el contexto de las agresiones cometidas por menores, respecto a las cuales, la jurisprudencia exige una cierta vocación de estabilidad o permanencia en la relación sentimental, quedando excluidas las relaciones de mera amistad o los encuentros coyunturales o esporádicos. *Vid.* STS de 14 de diciembre de 2011 (RJ 2012/3357); SAP de Burgos, de 9 de diciembre de 2012 (ARD 2012/51); SAP de Alicante, de 14 de septiembre de 2009 (ARD 2009/1388); SAP de Navarra, de 22 de marzo de 2005 (JUR 2005/19557); SAP de Barcelona, de 15 de marzo de 2004 (JUR 2004/120640); AAP de Cádiz, de 27 de enero de 2010 (AC 2010/385).

1632. Se trata de una clara manifestación del principio de discriminación positiva en favor de la mujer que ha sido declarado ajustado al texto constitucional por la STC 59/2008, de 14 de mayo.

sexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer.¹⁶³³

En cambio, la LOMPIVG, a lo largo de su articulado, omite cualquier alusión a requisitos de edad del agresor. Es más, no podemos olvidar que de acuerdo con el Código Civil, podrán contraer matrimonio los menores de más de 16 años si están emancipados, e incluso los mayores de 14 años si tienen dispensa judicial (arts. 46 y 48 CC); y, por supuesto, pueden mantener relaciones de noviazgo o afectividad, lo que permitirá que se cumpla el requisito de la relación de afectividad entre víctima y agresor que exige la ley a los efectos de calificar una conducta como violencia de género. No obstante, como se explica seguidamente, un sector jurisprudencial minoritario ha considerado que este requisito no se puede cumplir en el caso de parejas menores de edad.

De acuerdo con lo expuesto, *a priori*, no existe óbice jurídico alguno para que un menor de entre 14 y 18 años sea autor de un acto de violencia de género contra una víctima, ya sea menor o mayor de edad. Sin embargo, como apuntamos, existe un sector jurisprudencial minoritario que considera que entre las parejas adolescentes no es posible que se dé uno de los requisitos exigidos por la LOMPIVG para calificar un acto como violencia de género, al considerar que entre parejas adolescentes no puede existir «análoga relación de afectividad aun sin convivencia».

Un buen exponente de este sector jurisprudencial minoritario lo encontramos en la SAP de Cantabria, de 5 de noviembre de 2009, que confirma la calificación del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Santander, al no considerar como acto de violencia de género, sino como una falta de coacciones del art. 620 CP, las actuaciones del acusado, que en el momento de cometer los hechos tenía 18 años, frente a la víctima, de 16, producidos como consecuencia de la ruptura de la relación afectiva que ambos mantenían. En concreto, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, el acusado trató de influir en el ánimo de la víctima para que retomasen la relación con llamadas

1633. *Vid.*, Circular de la FGE 4/2005, de 18 de julio, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Igualmente, SAP de Vizcaya, de 8 de marzo de 2010 (JUR 2010/399278).

intimidatorias, presentándose en el centro de estudios de aquella dando gritos, o personándose en las inmediaciones de su domicilio, llegando a arrebatarle el teléfono móvil para ver sus llamadas y, finalmente, tirarlo a la basura.

En relación a los hechos descritos, la AP de Cantabria señala que «es posible que la relación haya sido larga (dicen que 2 años), pero de este dato no cabe inducir que se trataba de una relación afectiva susceptible de ser calificada como de pareja a los fines previstos en la norma examinada. En efecto, se trata de una menor de edad que en la actualidad cuenta con 15 años (de lo que se colige que cuando empezó la pretendida relación contaba solo con 13) y de un muchacho que tiene ahora 18». Y por ello, continúa señalando la AP, «es difícil imaginar que a estas edades con el grado de madurez que se les supone se pueda tener una vocación de pareja con idea de proyecto común y compartido. Ambos estudian y viven con sus padres, de quienes dependen hasta tal punto que cuando surgieron los problemas (así lo ha relatado Lourdes) ha sido su padre quien ha intervenido y a quien la menor rápidamente trató de llamar cuando ocurrió el incidente enjuiciado. En el conflicto surgido tras haberle dejado, tuvo especial relevancia para ambos la actitud desplegada por una amiga de la joven, también de la misma edad, Paula, compañera suya de instituto, revelador del tipo de unión que tenían ambos jóvenes, influenciada y muy dependiente, como es propio en personas de su edad y circunstancias, del grupo o pandilla en la que se mueven. De proyecto futuro no cabe ni pensar. De vinculaciones tampoco. Lo que había entre ambos era la típica relación de enamoramiento propia de adolescentes que puede prolongarse más o menos en el tiempo, pero en la que no se puede predicar que concurren las notas características de una pareja a los fines previstos en la norma».¹⁶³⁴

Ante este criterio jurisprudencial ha reaccionado la FGE en su Circular 6/2011, de 2 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de ac-*

1634. SAP de Cantabria, de 5 de noviembre de 2009 (JUR 2009/482819). En sentido similar, considerando la edad como elemento determinante para calificar como tal una relación de afectividad a los efectos de la tipificación de una infracción penal como violencia de género: SSAP de Tarragona, de 6 de febrero de 2006 (EDJ 2006/27949); de Madrid, de 27 de junio de 2007 (JUR 2007/34587).

tuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer, señalando que «aunque la plena capacidad se concede con la mayoría de edad, las mujeres que no la han alcanzado gozan de capacidad para decidir el inicio de una relación sentimental que las sitúa, sin duda alguna bajo la esfera de tutela penal que se otorga a las mujeres víctimas de violencia de género».

Y añade que «no parecen criterios asumibles aquellos que niegan la tutela penal a las adolescentes víctimas de violencia de género, por carecer de proyecto de vida en común con su pareja; o por convivir con los padres y depender económicamente de ellos, o por haber existido una ruptura transitoria en la relación, o por cualquier otra causa que la norma no requiere. La realidad nos pone de manifiesto que en algunas relaciones entre adolescentes o jóvenes se ejercen conductas de control, asedio, vigilancia, agresividad física o verbal o diversas formas de humillación que encajan en los tipos penales contenidos en los arts. 153 (delito de maltrato ocasional), 171-4 (delito de amenazas), 172-2 (delito de coacciones), 148-4 (delito de lesiones) y 173-2 del CP (delito de violencia habitual)».¹⁶³⁵

A nuestro juicio, resultan plenamente acertados y convincentes los argumentos expuestos por la FGE para rebatir la tesis jurisprudencial apuntada la cual resulta excesivamente rigorista y un tanto artificial, por cuanto se asienta en que la carencia de un proyecto de vida en común o de independencia económica y familiar respecto de los padres, que resulta habitual en las parejas adolescentes, impide apreciar en estas la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal y, con ello, de un presupuesto indispensable para que una conducta violenta del varón sobre la mujer pueda ser constitutiva de violencia de género.

No parece que haya sido esta la intención del legislador al articular el sistema de protección integral de las víctimas de violencia de género que recoge la LOMPIVG, en la que expresamente se declara su aplicabilidad a cualquier mujer víctima de violencia de género, con indepen-

1635. En esta línea, la SAP de Cáceres de 16 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/197039) confirma la Sentencia dictada por el Juzgado de Menores de Cáceres por la que se condena a un menor por un «delito de violencia de género de lesiones».

dencia de su «origen, condición o cualquier otra circunstancia personal o social». Y, de hecho, como veremos al analizar los datos estadísticos sobre la violencia ejercida por menores susceptible de ser calificada como violencia de género, nuestros tribunales la tratan como tal.

III. LEY APLICABLE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EJERCIDA POR MENORES

Aunque, como se acaba de exponer, la LOMPIVG no establece requisito alguno de edad en relación al autor del acto violento ni con respecto a la víctima para poder calificar una infracción como violencia de género, se suscitan dudas sobre la ley aplicable cuando ese hecho se comete por un menor de entre 14 y 18 años.

El motivo radica en que, de conformidad con el art. 1 LORPM, ante un acto delictivo de esta naturaleza, procede poner en marcha el proceso penal juvenil regulado en esta ley. En efecto, el citado precepto señala que «Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales», sin establecer ningún tipo de limitación. En cambio, el art. 1.1 LOMPIVG dispone que la misma tiene por objeto «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia», sin que exista, como ya se indicó, ningún condicionante relativo a la edad del autor del acto violento. A ello se añade que, de conformidad con el art. 17 LOMPIVG, las medidas de protección a la víctima en ella contempladas se aplicarán en todo caso con independencia de la edad de la víctima. Por tanto, da a entender que la LOMPIVG también será de aplicación a los supuestos de violencia de género ejercida por menores.

Como es sabido, la determinación de la norma aplicable en este tipo de situaciones de conflicto entre dos leyes exige acudir al criterio *lex*

specialis derogat generalis, que supone que la ley especial prevalece sobre la ley general. No obstante, en el caso que nos ocupa, la dificultad para la concreción de la norma de aplicación deriva de que tanto la LORPM como la LOMPIVG son leyes especiales, que tratan de dar una respuesta legal diferenciada a la delincuencia juvenil y a la violencia de género, respectivamente.

Pues bien, ante tal dilema, entendemos que la propia razón de ser del sistema de justicia penal juvenil, justifica la aplicabilidad de la LORPM en estos casos. A saber, la necesidad de establecer en un ordenamiento jurídico concreto un sistema de justicia especialmente diseñado para los menores de edad, tiene su razón de ser en que el desarrollo intelectual, emocional y físico de un menor es distinto al de un adulto, en cuanto su personalidad está en proceso de formación y si comete un hecho delictivo debe buscarse tanto un proceso como una respuesta penal que esté orientada a su educación y su reinserción social con el objeto de que, una vez alcanzada la mayoría de edad, se integre en la sociedad como un adulto responsable.

Por este motivo, el proceso penal de menores actualmente vigente en nuestro país, en consonancia con la normativa internacional existente sobre la materia, está informado por una serie de principios específicos que le dotan de una particular configuración y le distinguen del proceso penal de adultos. Estos principios se manifiestan a lo largo del articulado de la LO 5/2000, pero ya se proclaman de forma genérica en su propia Exposición de Motivos, al señalar que «la ley está conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores infractores, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos de edad a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad y flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de los menores para la ejecución de las medidas impuestas

en la sentencia y control judicial de esta ejecución». Y añade además que «en el Derecho penal de Menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor». Esto significa que todo el sistema penal de menores debe estar orientado a buscar lo que es mejor para el menor, para su reeducación o resocialización, lo que exige incorporar al proceso penal de menores una serie de adaptaciones o especialidades procesales, que permitan que la respuesta penal ante la delincuencia juvenil se adapte a lo que aconseja el interés del menor en cada caso, es decir, que permitan adoptar las decisiones y medidas más beneficiosas para la reeducación del menor en atención a sus circunstancias personales, educativas y sociales.

Por todo lo anterior, ante un acto de violencia de género cometido por un menor de edad comprendida entre los 14 y los 18 años, debe entenderse aplicable la LORPM, con lo que ello supone, por ejemplo, con respecto a la competencia, que se le asignará a la Fiscalía de Menores y al Juzgado de Menores en lugar de al Juzgado de Violencia sobre la Mujer; a las medidas cautelares o de protección a la víctima susceptibles de ser adoptadas en el marco de este proceso; o, por lo que aquí más nos interesa, a la vigencia de las importantes manifestaciones del principio de oportunidad reglada que contempla la LORPM.

Pero en cualquier caso, esto no implica que el régimen de protección integral de la víctima diseñado en la LOMPIVG quede absolutamente excluido cuando el acto de violencia de género sea cometido por un menor. Efectivamente, como ya se apuntó, el art. 17 LOMPIVG garantiza la protección integral de la ley a toda mujer víctima de violencia de género con independencia de su «origen, condición o cualquier otra circunstancia personal o social»; aunque la forma de materializarse dicha protección debe matizarse cuando el agresor sea un menor de edad, en cuanto deberá ajustarse a las peculiaridades del sistema de justicia penal juvenil, informado por el principio del superior interés del menor.

IV. SITUACIÓN ACTUAL EN ESPAÑA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EJERCIDA POR MENORES

No es fácil hacer un balance de la situación actual en España de la violencia de género ejercida por menores debido a la dificultad, cuando no imposibilidad, al menos hasta fechas muy recientes, de obtener cifras reales, exactas y actualizadas de los actos (delitos y faltas) de violencia de género cometidos en todo el territorio nacional por menores que hayan sido enjuiciados y sentenciados en firme. Tal situación se puede explicar por múltiples razones concurrentes, entre las que podemos señalar las siguientes.

La primera se encuentra en la escasa atención que ha merecido por parte de la doctrina jurídica la violencia de género en las parejas adolescentes y el tratamiento que se ha de dispensar a esta modalidad delictiva desde la justicia juvenil; y ello porque los supuestos de violencia de género protagonizados por menores son, afortunadamente, muy inferiores, tanto en número como en gravedad o resultados trágicos, a los cometidos por los adultos.¹⁶³⁶

Otra razón de la situación apuntada se halla en que, también por su escasez en número y gravedad, los episodios de violencia de género cometidos por adolescentes han quedado eclipsados por el fenómeno de la violencia doméstica intrafamiliar ejercida por menores contra sus progenitores o hermanos, que sí ha adquirido en los últimos años tintes mucho más preocupantes y ha merecido un amplio tratamiento mediático y científico, tanto desde la perspectiva jurídica como psicológica y sociológica.¹⁶³⁷ A ello se añade que el tratamiento de la violencia de

1636. *Vid.*, GARCÍA INGELMO, F. M., «Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores», *II Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres*. Sevilla, 28 a 29 de noviembre de 2011. (http://www.congresoestudioviolencia.com/2011/ponencias/francisco_manuel_garcia_ingelmo.pdf), pp. 1-2 (Consultado el 4 de julio de 2013).

1637. A este respecto, cabe destacar la aprobación por la Fiscalía General del Estado de la *Circular 1/2010 sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*, en la que expresamente se advierte que la misma no se aplica a los casos de violencia de género ejercida por menores porque su incidencia en la jurisdicción de menores es muy escasa y presenta perfiles

género entre adolescentes es habitualmente menos complejo que el de la violencia intrafamiliar protagonizada por estos.¹⁶³⁸

Lo anterior determina que las pocas fuentes estadísticas que existen sobre esta materia aporten poca información sobre los casos de violencia de género ejercida por menores, ya que, por lo general, se recogen y tratan conjuntamente los datos relativos a la violencia de género e intrafamiliar, habitualmente bajo el epígrafe «violencia doméstica», sin que se desglosen los relativos a una y otra, limitándose a insistir en la escasa incidencia cuantitativa que tiene la violencia de género dentro de la jurisdicción de menores.¹⁶³⁹

En tercer lugar, también debemos hacer alguna alusión a la metodología seguida en la recogida de datos estadísticos sobre la criminalidad juvenil, por cuanto, al hecho de que estas cifras se publican, generalmente, con al menos un año de retraso, se añade la escasa fiabilidad estadística de las aplicaciones informáticas de las que se toman los datos, por lo que hay que insistir en la relatividad de las cifras que se manejan. Esta realidad viene siendo denunciada año tras año, por ejemplo, con respecto a la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*. Concretamente, en la Memoria de 2012, la Fiscal de Sala Coordinadora en materia de Menores pone de relieve los problemas de tomar como referencia a efectos estadísticos las diligencias preliminares incoadas por las infracciones imputadas a menores, porque el número de estas diligencias no coincide con el número de infracciones cometidas ni con el de menores infractores. Destaca que «las cifras reales de delincuencia deben situarse por debajo del número de diligencias preliminares incoadas, si se tiene en cuenta que todos los atestados, denuncias, comparecencias, etc., que se reciben en Fiscalía dan lugar a la incoación de diligencias preliminares, pero en muchas de ellas, el menor no es in-

que aconsejan un tratamiento diferenciado.

1638. Vid., GARCÍA INGELMO, F. M., «Violencia de género en parejas adolescentes...», *op. cit.*, p. 2.

1639. Buena muestra de ello son, por ejemplo, las *Memorias de la Fiscalía General del Estado*, ya que hasta la Memoria de 2012, que recoge los datos relativos al año 2011, aparecían englobados en un único apartado referido a violencia doméstica, tanto la *violencia de género* como la *violencia doméstica hacia ascendientes y hermanos*.

fractor, sino víctima, o se encuentra simplemente en situación de riesgo. Los números de registro permanecen a efectos estadísticos, aunque las diligencias se archiven o se inhiban luego a los Juzgados de Instrucción competentes». ¹⁶⁴⁰

Pues bien, hechas estas indicaciones sobre la relatividad con la que se deben tomar los datos estadísticos sobre la violencia de género ejercida por menores, por las razones apuntadas, pasamos a exponer las cifras que se recogen en algunas de estas fuentes estadísticas más relevantes.

Si atendemos a las *Memorias de la Fiscalía General del Estado* de los años 2010 a 2014, lo primero que cabe destacar es que, hasta la Memoria de 2012, no se desglosaban en apartados separados los datos relativos a la violencia doméstica contra ascendientes y hermanos y los referidos a la violencia de género ejercidas por menores.

En relación con la violencia de género, las Memorias de los años 2010 y 2011, se limitan a destacar que estos casos tienen muy escasa incidencia cuantitativa dentro de la jurisdicción de menores, especialmente si se comparan sus cifras con las de la violencia intrafamiliar contra los progenitores y hermanos. Además, se insiste en que el tratamiento de aquella forma de violencia es menos complicado que el de esta, ya que, en la violencia sobre ascendientes, la finalidad que se persigue es la vuelta del menor a su entorno familiar, mientras que en la de género, el objetivo es antagónico: el alejamiento del menor de la joven con la que ha mantenido la relación afectiva. Por ello, la medida más habitual que se aplica en estos casos es la de alejamiento dentro de una libertad vigilada. ¹⁶⁴¹

En la Memoria de 2012, se sigue poniendo de manifiesto que la violencia de género ejercida por menores arroja cifras muy inferiores a las de la violencia doméstica, pero esta afirmación ya se corrobora con datos concretos, señalando que en todo el territorio nacional se registraron un total de 473 casos, frente a los 5377 de violencia doméstica. ¹⁶⁴² A su

1640. *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2012* (www.fiscal.es), pp. 951-952.

1641. *Vid.*, *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2010* (www.fiscal.es), p. 1010; *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2011* (www.fiscal.es), pp. 116-117.

1642. *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2012...*, *op. cit.*, pp. 160-955.

vez, en la Memoria de 2013, se constata un repunte importante de los casos de violencia de género (632), frente a los de violencia doméstica (4936),¹⁶⁴³ mientras que en la Memoria de 2014 se refleja un considerable descenso tanto de un tipo de violencia como de otro (327 casos de violencia de género y 4659, de violencia doméstica).¹⁶⁴⁴

A este respecto, también resulta ilustrativa la *Estadística de Violencia Doméstica y Violencia de Género. Año 2013*, publicada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) el 23 de mayo de 2014. No obstante, también adolece de algunos de los defectos apuntados, ya que, como se indica en su propia *Nota metodológica*, esta estadística se elabora a partir de los datos que constan en el *Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género*, por lo que se centra en el estudio de asuntos incoados en los que se adoptaron medidas cautelares, ofreciendo información sobre víctimas y denunciados con medidas cautelares, pero no sobre condenados, sentencias o medidas de seguridad impuestas en sentencia firme. Por tanto, ni siquiera contempla la totalidad de las denuncias presentadas, sino solo las que han dado lugar a su inscripción en el Registro por haberse adoptado medidas cautelares.

Los datos que nos ofrece esta estadística del INE correspondientes al año 2013 son los siguientes: en cuanto a las víctimas, el total fue de 27122, de las cuales 499 tenía menos de 18 años; y, en lo que respecta a los denunciados por violencia de género, el total fue de 27017, de los cuales 76 eran menores de edad.

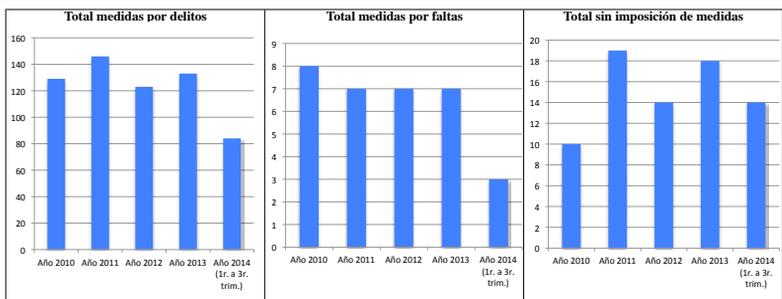
Si atendemos a los datos que esta misma estadística nos ofrece sobre la violencia doméstica, se constatan las mismas conclusiones recogidas en las Memorias de la Fiscalía General del Estado, en el sentido de que la incidencia de esta en la jurisdicción de menores es mucho más elevada que la de la violencia de género. Así, del total de denunciados por violencia doméstica en el año 2013 (5037), 362 eran menores de 18 años.

1643. *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2013* (www.fiscal.es), pp. 412-413.

1644. *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014* (www.fiscal.es), pp. 442-443.

Por último, nos referiremos a los datos sobre la violencia de género en la jurisdicción de menores que se recogen en la *Estadística Judicial* publicada por el Consejo General del Poder Judicial, cuya principal fuente de información son los boletines estadísticos que deben cumplimentar trimestralmente cada uno de los órganos judiciales, en este caso, los Juzgados de Menores. Dicha Estadística proporciona cifras mucho más actualizadas sobre la violencia de género ejercida por menores, y además de modo muy detallado, por cuanto recoge los datos desde al año 2010 hasta el tercer trimestre de 2014, y los desglosa por comunidad autónoma y en función de los procedimientos incoados, los menores enjuiciados (por delitos y faltas) y las sentencias dictadas. No obstante, a modo de resumen, y centrándonos en el número de menores enjuiciados en estos años por actos de violencia de género (delitos y faltas), los datos referidos a todo el territorio nacional son los siguientes.

	Con imposición de medidas por conductas tipificadas como delito					Con imposición de medidas por conductas tipificadas como faltas					Sin imposición de medidas				
	Total menores enjuiciados	Edad 14-15 años español	Edad 14-15 años extranjero	Edad 16-17 años español	Edad 16-17 años extranjero	Total menores enjuiciados	Edad 14-15 años español	Edad 14-15 años extranjero	Edad 16-17 años español	Edad 16-17 años extranjero	Total menores enjuiciados	Edad 14-15 años español	Edad 14-15 años extranjero	Edad 16-17 años español	Edad 16-17 años extranjero
Año 2010	129	15	6	83	25	8	0	1	4	3	10	2	1	6	1
Año 2011	146	13	10	79	44	7	2	0	5	0	19	1	0	15	3
Año 2012	123	10	3	82	28	7	3	0	3	1	14	0	0	12	2
Año 2013	133	14	7	80	32	7	0	0	2	5	18	0	0	13	5
Año 2014 (I. a 3r. trim.)	84	11	5	52	16	3	0	0	2	1	14	1	2	8	3



Pues bien, de todo lo expuesto y contrastando los datos que nos proporcionan las distintas fuentes consultadas, podemos concluir que en los últimos años el fenómeno de la violencia de género en parejas adolescentes se mantiene estable, al menos, en términos cuantitativos; y, por el momento, no ha adquirido tintes alarmantes como sí empieza a suceder con la violencia intrafamiliar. Con todo, se trata de una realidad respecto de la que los operadores implicados en su prevención y tratamiento desde los diferentes ámbitos no deben bajar la guardia con el fin de poder planificar e implementar medidas tempranas, fundamentalmente de carácter educativo, tendentes a evitar su progresión y, en la medida de lo posible, erradicarla.

V. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL DE MENORES POR VIOLENCIA DE GÉNERO

1. Consideraciones previas

Como hemos apuntado, el proceso penal de menores vigente actualmente en España, en consonancia con la normativa internacional, está informado por una serie de principios específicos que le dotan de una particular configuración y le distinguen del proceso penal de adultos. De tales principios, que se proclaman de forma genérica en la Exposición de Motivos de la LORPM, cabe destacar por lo que aquí interesa, el de la *flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas en atención a las circunstancias del caso concreto*, que obliga a adaptar la respuesta penal ante la delincuencia juvenil a lo que aconseja el interés del menor infractor en cada caso; es decir, a que se adopten las decisiones y medidas más idóneas y beneficiosas para la reeducación del concreto menor tomando en consideración sus circunstancias personales, educativas y sociales. Y, por ello, este principio es el que justifica y ampara las importantes manifestaciones del llamado *principio de oportunidad reglada* que contempla la LORPM.

Se puede decir que el *principio de oportunidad* es el contrapunto del *principio de legalidad*, que rige con carácter general en nuestro sistema

procesal penal. Tales principios nos indican en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal o, lo que es lo mismo, cuándo y cómo debe iniciarse y finalizar el proceso penal. Conforme al *principio de legalidad*, el proceso penal debe iniciarse necesariamente ante la sospecha de la comisión de un hecho delictivo sin que el fiscal pueda solicitar, ni el juez conceder, el sobreseimiento, mientras haya un presunto autor y existan indicios suficientes para acusarlo y enjuiciarlo y, en su caso, imponerle una condena. En cambio, el *principio de oportunidad* permite que, aun concurriendo los presupuestos para iniciarse un proceso penal contra una determinada persona, se desista de iniciarlo o, incluso, una vez iniciado, se le ponga fin anticipadamente por razones de política criminal; esto es, si se aprecia que, en el caso concreto, puede ser más beneficioso para la resocialización del imputado y para la sociedad adoptar otras medidas en relación con este distintas de la imposición de la pena que procedería conforme a una legalidad estricta.¹⁶⁴⁵

Por tanto, el *principio de oportunidad* implica otorgar al Ministerio Fiscal y al juez un cierto margen de discrecionalidad para que, con la ayuda del equipo técnico, busquen y apliquen en cada caso la solución que mejor se ajuste a lo que requiere el interés del menor. Pero también hay que matizar que este *principio de oportunidad* y esta discrecionalidad no suponen arbitrariedad, porque en nuestro Derecho no rige la llamada *oportunidad libre*, sino la *oportunidad reglada*. Es decir, la propia ley fija las condiciones en las que se puede hacer uso de esta discrecionalidad (*v. gr.*, solo cuando se trata de faltas o delitos menos graves; que no se hayan cometido con violencia o intimidación; que el menor se comprometa a realizar actividades educativas; etc.).

1645. *Vid.*, CALLEJO CARRIÓN, S., «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *Diario La Ley*, n.º 6366, 24 de noviembre de 2005, p. 2 (www.laley.net). Las razones que se han invocado tradicionalmente para fundamentar este principio de oportunidad son muy diversas. Cabe destacar las siguientes: a) la escasa entidad de la lesión producida mediante la comisión del hecho delictivo; b) fomentar que se repare a la víctima; c) evitar los efectos criminógenos de las penas o medidas privativas de libertad cortas; d) obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a otras medidas de resocialización, y e) en el caso de los menores, evitar la estigmatización que supone el verse sometido a un proceso penal.

Pues bien, en el proceso penal de menores, al igual que en el de adultos, rige, con carácter general, el *principio de legalidad*, y así queda patente en distintos preceptos de la LORPM en relación con ciertos aspectos como los siguientes: *a)* la responsabilidad penal del menor solo surge por la comisión de hechos tipificados legalmente como delitos o faltas (art. 1 LORPM); *b)* solo se pueden imponer al menor las medidas que prevé la ley (art. 7 LORPM); *c)* solo se pueden imponer tales medidas siguiendo el procedimiento regulado legalmente (art. 43 LORPM), y *d)* las medidas impuestas se deben ejecutar en la forma prevista por la LORPM y en los reglamentos de desarrollo (art. 43 LORPM).

Pero luego la LORPM deja un amplio margen al *principio de oportunidad*, estableciendo múltiples manifestaciones de la misma en distintos momentos del proceso e incluso de la fase de ejecución de las medidas impuestas.

Así, antes del inicio de la fase de instrucción propiamente dicha, y tras la práctica de las diligencias preliminares, el fiscal puede acordar el *desistimiento* de la incoación del expediente conforme a lo previsto en el art. 18 LORPM.¹⁶⁴⁶ Posteriormente, una vez iniciado el expediente de reforma, todavía es posible que se decrete el *sobreseimiento* del expediente por diferentes razones (arts. 19 y 27.4 LORPM).¹⁶⁴⁷ Y en la fase

1646. Las circunstancias que, conforme al art. 18 LORPM, condicionan esta facultad del fiscal son las siguientes: *a)* que los hechos denunciados estén tipificados en el Código Penal o en otras leyes penales especiales como delitos menos graves o faltas; *b)* que, tratándose de delitos menos graves, se hayan cometido sin violencia o intimidación en las personas; *c)* que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, y *d)* que sea factible la corrección del menor en el ámbito educativo y familiar.

1647. El art. 19 LORPM contempla la posibilidad de sobreseimiento cuando el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. A su vez, el art. 27.4 LORPM prevé la posibilidad de sobreseimiento del expediente a propuesta del propio equipo técnico, cuando este en su informe ponga de relieve que es lo más conveniente para el interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada cualquier intervención respecto del menor, dado el tiempo ya transcurrido desde la comisión de los hechos. Pero tal sobreseimiento solo será viable si concurren los requisitos previstos en el art. 19.1 LORPM, referidos a la gravedad del hecho imputado al menor, es decir, que constituya un delito menos grave o una falta, y a su comisión sin violencia o intimidación graves.

intermedia del proceso o al inicio de la fase de audiencia es posible la terminación anticipada del proceso por *conformidad* del menor y de su abogado (arts. 32 y 36 LORPM).¹⁶⁴⁸

A su vez, tras la sentencia en la que se imponga al menor infractor alguna de las medidas legalmente previstas, el *principio de oportunidad reglada* se manifiesta tanto en la posibilidad de *suspensión condicional* de la ejecución del fallo (art. 40 LORPM),¹⁶⁴⁹ como en la eventual *sustitución de las medidas impuestas* por otras más adecuadas (arts. 51 y 14 LORPM).¹⁶⁵⁰

1648. La LORPM permite la conformidad del menor en dos momentos procesales distintos: en la fase intermedia, manifestándose en el escrito de alegaciones del letrado del menor (art. 32 LORPM); o en la fase de audiencia, mostrándose al inicio de la misma (art. 36 LORPM). Pero los requisitos de tal conformidad son diferentes según se exprese en uno u otro momento. En el primer caso, es necesario que en el escrito de alegaciones de la acusación no se solicite medida de internamiento (sea cerrado, semiabierto, abierto o terapéutico) ni de inhabilitación absoluta; que haya conformidad del menor infractor y de su letrado, así como de los responsables civiles; y que la conformidad expresada en el escrito de alegaciones se ratifique formalmente en una comparecencia ante el Juez de Menores. A su vez, la conformidad prevista en el art. 36 LORPM, al inicio de la fase de audiencia, difiere de la anterior en que puede ser viable aun cuando las medidas solicitadas sean las de internamiento o inhabilitación absoluta; no es indispensable el consenso del menor y de su letrado para que tal conformidad pueda surtir efecto; y, además, este eventual consenso no vincula definitivamente al juez en orden a dictar sentencia en los términos de dicha conformidad («podrá dictar»), sino que podrá acordar la duración de la medida que estime más conveniente, e incluso, la absolución del menor infractor.

1649. Tal suspensión, que se podrá acordar motivadamente en la propia sentencia o bien por auto del juez competente para la ejecución cuando aquella sea firme, solo es posible cuando la medida impuesta tenga una duración no superior a dos años; y únicamente se podrá mantener durante un tiempo determinado que no exceda de dos años. Se trata de una suspensión condicionada, ya que se supedita a que el menor infractor no sea condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión (si ha alcanzado la mayoría de edad), o no se le aplique ninguna medida conforme a la LORPM durante ese mismo tiempo; y a que asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones. Además, el juez puede aplicarle un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socioeducativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores. Si estas condiciones no se cumplieran, el Juez alzaré la suspensión y se procederá a ejecutar la sentencia en todos sus extremos.

1650. El art. 51 LORPM, bajo la rúbrica «*Sustitución de las medidas*», contempla en realidad dos posibilidades distintas, la de «dejar sin efecto» de modo anticipado la

Todas estas manifestaciones del *principio de oportunidad* tienden a hacer efectivos el principio de subsidiariedad o intervención mínima del derecho sancionador y el del superior interés del menor, buscando otras posibles soluciones que sean menos represivas y más educativas para este. Pero no todas ellas serán objeto de estudio en este trabajo, bien porque la ley deja claro que no son viables en los supuestos de conductas violentas (así sucede con el desistimiento de la incoación del expediente ex art. 18 LORPM, que podría operar únicamente ante la falta de injuria o vejación injusta de carácter leve del art. 620.2.º CP), o bien porque no presentan particularidades reseñables cuando el proceso penal de menores venga motivado por actos de violencia de género ejercida por estos (tal es el caso de la conformidad, regulada en los arts. 32 y 36 LORPM, y de la suspensión de la ejecución del fallo, prevista en el art. 40 LORPM).

Por ello, nos detendremos únicamente en el análisis de la viabilidad, en los supuestos de violencia de género ejercida por menores, del sobreseimiento del proceso por conciliación o reparación (art. 19 LORPM) y de la sustitución de la medida impuesta por conciliación (art. 51 LORPM). Como es sabido, son las manifestaciones del *principio de oportunidad* que pueden ir precedidas de un intento de mediación entre el menor infractor y la víctima y, en consecuencia, las que han suscitado más controversia a la vista de la prohibición genérica de mediación contemplada en el art. 44.5 LOMPIVG.

2. Posibilidades de mediación en el proceso penal de menores por violencia de género

La mediación con menores infractores tiene en nuestro ordenamiento un estricto carácter reglado, ya que el legislador no ha per-

medida aplicada y la de «sustituirla por otra medida» que se estime más adecuada por un tiempo igual o inferior al que resta para su cumplimiento. Además, en su apdo. 3, contempla expresamente la posibilidad de dejar sin efecto la medida cuando el menor se haya conciliado con la víctima en los términos del art. 19 LORPM, cualquiera que sea el momento en que se verifique dicha conciliación.

mitido que la víctima y el infractor puedan acudir a este mecanismo en cualquier momento y circunstancia, sino que ha fijado tanto los momentos procesales en los que ello es posible como los requisitos o presupuestos que han de concurrir para que se pueda hacer uso de la mediación en cada caso, así como sus efectos. Además, también establece ciertos mecanismos de control para asegurar que se respetan estos límites legales y las garantías jurídicas básicas de las partes intervinientes en la mediación.

A la hora de analizar la posibilidad de mediación en los supuestos de violencia de género ejercida por un menor, es necesario partir de los presupuestos y requisitos previstos en la LORPM, en cuanto que, como se expuso, ante la comisión de una infracción penal por un menor de entre 14 y 18 años es de aplicación la ley penal juvenil. En consecuencia, no supone obstáculo alguno para la mediación en este ámbito la prohibición general que a este respecto se contiene en el art. 44.5 LOMPIVG.

Ahora bien, teniendo en cuenta que uno de los motivos que han provocado la inclusión de esa prohibición en la LOMPIVG es la desigualdad entre el autor del acto de violencia género y la víctima, elemento esencial en todo procedimiento de mediación, y pese a su inaplicación cuando el autor es menor de edad, los fiscales y el equipo técnico deberán estar muy atentos al posible desequilibrio entre las posiciones de las partes en la mediación, debiendo poner fin a la misma de concurrir esa situación de desigualdad. En estos casos, de considerar el Ministerio Fiscal o el equipo técnico la procedencia, por las circunstancias del menor infractor y en atención a su interés, de la terminación del proceso penal juvenil a través de alguna solución extrajudicial, deberá acudirse a otra fórmula distinta a la mediación, como puede ser el sobreseimiento por haber aceptado el menor la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Pues bien, en los apartados siguientes, analizaremos las distintas posibilidades de mediación en el proceso penal juvenil y su posible aplicación ante un acto de violencia de género cometido por un menor.

a) *Sobreseimiento del proceso por conciliación o reparación entre el menor y la víctima o perjudicado (arts. 19 y 27.3 LORPM)*

La primera posibilidad de mediación que contempla la LORPM se recoge en su art. 19, que permite al Ministerio Fiscal, cuando el expediente de reforma ya está en marcha, solicitar al juez de Menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en su conducta, y condicionando tal posibilidad a la observancia por parte del menor de alguna de estas conductas: que se haya conciliado con la víctima, que haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o que se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe (art. 19.1 LORPM).

No obstante, si bien se observa, solo en los dos primeros casos apuntados, es decir, en los de conciliación o reparación entre el menor y la víctima, se puede hablar de una auténtica *mediación* víctima/menor infractor, pues en el tercero lo único que implica es la posible aceptación y cumplimiento por el menor de la actividad educativa que le propone el equipo técnico, sin intervención alguna de la víctima o perjudicado, y como una alternativa a la imposibilidad de conciliación o reparación o porque el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor.¹⁶⁵¹

La viabilidad del sobreseimiento del proceso derivado de la mediación entre el menor y la víctima, que regula el art. 19 LORPM, se condiciona a la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1. *Que el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta*, entendiendo, como ya se expuso al analizar este mismo requisito para el desistimiento de la incoación del expediente,

1651. Vid., ÁLVAREZ RAMOS, F., «Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales», *International e-Journal of Criminal Sciences*, art. 3, n.º 2, 2008, (<http://www.ivac.ehu.es>), p. 8.

que la adecuada comprensión del precepto exige la remisión a los arts. 13.2 y 33.3 CP.

2. *Que los hechos se hayan cometido sin violencia o intimidación graves*, lo que supone, como en el caso del desistimiento de la incoación del expediente, que no procederá el sobreseimiento de las actuaciones cuando, aun tratándose de delitos menos graves o faltas, se cometan con violencia o intimidación «graves». A *sensu contrario*, esto también significa que se podría decretar el sobreseimiento aunque haya existido cierta violencia o intimidación en la actuación del menor, siempre que no se puedan calificar de graves.¹⁶⁵²

Por lo demás, se debe entender que esta violencia grave que excluye la posibilidad de sobreseimiento es la cometida sobre las personas, evidenciando una falta de respeto a los valores fundamentales de la convivencia, puesto que la violencia referida exclusivamente a las cosas puede ocasionar un perjuicio patrimonial que siempre es susceptible de reparación.

En otro orden de cosas, también cabe destacar que el art. 19 LORPM nada dice sobre la necesidad de que el menor no sea reincidente o no haya cometido con anterioridad otros hechos similares. Pero esta circunstancia se puede entender implícita en la referencia legal a las «circunstancias de los hechos y del menor» que deben ser valoradas por el fiscal antes de decidir sobre la procedencia del sobreseimiento, ya que parece lógico incluir entre tales circunstancias los antecedentes del menor.¹⁶⁵³

1652. *Vid.*, CALLEJO CARRIÓN, S., «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero...», *op. cit.*, p. 7; ORNOSA FERNÁNDEZ, R., *Derecho penal de Menores*, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 2005, p. 280.

1653. *Vid.* CALLEJO CARRIÓN, S., «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero...», *op. cit.*, p. 7; DE LA ROSA CORTINA, J. M., «La instrucción en el procedimiento de la LORPM. Intervención del Juez de Menores», en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales* (dir., Ornosa Fernández), CGPJ, Madrid, 2001, p. 129. No obstante, CRUZ MÁRQUEZ («La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-

Tratándose de un acto de violencia de género, el recurso a la mediación se presenta como un instrumento adecuado en los supuestos «iniciales» de agresividad física o psíquica contra la víctima, como acertadamente se pone de manifiesto en la Circular de la FGE 1/2010 en relación a la violencia intrafamiliar (apdo. III.4), debiendo trasladarse al menor infractor que cualquier otro rebrote violento contra su pareja o expareja tendrá una respuesta penal más intensa.

3. *Que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o perjudicado*, determinando el propio art. 19 LORPM qué se ha de entender por conciliación y reparación a los efectos de instar el sobreseimiento.

A tenor del art. 19.2 LORPM, se entiende producida la conciliación «cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y esta acepte sus disculpas» (art. 19.2 LORPM). Por tanto, de esta disposición se deduce que la conciliación requiere necesariamente la concurrencia de dos voluntades, la del menor infractor, que debe reconocer el daño causado y disculparse ante la víctima; y la de esta, que debe aceptar dichas disculpas. Esto significa que si el menor reconoce el daño causado y pide disculpas, pero la víctima no las acepta, no habrá conciliación a los efectos del art. 19 LORPM, por lo que, en principio, no se cumplirían las condiciones que exige este precepto para que se pueda decretar el sobreseimiento y debería continuarse la tramitación de la causa.

No obstante, esta conclusión tan estricta supondría dejar en manos de la víctima la continuación o no de la causa, cuando dos de los principios rectores del sistema de justicia penal de menores, el principio educativo y el valor superior del interés del menor, aconsejan permitir el

14, 2005, p. 21) matiza que algunos aspectos como la reincidencia o la apreciación de indicios de desintegración social no deben constituir, al menos en un primer momento, un obstáculo para iniciar un procedimiento de mediación, siempre que se cuente con la disposición de ambas partes para iniciar procesos de conciliación y reparación del daño; lo contrario supondría discriminar a los menores más problemáticos.

sobreseimiento si el menor efectivamente se disculpa, pese a la falta de anuencia de la víctima;¹⁶⁵⁴ esta segunda opción, menos restrictiva también tendría su apoyo legal en el apdo. 4 del mismo art. 19 LORPM, conforme al cual será procedente el sobreseimiento si la conciliación «no pudiera llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor».¹⁶⁵⁵

A nuestro juicio, hemos de distinguir aquí dos cuestiones que parecen confundirse: la necesidad de consenso de la víctima para que exista conciliación y la necesidad de tal consenso para que se pueda decretar el sobreseimiento. Como ya se apuntó, no cabe hablar de conciliación sin la concurrencia de voluntades del infractor y de la víctima; si esta no acepta las disculpas que le presenta el menor, no hay conciliación, y así lo deja claro el art. 19.2 LORPM; y, en consecuencia, no se podrá hablar de sobreseimiento por conciliación. Cuestión totalmente distinta es que la aceptación de las disculpas del menor sea indispensable para que se pueda decretar el sobreseimiento del proceso. Por nuestra parte, entendemos que no, pues debe primar el interés del menor, sin que la continuación o no del proceso pueda depender exclusivamente de la voluntad de la víctima; pero entonces ya no sería un sobreseimiento por conciliación, sino por alguno de los otros motivos que prevé la ley y siempre que se cumplan las condiciones que esta impone en cada caso.

Así, nada impide que el fiscal pueda dar por concluida la instrucción y solicitar al juez de Menores el sobreseimiento cuando el menor haya reconocido el daño causado y presentado sus disculpas a la víctima y, ante la negativa de esta a aceptarlas, se comprometa a cumplir la actividad educativa que propone el equipo técnico en su informe. Para determinar qué se debe entender por «actividad educativa» se debe acudir

1654. FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., «Fase intermedia o de alegaciones», *Proceso Penal de Menores* (coord. González Pillado, E.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 209; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso Penal de Menores*, Pamplona, 2007, p. 94.

1655. *Vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, M., y LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «El proceso penal de menores (I)», *Derecho penal Juvenil* (ed. Vázquez González y Serrano Tárraga), Dykinson, Madrid, 2008, p. 368; SAMANES ARA, C., «La instrucción del procedimiento», en *La responsabilidad penal de los menores*, (coord. Samanes Ara), Zaragoza, 2003, p. 158. *Vid.*, asimismo, AAP de Barcelona, de 15 de mayo de 2008 (JUR 2008/204991) y AAP de Las Palmas, de 22 de marzo de 2010 (JUR 2010/419218).

al art. 7.1.1) LORPM, donde al definir las medidas definitivas, se alude a la realización de tareas socioeducativas que supondrá someter al menor infractor «sin internamiento ni libertad vigilada, a actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social».¹⁶⁵⁶

A su vez, la falta de anuencia de la víctima a la petición de disculpas del infractor puede ser valorada por el equipo técnico a los efectos de proponer el sobreseimiento del expediente en interés del menor por entender que ya se ha expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados o por considerar inadecuada cualquier intervención respecto del menor, dado el tiempo ya transcurrido desde la comisión de los hechos (art. 27.4 LORPM).

La segunda actuación que puede realizar el menor imputado a fin de que se decrete, en su caso, el sobreseimiento del expediente de reforma es la reparación del daño causado a la víctima o al perjudicado por el hecho delictivo. Y, a estos efectos, el art. 19.2 LORPM define esta reparación como «el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva». Es decir, a diferencia de la conciliación, se trata aquí de proporcionar al ofendido o perjudicado una satisfacción de carácter material, de la que pueden beneficiarse ellos directamente, o bien la comunidad.

La ley deja claro que, a efectos de que se decrete el sobreseimiento del proceso, no basta, en principio, con el simple compromiso del menor de reparar, sino que es necesaria además la realización efectiva de la actividad reparadora comprometida. Por ello, el equipo técnico debe mantener informado al fiscal de los compromisos adquiridos por el menor y de su grado de cumplimiento (art. 19.3 LORPM); y aquel solo podrá dar por concluida la instrucción y solicitar del juez el sobreseimiento una vez cumplidos los compromisos de reparación o cuando se constate

1656. El contenido y la finalidad de la actividad educativa será especificada por el equipo técnico en su informe y el sobreseimiento también estará condicionado a que el menor cumpla realmente la actividad educativa propuesta en dicho informe.

que estos no se pudieron llevar a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor (art. 19.4 LORPM).

No obstante, esta disposición también requiere de ciertas matizaciones que conviene poner de relieve.

En primer lugar, como se acaba de decir, la reparación implica un «compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado» (art. 19.2 LORPM), y si esta es menor de edad o incapaz, tal compromiso «habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores» (art. 19.6 LORPM). Por tanto, parece claro que la reparación también exige la concurrencia de las voluntades de los sujetos implicados. Tal exigencia queda patente en la regulación que hace el art. 5.1 RD 1774/2004 de la mediación que a estos efectos debe llevar a cabo el equipo técnico, en la que se exige que ambas partes manifiesten previamente su disponibilidad a participar en este procedimiento y que, en su caso, quede constancia de los acuerdos de reparación adoptados.

En segundo lugar, también merece algún comentario el contenido de la actividad reparadora que puede llevar a cabo el menor a efectos de que se decrete el sobreseimiento del proceso. En concreto, conviene destacar tres aspectos en relación con esta cuestión.

El primero se refiere a que el legislador ha evitado enumeraciones casuísticas a la hora de definir el contenido de tales actividades, limitándose a disponer que consistirán en «determinadas acciones» en beneficio de la víctima o perjudicado o de la comunidad. Por ello, debe entenderse que tiene cabida cualquier tipo de actuación por parte del menor que tenga un efecto reparador para la víctima o perjudicado (*v. gr.*, sacar a pasear a una persona dependiente al cuidado de la víctima) o que se realice a favor de la comunidad (*v. gr.*, colaborar en las actividades de una ONG dedicada a la atención y cuidado de mujeres maltratadas), correspondiendo al equipo técnico proponer en cada caso aquellas que estime más adecuadas para la reeducación del menor (art. 27.3 LORPM).

Otro aspecto a destacar es que esta reparación *ex art.* 19 LORPM es una «reparación penal y educativa», y por tanto no coincide, necesariamente, con la reparación que integra el contenido de la responsabilidad civil previsto en los arts. 110 y 112 CP. Por eso, el propio art. 19.2 *in fine*

señala que la misma se entiende «sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil». Esto significa que, en principio, dicha reparación no extingue la acción civil para obtener el resarcimiento de todos los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo,¹⁶⁵⁷ la cual, de prosperar el sobreseimiento, se podrá ejercitar ante la jurisdicción civil a través del proceso declarativo que corresponda por razón de la cuantía, salvo que las partes en el marco de la propia mediación hubieran acordado otra cosa.¹⁶⁵⁸

Finalmente, también debe destacarse, en coherencia con lo anterior, que esta reparación ha de tener una finalidad reeducadora para el menor infractor y, por tanto, se ha de buscar que el menor sea consciente del daño causado y acepte el acto reparador como adecuado y proporcionado. Por ello, como apuntan acertadamente algunos autores, la actividad reparadora que se le imponga al menor debe guardar en cada caso una cierta relación o conexión con el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo cometido, así como una proporcionalidad con la gravedad de tal delito y la intensidad del daño causado por el mismo.¹⁶⁵⁹

A la vista de los requisitos anteriormente expuestos, la mediación por conciliación o reparación entre el menor infractor de un acto de violencia de género y la víctima tendrá aplicación en todos aquellos supuestos en que se trate de la comisión de un delito menos grave sin violencia o intimidación graves (insultos, amenazas, coacciones...); ahora bien, será el equipo técnico quien tenga que analizar las circunstancias

1657. Vid. DÍAZ MARTÍNEZ, M., y LUACES GUTIÉRREZ, A.I., «El proceso penal de menores...», *op. cit.*, p. 371; SAMANES ARA, C., «La instrucción del procedimiento...», *op. cit.*, pág., pág. 159; SANZ HERMIDA, A. M.^a, «La mediación en la justicia de menores», en *Mediación: un método de ? conflictos* (dir. González-Cuellar Serrano), Colex, Madrid, 2010, *op. cit.*, p. 168. Por su parte, ORNOSA FERNÁNDEZ (*Derecho penal de Menores...*, *op. cit.*, p. 284) se ha mostrado crítica con esta solución legal, por entender que en el caso de la mediación, por su propia filosofía como actividad de satisfacción de la víctima y de finalización del procedimiento a todos los efectos, también debería quedar extinguida la responsabilidad civil.

1658. Vid., apdo. VIII.5 Circular de la FGE 1/2007.

1659. Vid., CALLEJO CARRIÓN, S., «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero...», *op. cit.*, p. 8; DÍAZ MARTÍNEZ, M., y LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «El proceso penal de menores...», *op. cit.*, p. 368.

concurrentes en el caso concreto para determinar la idoneidad de esta solución extrajudicial.

Son indudables las ventajas que ofrece la mediación en el ámbito de la justicia juvenil, tanto para los jóvenes infractores como para las víctimas y la sociedad en su conjunto. En lo que respecta a los primeros, les ayuda a darse cuenta del daño causado por sus acciones y a asumir la responsabilidad de sus actos, lo que debe suponer no solo una toma de conciencia de la infracción cometida y sus efectos, sino que además, implica asumir y responder por lo que se ha hecho, es decir, reparar el daño causado; en cuanto a las víctimas, se les ofrece un espacio en el que poder plantear los miedos e inseguridades que les ha provocado el delito, permitiéndoles que obtengan una reparación del daño causado no solo material, sino también el moral y psicológico que en el proceso penal quedaba olvidado. Finalmente, también para la sociedad la mediación penal juvenil ofrece la ventaja de permitirle involucrarse en el problema de la delincuencia juvenil considerada como un problema social en el que todos debemos tener protagonismo para, de un lado, conseguir la reinserción de los menores y, de otro, la búsqueda de la prevención del delito.

No obstante, las ventajas anteriores solo serán posibles si tanto el menor infractor como la víctima se encuentran en la situación psicológica y física que exige todo procedimiento mediador, sobre todo, cuando nos entramos ante un acto de violencia de género que supone, por su propio concepto, que entre las partes del conflicto existe una situación de desequilibrio en sus posiciones. De ahí el papel del equipo técnico, que tratará de garantizar la igualdad en el procedimiento de mediación, y poniendo fin al mismo si el menor infractor no exterioriza de una forma clara su intención de no volver a cometer acto del mismo tipo y si la víctima no se encuentra en condiciones de tomar parte del procedimiento mediador.¹⁶⁶⁰

1660. Para GARCÍA INGELMO («Violencia de género en parejas adolescentes...», *op. cit.*, pp. 20-21) el recurso a la mediación debe ser excepcional y limitado a «casos leves en que la relación estuviese rota, la conducta no se hubiera repetido y el infractor, reconociendo su responsabilidad, no hubiese vuelto a importunar a la ofendida».

b) Sustitución de las medidas por conciliación entre el menor y la víctima (art. 51.3 LORPM)

Como hemos apuntado, el segundo momento en el que la LORPM permite acudir a la mediación entre el menor infractor y la víctima es el previsto en el art. 51.3 LORPM, que tiene lugar cuando ya se ha dictado la sentencia imponiendo al menor alguna de las medidas legalmente previstas y esta se está ejecutando. Se trata, por tanto, de una posibilidad de mediación postsentencial, si bien, hasta el momento, su aplicación práctica ha sido escasa.

En concreto, el art. 51.3 LORPM dispone que «La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor».

Tal disposición se desarrolla, a su vez, por los arts. 5.3 y 15 RD 1774/2004, que regulan los aspectos procedimentales de esta mediación tendente a lograr una conciliación entre el menor y la víctima, que, en su caso, permita «dejar sin efecto» la medida que aquel está cumpliendo.

Pero lo primero que llama la atención al analizar estos preceptos es la discordancia existente entre la regulación legal y la reglamentaria en lo que se refiere al resultado de la mediación que posibilita la sustitución de la medida. Si bien se observa, el art. 51.3 LORPM permite dejar sin efecto la medida únicamente en el caso de que la mediación concluya con una «conciliación» entre el menor y la víctima en los términos del art. 19 LORPM, es decir, con el reconocimiento del daño y la petición de disculpas por parte del menor y la aceptación de tales disculpas por la víctima. En cambio, el art. 15 RD 1774/2004 contempla la posibilidad de que este mismo efecto también se produzca cuando la mediación desemboque en la «reparación» del daño causado a la víctima o perjudicado.

A nuestro juicio, la exclusión de la reparación como vía para dejar sin efecto una medida que ya se está ejecutando también tiene su razón de ser, especialmente, cuando el menor ya haya cumplido buena parte del tiempo de duración de la medida, porque la reparación en ese momento podría constituir un *bis in idem*. Si bien se observa, supondría imponerle al menor el deber de reparar a la víctima o perjudicado como condición para dejar sin efecto una medida sancionadora-educativa que ya cumplió, al menos parcialmente, y que le fue impuesta por los mismos hechos por los que se le exige la reparación.¹⁶⁶¹

Ciertamente, no se plantearía el problema que apuntamos si el acuerdo de reparación y su consiguiente cumplimiento tuviesen lugar en un momento muy inicial de la ejecución de la medida, pero, atendiendo a la regulación legal, esta posibilidad tampoco parece factible por cuanto la sustitución de la medida no se condiciona únicamente a que haya existido conciliación (o, en su caso, reparación), sino que es necesario que esta actuación unida al «tiempo de duración de la medida ya cumplido» exprese suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor, de modo que difícilmente la sustitución de la medida *ex art. 51.3 LORPM* se podrá producir en un momento inicial de su ejecución.

En cualquier caso, lo que sí parece quedar claro, por la misma razón apuntada, es que la dejación sin efecto de la medida que se está ejecutando tiene que apoyarse necesariamente en una solución participada y aceptada por la víctima, sin que tengan cabida en este momento otras fórmulas alternativas de «reparación social» como son la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en

1661. Algunos autores achacan esta discordancia a un olvido del legislador, entendiendo que la sustitución de la medida prevista en el art. 51.3 LORPM también sería posible si en el curso de su ejecución se llegase a un acuerdo de reparación entre el menor y la víctima o perjudicado en los términos del art. 19.2 LORPM. *Vid.*, CRUZ MÁRQUEZ, B., «La mediación en la Ley Orgánica 5/2000...», *op. cit.*, p. 11; DE LA ROSA CORTINA, J. M., «La instrucción en el procedimiento de la LORPM...», *op. cit.*, p. 275; PERIS RIERA, J., «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000», *Diario La Ley*, n.º 5250, p. 2 (www.laley.net).

beneficio de la comunidad, ya que ni la ley ni el reglamento aluden a ellas.¹⁶⁶²

Aclarado este extremo, se exponen a continuación los presupuestos de esta mediación postsentencial previstos en los arts. 51.3 LORPM y 5.3 y 15 RD 1774/2004, al objeto de determinar su posible aplicación a los actos de violencia de género cometidos por menores.

El primer presupuesto que exige el art. 51.3 LORPM para que se pueda dejar sin efecto la medida que el menor infractor está cumpliendo es que exista una conciliación entre este y la víctima en los términos del art. 19 LORPM. Es necesario, por tanto, que «el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y esta acepte sus disculpas». Además, en este caso, al no tener cabida otras soluciones alternativas que permitan prescindir del asentimiento de la víctima, es indispensable que esta acepte las disculpas del menor para que el juez de Menores pueda dejar sin efecto la medida.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con la conciliación presencional, la ley no establece respecto de la que ahora nos ocupa ninguna limitación o impedimento por razón de la gravedad de los hechos delictivos enjuiciados, su modalidad comisiva o la gravedad de la medida impuesta, por lo que sería factible dejar sin efecto la medida si se cumplen las condiciones del art. 51.3 LORPM, aunque esta viniese motivada por la comisión de un delito grave o en cuya comisión se hubiese empleado violencia o intimidación graves.¹⁶⁶³

La inexistencia de la anterior limitación deja abierta la posibilidad de la sustitución de la medida que se está ejecutando por la comisión de un acto de violencia de género en el que suele concurrir violencia o intimidación, como se ha apuntado reiteradamente.

Pero, como es sabido, la dejación sin efecto de la medida no depende exclusivamente de un dato totalmente objetivo como es la existencia

1662. *Vid.*, ÁLVAREZ RAMOS, F., «Mediación penal juvenil y otras soluciones...», *op. cit.*, p. 17.

1663. *Vid.*, SANZ HERMIDA, A. M.^a, «La mediación en la justicia de menores...», *op. cit.*, p. 171. Es más, como apunta ÁLVAREZ RAMOS («Mediación penal juvenil y otras soluciones...», *op. cit.*, p. 17), lo más probable es que el delito cometido por el menor sea grave, ya que ha supuesto la imposición de una medida duradera y de ella el menor ya ha cumplido una parte.

de conciliación entre el menor y la víctima, sino que el art. 51.3 LORPM añade un presupuesto adicional que se concreta en una apreciación subjetiva del juez de Menores, a saber, que este «juzgue que dicho acto (la conciliación) y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor». Es decir, el legislador introduce aquí un requisito de carácter «sancionador», cuya suficiencia debe ser valorada por el juez atendiendo a dos condicionantes: por una parte, la existencia de conciliación entre el menor y la víctima, y, por otra, el tiempo de duración de la medida ya cumplido. Y se exige que el juez entienda que el tiempo de ejecución de la medida ya cumplido unido al hecho de que el menor se haya tenido que conciliar con la víctima ya constituyen un «castigo» suficiente para el menor por la infracción cometida, o dicho en palabras de la ley, ya «expresan suficientemente el reproche» que merece la conducta del menor. A su vez, esto se traduce en que, a la vista de estas circunstancias, el juez aprecia una evolución positiva del menor, quien ha podido «percibir o entender» la reprochabilidad de la infracción que cometió.¹⁶⁶⁴

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RAMOS, F., «Mediación penal juvenil y otras soluciones extra-judiciales», *International e-Journal of Criminal Sciences*, art. 3, n.º 2, 2008, (<http://www.ivac.ehu.es>).
- CALLEJO CARRIÓN, S., «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores», *Diario La Ley*, n.º 6366, 24 de noviembre de 2005, www.laley.net.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*.

1664. *Vid.*, ÁLVAREZ RAMOS, F., «Mediación penal juvenil y otras soluciones...», *op. cit.*, p. 17; ORNOSA FERNÁNDEZ, R., *Derecho penal de Menores...*, *op. cit.*, p. 484.

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 4/2005, de 19 de julio, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.
- Circular 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*.
 - *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2010*, (www.fiscal.es).
 - *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2011*, (www.fiscal.es).
 - *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2012*, (www.fiscal.es).
 - *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2013*, (www.fiscal.es).
 - *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2014*, (www.fiscal.es).
- CRUZ MÁRQUEZ, B., «La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-14, 2005.
- DE LA ROSA CORTINA, J. M., «La instrucción en el procedimiento de la LORPM. Intervención del Juez de Menores», en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales* (dir., Ornoza Fernández), CGPJ, Madrid, 2001.
- DE URBANO CASTILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La Responsabilidad Penal de los Menores (Adaptada a la LO 8/2006, de 4 de diciembre)*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., y LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «El proceso penal de menores (I)», *Derecho penal Juvenil* (eds. Vázquez González y Serrano Tárraga), Dykinson, 2.^a ed., Madrid, 2008, pp. 347-390.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El proceso Penal de Menores (Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez de la instrucción, el período intermedio y la medidas cautelares)*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- GARCÍA INGELMO, F. M., «Violencia de género en parejas adolescentes. Respuestas desde la jurisdicción de menores» en *II Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres. Sevilla, 28 y 29 de noviembre de 2011*. <http://www.congresoestudioviolencia.com/2011/ponencias.php>.
- GONZÁLEZ PILLADO, E. (coord.), *Proceso Penal de Menores*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

- ORNOSA FERNÁNDEZ, R., *Derecho penal de Menores*, Bosch, Barcelona, 2005.
- PERIS RIERA, J., «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000», *Diario La Ley*, n.º 5250, 2001 (www.laley.net).
- SAMANES ARA, C., «La instrucción del procedimiento», en *La responsabilidad penal de los menores*, (coord. Samanes Ara), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2003, pp. 105-161.
- SANZ HERMIDA, A. M.^a, «La mediación en la justicia de menores», en *Mediación: un método de ? conflictos* (dir. González-Cuéllar Serrano), Colex, Madrid, 2010.

LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA: ¿MAREMÁGNUM LEGISLATIVO?

PROF.^a DR.^a ANDREA PLANCHADELL GARGALLO
*Profesora titular de Derecho Procesal
Universitat Jaume I (Castellón, España)*

Cuando en mi devastado país
la primavera decida que ya es tiempo
de florecer de nuevo, tendrá el abono
de la osamenta humana que dispersó
en todos lados la danza de la muerte

Habrá llegado la hora,
FRANCISCO MORALES SANTOS

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA. 1. El punto de partida. 2. La Directiva 2012/29/UE. *a) Ámbito subjetivo. b) Especial referencia a los derechos de las víctimas.*- III. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO. 1. Derechos básicos de las víctimas. 2. Participación de la víctima en el proceso penal. 3. Derecho de las víctimas a la protección.- IV. LA VÍCTIMA EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. 1. El estatuto procesal de la víctima. 2. Ejercicio de la acción penal y civil. *a) Ejercicio de la acción penal. b) Ejercicio de la acción civil.* 3. La víctima y la policía

judicial. 4. La víctima y el conocimiento de las actuaciones. 5. La víctima y la mediación. 6. La víctima en la las diligencias de investigación. 7. Víctima y medidas cautelares. 8. Víctima y juicio oral. 9. La víctima en la ejecución. 10. ¿Existe alguna limitación de participación en alguna de las modalidades de proceso previstos?- V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Si el querido amigo César Barrientos hubiera venido en los últimos meses, como hizo en otras ocasiones, a realizar una breve estancia de investigación en la Universidad y me hubiera preguntado dónde encontrar la regulación de la situación de la víctima, actualmente y en un futuro cercano, lo cierto es que me hubiera puesto en un aprieto, solo compensado por los buenos ratos que sus visitas siempre nos han deparado y que siempre permanecerán en nuestro recuerdo.

Los motivos de ese aprieto son claros: en este momento, el estudio de la situación de la víctima en nuestro ordenamiento exige un esfuerzo que debería repercutir positivamente en su tutela, ya que se tienen que analizar:

- la regulación existente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal;
- la regulación de la Directiva 2012;
- la futura regulación del anunciado Estatuto de la víctima, en estos momentos en tramitación parlamentaria, y
- la futura regulación de la anunciada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyo futuro es mucho más incierto.

Estos dos últimos textos deben partir de la Directiva, pero dándole la impronta nacional. A estos documentos debería añadirse, además, normas concretas que regulan, por ejemplo, la tutela de las víctimas de violencia de género, de terrorismo, de abusos sexuales y otras víctimas especialmente vulnerables.

¿Son necesarios todos estos textos para regular la situación de la víctima? ¿Cómo debemos encajar sus previsiones entre sí? Obviamente, la

respuesta a estas preguntas excede con mucho las intenciones de estas páginas que no permiten llevar a cabo su análisis exhaustivo. No obstante, para dar una respuesta a estas preguntas es necesario establecer cuál es el objetivo de cada uno de estos textos y qué regulan en concreto. En este análisis vamos a prescindir, por sobradamente conocida, de la regulación de la actualmente vigente LECRIM.

II. LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA

1. El punto de partida

Nadie puede negar que cada vez existe mayor movilidad dentro de la UE y, por tanto, las posibilidades de que una persona sea víctima de un delito en un país distinto al suyo se acrecientan. Igualmente, puede darse el caso de que un sujeto —víctima de un delito frente al que requiere especial protección— se desplace, por razones profesionales, laborales, de estudio, familiares, políticas, etc., a otro Estado, en que debe gozar de la misma protección que en el país de origen. La Unión Europea, consciente de ello, considera que las víctimas deben ser reconocidas como tales, con respeto y dignidad; ser protegidas frente a la victimización secundaria y la intimidación del agresor, evitándoles cualquier trauma posterior durante el desarrollo del proceso; recibir apoyo adecuado a lo largo de todo el proceso; tener acceso a la justicia y acceso apropiado a la compensación y reparación. Las víctimas deben poder beneficiarse de este mínimo reconocimiento de derechos sin discriminación alguna dentro de la UE, independientemente de su nacionalidad o país de residencia y de si se ven afectadas por delitos muy graves o leves, si han denunciado el delito o si son víctimas de un familiar.

El papel de las víctimas en los procesos penales y en las legislaciones y políticas nacionales destinadas a su protección y al reconocimiento de derechos, somos muy conscientes que varían considerablemente de un Estado miembro a otro. Para afrontar tal falta de reglas mínimas

comunes, la UE ha adoptado una legislación concreta tanto respecto a todo tipo de víctimas, en general, como a ciertos colectivos de víctimas, considerados especialmente vulnerables o con necesidad de protección especial.

Estos mínimos se establecen por primera vez en el año 2001, a través de una Decisión marco.¹⁶⁶⁵ Este instrumento se adopta para asegurar que las víctimas puedan participar activamente, gozar de unos derechos adecuados y ser tratados adecuadamente en los procesos penales. Sin embargo, esta Decisión marco se ha demostrado insuficiente para dar una adecuada respuesta a las necesidades de las víctimas y para asegurar que puedan beneficiarse de derechos procesales en la UE. Por tanto, el Consejo afirmó en el Programa de Estocolmo (2010-2014), que era necesaria una aproximación integrada y coordinada a las víctimas y pidió a la Comisión y a los Estados miembros que examinen cómo mejorar la legislación en la materia.¹⁶⁶⁶

Para reforzar las medidas nacionales y de la UE respecto a los derechos de las víctimas, la Comisión adoptó el 18 de mayo de 2011 un «paquete de propuestas legislativas» en las que se incluye:¹⁶⁶⁷

1. Una Comunicación, en la que se presentan las acciones actuales y futuras respecto a las víctimas.
2. La Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI) relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que no ha llegado a ser desarrollada, sino

1665. Decisión marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de marzo de 2001, L 82/1).

1666. Respecto a la regulación europea de la tutela de las víctimas y su papel en los procesos penales, puede consultarse la obra colectiva de reciente aparición, dirigida por DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la unión europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

1667. VERVAELE, J., *El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal?*, en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), «Garantías y derechos de las víctimas...», cit., pp. 17 y ss; en la misma obra, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La política europea sobre las víctimas de delitos*, pp. 31 y ss.

- que se ha visto sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre.
3. La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.
 4. La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, en la que se establecen los mínimos estándares respecto a derechos, protección y apoyo a las víctimas del delito, que garantizará a las víctimas un adecuado reconocimiento, trato y protección, apoyo y acceso al proceso. Esta Directiva refuerza considerablemente los derechos de las víctimas y los miembros de su familia a la información, apoyo y protección así como un reconocimiento de derechos procesales cuando participan en el proceso penal. También incluye previsiones con las que garantizar que a los profesionales involucrados se les forme para dar un tratamiento adecuado a las víctimas y sus necesidades, y refuerza la cooperación entre los Estados miembros y la necesidad de luchar por los derechos de las víctimas.
 5. Una propuesta de regulación de medidas de reconocimiento mutuo de las medidas de protección de las víctimas en asuntos civiles (COM, 2011, 276 final, no publicada en el Diario Oficial), actualmente en discusión, que les ayudará a prevenir el daño y la violencia y garantizará que las víctimas que se beneficien de medidas de protección adoptadas en un Estado, tendrán la misma protección y beneficios en otro. Con esta medida se complementa la orden de protección europea, aplicable a los procesos penales.
 6. La Unión también ha adoptado legislación dirigida a la necesidad de las víctimas de obtener compensación por los daños sufridos como consecuencia del delito. La Directiva 2004/80/EC, de 2004, permite a las víctimas solicitar del Estado una compensación cuando han sido víctimas de un delito en el extranjero y recibir la ayuda necesaria para ello. La Directiva de 2012 también incluye el derecho de la víctima del proceso penal a verse reparada.

7. Respecto a grupos específicos de víctimas, la UE prevé la protección y apoyo de ciertos grupos de víctimas, por ejemplo, trata de seres humanos, menores víctimas de explotación sexual y pornografía infantil, y terrorismo.
8. Junto con las actuaciones legislativas, la Comisión ha llevado a cabo cientos de proyectos de apoyo a las víctimas, particularmente en el ámbito del Derecho penal, combatiendo la violencia contra los menores, jóvenes y mujeres (Daphne).

Todas estas medidas se encuadran en un primer paso, de gran importancia, pero en el que debe seguir avanzándose para lograr colocar a las víctimas, como se afirma desde las propias instancias europeas, en el centro de la agenda de justicia penal de la UE. En el «Mapa de Ruta de Budapest», 2011, la propia Unión Europea se autoobliga a seguir velando por los derechos de las víctimas y a que la orden de protección europea y la Directiva de 2012 se traspongan a los ordenamientos nacionales de manera correcta dentro del plazo fijado (2015).

2. La Directiva 2012/29/UE

La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tiene una finalidad clara: establece las normas mínimas sobre los derechos de las víctimas de delitos, así como las medidas de apoyo y protección, es decir, presenta dos grandes contenidos: unos derechos mínimos que deben ser reconocidos a favor a las víctimas de los delitos y unas medidas tuitivas de las mismas. Desde esta perspectiva, la Directiva revisa y complementa los principios establecidos en la Decisión marco de 2001, a la que sustituye.

Con este contenido la Directiva pretende «garantizar que las víctimas de delitos reciben información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales» (art. 1). Respecto a este último aspecto, la participación en los procesos penales, se es consciente de que dicha posibilidad variará de un Estado a otro, atendiendo a la regulación nacional, es decir, si el Estado reconoce un estatuto de

parte en el proceso penal (como ocurre en el caso español); si la víctima está sometida a la obligación legal o recomendación de participar activamente en el proceso penal, por ejemplo, testificando; o si tiene legalmente reconocida la posibilidad de participar de modo activo en el proceso penal y manifestar su deseo de hacerlo, cuando no tiene reconocido el estatus de parte del proceso.¹⁶⁶⁸

a) *Ámbito subjetivo*

Pero ¿a quién es de aplicación esta Directiva? El art. 2.1, fijando el ámbito subjetivo de la misma, considera víctima del delito a: 1) la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal; 2) los familiares¹⁶⁶⁹ de las personas cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.

Dentro del grupo de víctimas, se hacen continuas referencias a las víctimas con necesidades especiales, que exigen un mayor esfuerzo de protección, pues se trata de víctimas que están especialmente expuestas al riesgo de victimización secundaria, de intimidación o represalias por el infractor. Estamos ante unas víctimas en quienes concurren ciertas

1668. OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., *Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE*, Revista General de Derecho Procesal 2013, n.º 30, pp. 1 y ss; DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.V., sobre el papel de la víctima en Estados Unidos, Alemania e Italia, GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito (La posición jurídica de la víctima del delito en la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

1669. El art. 2. 1, b) considera familiares al cónyuge, la persona que conviven con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua, los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas y las personas a cargo de la víctima. Dada la amplitud que el círculo familiar puede presentar, se prevé que los Estados puedan limitar el número de familiares que puedan acogerse a los derechos establecidos en la Directiva.

características personales o que se ven afectadas por ciertas situaciones que pueden llevar a una especial «victimización» o «fragilidad» y para cuya protección se prevé una evaluación individualizada (menores de edad, mayores incapaces, ancianos, mujeres). Llama la atención que en este artículo, que contiene diversas definiciones, no se haya incluido una definición de las mismas.

Es importante destacar, como la propia Directiva afirma, que se considera víctima a quien ha sufrido directa o indirectamente el hecho delictivo, independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado al infractor y con independencia de la relación familiar que exista entre ellos.

b) Especial referencia a los derechos de las víctimas

Tras fijar el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva, la Directiva lleva a cabo una profusa regulación de los derechos de las víctimas, recalcando que dichos derechos se reconocen con independencia de la participación concreta en el proceso penal que conforme a la legislación nacional pueda tener la víctima.

De entre estos derechos destaca:

1) El derecho a la información: El primer bloque de derechos que se reconocen a las víctimas tiene como finalidad garantizar que las víctimas de un delito reciban información en su condición de tales, independientemente —como ya hemos indicado— de la participación concreta que puedan tener en el proceso en que se enjuicie el delito del que han sido víctimas (arts. 3 a 7):¹⁶⁷⁰

i) Derecho a entender y ser entendido (art. 3): Presupuesto clave para toda la tutela que se prevé en la Directiva es que la víctima entienda cuál es su situación, qué consecuencias se derivan de la

1670. Detalladamente, OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, n.º 30, pp. 4 y ss.

misma, qué derechos y medidas de apoyo tiene a su disposición y cuál puede ser su papel en el proceso penal. Derecho que se completa con que también la víctima pueda ser entendida en todo momento.

Para ello, es preciso que las comunicaciones con las víctimas se hagan con un lenguaje sencillo y accesible, sea oralmente o por escrito.

ii) Derecho a recibir información desde el primer contacto con la autoridad competente respecto a (art. 4):

- Apoyo que podrá obtener y de quién (incluida la posibilidad de asistencia médica o apoyo de especialistas).
- Los procedimientos de interposición de denuncias y su papel en los procesos que al respecto puedan incoarse.
- Modo y condiciones en que podrán obtener protección y qué medidas de protección pueden adoptarse.¹⁶⁷¹
- Modo y condiciones para poder acceder a indemnizaciones.
- Modo y condiciones para tener derecho a interpretación y traducción.
- Si la víctima reside en un Estado distinto de aquel en que se ha cometido la infracción, las medidas, procedimientos o mecanismos especiales que están disponibles para la defensa de sus intereses en el Estado miembro en que se establece el primer contacto con la autoridad competente.
- Los procedimientos de reclamación existentes ante una negación de sus derechos por la autoridad competente para actuar.
- Los datos de contacto para las comunicaciones sobre su causa.
- Los servicios de justicia reparadora existentes.
- El modo y condiciones para obtener el reembolso de los gastos en que hayan incurrido consecuencia de su participación en el proceso penal.

1671. Debe, por tanto, este contenido completarse con la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección.

A la hora de facilitar esta información se deberá atender especialmente a la situación personal de la víctima, particularmente si estamos ante una de las víctimas con necesidades especiales.

iii) Derechos de las víctimas cuando interpongan una denuncia (art. 5): La interposición de la denuncia supone para la víctima el derecho a recibir una declaración escrita que sirva de reconocimiento formal de haber presentado una denuncia, en la que consten los elementos básicos de la infracción penal que se trate.

Caso de que la víctima desconociera el idioma, se facilitará que puedan presentar la denuncia y recibir la información al respecto en un idioma que comprenda; recibiendo una traducción gratuita, previa solicitud, en una lengua que entiendan.

iv) Derecho a recibir información sobre la causa (art. 6): La víctima tiene derecho a recibir, sin retrasos, información sobre el proceso penal incoado por el delito sufrido. Así, siempre que lo soliciten,¹⁶⁷² se les informará sobre cualquier decisión respecto a la no incoación del proceso, conclusión de la investigación o no procesamiento del infractor; la hora y lugar del juicio; la naturaleza de los cargos contra el infractor.

Además, atendiendo a su estatuto o lugar en el proceso penal, se prevé también que se les notifique, si así lo solicitan, cualquier sentencia firme en el juicio, así como la información respecto a la situación en que se encuentra el proceso penal, salvo que esta notificación pudiera afectar al desarrollo de la causa.

Tanto la información sobre la decisión de no incoación (y similares) como la de la sentencia firme deba además contener un breve resumen de los motivos por los que dicha decisión se adopte, salvo que se trate

1672. Es importante insistir en que en realidad la víctima tiene derecho tanto a recibir esta información, como a no recibirla si así lo desea, v. OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, n.º 30, p. 8.

de una decisión del jurado o de carácter confidencial para las que el Estado nacional no exija motivación.

Esta información procede siempre que así lo desee la víctima, siendo vinculante dicha decisión para las autoridades, tanto lo sea en sentido positivo como negativo, salvo en los casos en que la misma sea consecuencia necesaria de la posibilidad legalmente prevista de participar activamente en el proceso penal. La decisión de la víctima respecto a dicha información no es inamovible, sino que los Estados tendrán que respetar un cambio de opinión al respecto.

Igualmente, se contempla en el art. 6 un derecho de claro carácter tuitivo, al prever en apartado 5 que se les notifique, si así lo desean, la situación personal en que se encuentre el agresor, es decir, si ha sido puesto en libertad, si se ha fugado, etc., con las medidas de protección que —en su caso— dicha situación pueda generar.

- v) Derecho a traducción e interpretación (art. 7): Las víctimas dispondrán de servicios de traducción e interpretación gratuita para que puedan ejercer sus derechos. Así, se contempla la posibilidad de gozar de interpretación gratuita durante las entrevistas o toma de declaraciones en el propio proceso, ante las autoridades, durante los interrogatorios policiales, etc.

Se permite la utilización de «tecnologías de comunicación» (videoconferencia, teléfono, internet) salvo cuando sea estrictamente necesaria la presencia física del intérprete para el correcto ejercicio de sus derechos.

2) Medidas de apoyo: El art. 8 reconoce a las víctimas su derecho de acceso a los servicios de apoyo a las mismas, previstos en los distintos Estados miembros y que, si no dispusieran de él, deberán prever.¹⁶⁷³ Este apoyo tendrá —como mínimo— el contenido establecido en el art. 9: información, asesoramiento y apoyo respecto a sus

1673. Lo cierto es que la mayoría de los Estados miembros sí disponen de estos servicios, organizados de una u otra forma.

derechos concretos, indemnización y su papel en el proceso; información sobre los distintos servicios de apoyo especializado; apoyo emocional y psicológico; asesoramiento en cuestiones financieras y, salvo que fuera proporcionado por otros servicios, asesoramiento sobre el riesgo y la prevención secundaria, intimidación o represalias. En este apoyo y asesoramiento se atenderá especialmente a las víctimas con necesidades específicas.

Se prevé también informar y disponer sobre las posibilidades de refugio o similares y medidas específicas para las víctimas de delitos como violencia sexual, de género, etc.

Estos derechos, insistimos, surgen por el mero hecho de ser víctima del delito, y ello aunque no sean parte ni participen como testigos en el proceso que se incoe.

3) Participación en el proceso penal: La última parte de la Directiva se dedica a la posible participación de la víctima en el proceso penal, pudiendo tener en él, por tanto, la mayor participación que un ordenamiento puede prever, más allá de los mínimos previstos en este texto. Siendo aquí donde es evidente que nuestro país tiene una situación de privilegio en tanto que reconoce a la víctima el papel de parte en el proceso penal.

Como concreción de esta participación en el proceso se le reconoce:

- El derecho a ser oída durante las actuaciones y facilitar los elementos de prueba necesarios. Derecho a ser oído que puede ejercerse tanto desde la posición de testigo como de parte.
- El art. 11 reconoce unos derechos de gran trascendencia, ya que se refieren a los supuestos en que se adopte una decisión de no continuar el procedimiento, si bien con mayor o menor extensión atendiendo a su estatuto concreto en el sistema penal correspondiente. Así, se reconoce la posible revisión de la decisión de no continuar con el procesamiento, en cualquier caso siempre que se trate de un delito grave; que se informe al respecto a la víctima, para que pueda tomar la decisión sobre si insta o no dicha revisión.

- El art. 12 contempla ciertas garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora: posibilidad de acudir a ellos, previa información detallada y comprensible de lo que supone y cómo debe desarrollarse este proceso de reparación. Es obvio, pues, que a los Estados se les exige contar con servicios de justicia reparadora seguros y competentes. Si bien no obliga a los Estados a prever o impulsar la mediación, debemos reconocer que la introducción de la misma parece hoy imparable.
- Derecho a la justicia gratuita, cuando tengan el estatuto de parte en el proceso penal (art. 13).
- Derecho al reembolso de gastos (art. 14), que tendrá distinto contenido según la víctima sea o no parte del proceso y dependiendo de la intervención concreta que se le reconozca.
- Derecho a la restitución de bienes (art. 15), por una autoridad competente conforme se prevea en cada una de las legislaciones nacionales.

El catálogo de estos derechos se completa con unas previsiones para los derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro, particularmente atendiendo a las dificultades que ello pudiera generar en el desarrollo del proceso.

4) El último capítulo de la Directiva se dedica a las víctimas con necesidades especiales, merecedoras de una mayor atención de la que en esta sede les podemos dedicar, regulando tanto qué tipo de víctimas entran dentro de dicha condición, como el reconocimiento a las mismas de tal condición.¹⁶⁷⁴ Así, el art. 18 recalca la especial protección y atención de que son merecedoras estas víctimas para evitar la tan temida victimización secundaria, intimidación o represalias, previsiones que

1674. ARMENTA DEU, T., *Código de buenas prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables*, Colex, Madrid, 2011, *passim*; DE HOYOS SANCHO, M., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la unión europea*, cit., *passim* (ambas obras en edición bilingüe castellano/inglés).

deben ser aplicables a todo tipo de víctima y no solo las especialmente vulnerables, contemplando:

- Derecho a evitar el contacto entre víctima y agresor (art. 19).
- Derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales (art. 20): toma de declaraciones sin dilaciones, que estas declaraciones sean el menor número posible, que las víctimas puedan ir acompañadas de su representante legal o persona de su elección; mínima intromisión de los posibles reconocimientos médicos.
- Derecho a la protección de la intimidad (art. 22), lo que puede tener claras repercusiones respecto al derecho a la información y principio de publicidad.
- Derecho a la evaluación individual de estas víctimas para determinar sus necesidades específicas de protección, teniendo especialmente en cuenta las sus características personales, tipo o naturaleza de delito padecido y circunstancias del mismo (art. 22).
- Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal (art. 23), consecuencia de la evaluación individual regulada en el artículo anterior.
- Especial protección merecen de entre estas víctimas los menores de edad (art. 24).

Si bien la Directiva supone un paso importante, como apunta Vervaele no podemos tampoco pensar que esto suponga una equiparación entre partes y participantes, sino que queda aún mucho camino por hacer en el ámbito de la Unión,¹⁶⁷⁵ camino que en uno de los aspectos, nuestro país hace mucho que fijó.

1675. VERVAELE, J., *El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal?*, en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), «Garantías y derechos de las víctimas...», cit., pp. 27 y ss. En sentido similar y en la misma obra, DE HOYOS SANCHO, M., *El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea*, pp. 69-73.

A continuación debemos ver cuál es la situación de la víctima en el Estatuto Jurídico de la víctima y en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal y si cumplen o no con lo establecido en la Directiva.

III. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

El Proyecto de Ley de Estatuto jurídico de la víctima del delito,¹⁶⁷⁶ como reconoce su propia Exposición de Motivos, pretende ofrecer, desde los poderes públicos, una respuesta lo más amplia posible a las víctimas; respuesta no solo jurídica sino también social; y no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar y con independencia de su situación procesal.

Al contrario de lo que diremos respecto al Anteproyecto de LECRIM, este texto sí establece una regulación de derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos, y ello partiendo de un concepto amplio de víctima. Por ello, pese a que este texto tiene un contenido complejo, cuyo análisis excede con mucho el ámbito de estas páginas,¹⁶⁷⁷ vamos a centrarnos precisamente en el análisis de los derechos de las víctimas de delitos, pues como el propio texto reconoce, este es uno de sus contenidos más importantes («tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos»). En el análisis de estos derechos, vamos a seguir la estructura del propio Proyecto de Estatuto.¹⁶⁷⁸

1676. En el momento en que se procede a cerrar estas páginas, este texto se encuentra en estado de tramitación parlamentaria, concretamente en el Senado, http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW10&PIECE=IWA0&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=10-10&QUERY=121.cini.+no+%40fcie+no+concluido.fase.

1677. Fundamental la consulta de la obra de GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito*, cit.

1678. V. con detalle, GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito...*, cit., pp. 312 y ss., quien sistematiza estos derechos de la siguiente forma:

1. Derechos no procesales:

Indicar, previamente, que esta norma es aplicable a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad (o de si disfrutaban o no de residencia legal) (art. 1). El concepto de víctima viene establecido en el art. 2 del texto, distinguiendo entre víctima directa y víctima indirecta, siendo a todas ellas aplicable la normativa tuteladora.

Desde una perspectiva genérica, el art. 3 reconoce a toda víctima el derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así

-
- a) Derecho a no ser molestada por abogados y procuradores en búsqueda fácil de clientes, cuando sea víctima de una catástrofe, calamidad pública, etc., con número elevado de víctimas (art. 8);
 - b) Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo (art. 10).
2. Derechos procesales penales:
- a) Derecho a entender y ser entendida (art. 4);
 - b) Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes (art. 5);
 - c) Derechos como denunciante (art. 6);
 - d) Derecho a recibir información sobre la causa penal (art. 7);
 - e) Derecho a la traducción e interpretación (art. 9);
 - f) Derecho a participar en el proceso penal:
 - 1) Como parte procesal:
 - Derecho a ser parte penal y civil (art. 11);
 - Derecho al reembolso de gastos (art. 14);
 - Derecho a la justicia restaurativa (art. 15);
 - Derecho a la justicia gratuita (art. 16).
 - 2) Sin ser parte del proceso:
 - Derecho a proporcionar pruebas e información a las autoridades de persecución (art. 11);
 - Derecho a que se le comunique el auto de sobreseimiento y a su impugnación (art. 12);
 - Derecho a conocer ciertas resoluciones dictadas en ejecución y a recurrirlas (art. 13);
 - Derecho a presentar denuncias en España siendo extranjero por delito cometido en el extranjero.
 - 3) Independientemente de su decisión de ser o no parte:
 - Derecho a la protección física (art. 19);
 - Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor (art. 20);
 - Derecho a una protección específica durante la fase de investigación (art. 21);
 - Derecho a la protección de la intimidad (art. 22).
3. Derechos procesales no penales:
- a) Derecho a la devolución de bienes (art. 18).

como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con la autoridad...; derechos estos que son desarrollados y concretados a lo largo del articulado siguiente.

Así pues, el Estatuto atiende a la víctima, no solo en el proceso o dependiendo de su posición en el proceso, sino que cobra una dimensión extraprocesal: concepto amplio de reconocimiento, apoyo y protección, que no tiene que vincularse con su condición de parte procesal.

1. Derechos básicos de las víctimas

De manera similar a la Directiva, el Estatuto presta especial atención a los derechos de las víctima, reconociendo que toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con la autoridad, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, y a lo largo de todo el proceso penal, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del mismo. Tras esta genérica proclamación, el título I reconoce lo que denomina los derechos básicos (arts. 4 a 10):

a) El derecho a entender y ser entendido: Derecho que se extiende a cualquier actuación que deba llevarse a cabo desde la interposición de la denuncia y durante todo el proceso penal, incluido la información previa a la interposición de una denuncia.

La efectividad de este derecho exige que dicha información (así como todas las comunicaciones) se haga en lenguaje claro, sencillo y accesible, atendiendo también a las características personales de la víctima. Igualmente se prevé que la víctima, desde su primer contacto con las autoridades, podrá acompañarse de una persona de su elección.

b) Derecho a la información en el primer contacto con las autoridades: Información adaptada a sus circunstancias y condiciones persona-

les y la naturaleza del delito cometido y los daños y perjuicios sufridos. La información aquí regulada se refiere a:

- Medidas de asistencia y apoyo disponibles, sean médicas, psicológicas o materiales. Dentro de estas últimas se incluirá, cuando resulte oportuno, información sobre las posibilidades de obtener un alojamiento alternativo.
- Derecho a renunciar.
- El procedimiento para obtener asesoramiento y defensa jurídica y, en su caso, cómo obtenerlo gratuitamente.
- Posibilidad de solicitar medidas de protección y, en su caso, procedimiento para hacerlo.
- Indemnizaciones a las que pueda tener derecho y, en su caso, procedimiento para reclamarlas.
- Servicios de interpretación y traducción disponibles.
- Ayudas y servicios auxiliares para la comunicación disponibles.
- Procedimiento por medio del cual la víctima pueda ejercer sus derechos en el caso de que resida fuera de España.
- Recursos que puede interponer contra las resoluciones que considere contrarias a sus derechos.
- Datos de contacto de la autoridad encargada de la tramitación del procedimiento y procedimiento para comunicar con ella.
- Servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible.
- Supuestos en los que pueda obtener el reembolso de los gastos judiciales y, en su caso, procedimiento para reclamarlo.
- Derecho a ser notificado de las resoluciones a las que se refiere el art. 7, si lo solicita. Información que debe ser constante y actualizada en las distintas fases del procedimiento.

c) Derechos de la víctima como denunciante: En el momento de presentar la denuncia todo denunciante tiene derecho:

- A obtener un resguardo escrito, que podrá estar validado mediante un certificado digital, de la presentación de la denuncia en el que consten, al menos, sus elementos esenciales.

- A la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita del resguardo de presentación de la denuncia, cuando no entienda o no hable una lengua que tenga carácter oficial en el lugar en el que se presenta la denuncia.

d) Derecho a recibir información sobre la causa penal, concretamente la fecha, hora y lugar del juicio y el contenido de la acusación planteada, notificándosele, además, las siguientes resoluciones:

- La resolución por la que se acuerde no iniciar el procedimiento penal.
- Los autos de sobreseimiento y archivo.
- La sentencia que ponga fin al procedimiento.
- Las resoluciones que acuerden la prisión o la posterior puesta en libertad del infractor, así como su posible fuga.
- Las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las ya acordadas, cuando hubieran tenido por objeto garantizar la seguridad de la víctima.
- Las resoluciones a que se refiere el artículo 13 (participación de la víctima en ejecución).

En concreto, se debe notificar de estas resoluciones la parte dispositiva de la misma y un breve resumen del fundamento.

La comunicación se hará por correo electrónico, y en su defecto, postal.

La importancia de esta información a la víctima que no ha querido ser parte del proceso es fundamental, ya que va a tener información puntual de la marcha del proceso que le afecta, pero en el que no ha querido involucrarse como parte. Esta información no solo le permite «estar informada», sino que cuando esté previsto hará posible que pueda recurrir.

Esta información se recibirá si así lo quiere la víctima, pudiendo variar su decisión en sentido positivo o negativo en cualquier momento.

e) El art. 8 bajo el título «Periodo de reflexión en garantía de los derechos de la víctima» establece la prohibición para los abogados y procuradores de dirigirse a las víctimas de daños masivos para ofrecerles sus servicios. Durante este periodo se suspenderán los plazos de prescripción del delito.

f) El art. 9 regula el derecho a la traducción e interpretación, que comprende los siguientes derechos:

- Ser asistida gratuitamente por un intérprete que hable una lengua que comprenda cuando se le reciba declaración en la fase de investigación por el juez, el fiscal o funcionarios de la Policía, o cuando intervenga como testigo.
- A la traducción gratuita de las resoluciones previstas en el art. 7.1 y el art. 12; traducción que debe incluir un resumen del fundamento de la resolución adoptada.
- A la traducción gratuita de la información que resulte esencial para el ejercicio de los derechos previstos en el título II.
- A ser informada, de forma que comprenda, de la fecha, hora y lugar de la celebración del juicio.

Esta asistencia puede prestarse por videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo que se acuerde, por la autoridad procedente, su presencia física. Por último, se prevé que la traducción escrita por documentos podrá ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, cuando se garantice de este modo igualmente la equidad del proceso.

La denegación de este derecho, cuando se trate de actuaciones policiales, podrá ser recurrida ante el juez de Instrucción; siendo la denegación judicial, podrá recurrirse en apelación ante el tribunal superior jerárquico.

g) El art. 10 regula el derecho a acceder de forma gratuita y confidencial a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las administraciones públicas, así como a los que se presten en las Oficinas de

Asistencia a las Víctimas; derecho extensible a los familiares de las víctimas. El contenido concreto de este derecho y cómo se hará efectivo, más allá de la actual actuación de las Oficinas de Asistencia a la Víctima reguladas en los arts. 27 y ss., no se regula en el Estatuto, lo que puede determinar, junto con la actual situación económica en España, su total inoperatividad.

2. Participación de la víctima en el proceso penal

Como ya hemos puesto de manifiesto en las páginas introductorias, una de las grandes reivindicaciones de la víctima ha sido la de poder participar en el proceso penal en que se investigan y enjuician los hechos delictivos que le han afectado.

Ahora bien, ¿cómo debe entenderse dicha participación? Es en la respuesta a esta cuestión donde encontramos las mayores diferencias entre España y el resto de países del ámbito europeo y anglosajón,¹⁶⁷⁹ y que se pone claramente de manifiesto en la Directiva, que al regular la participación de la víctima en el proceso reconoce que la extensión de la misma dependerá en última instancia del legislador nacional, marcando únicamente este texto los mínimos que todos deben respetar. Así pues, en este supuesto concreto España ha llevado la participación de la víctima «a su máxima extensión» al prever que la víctima tiene derecho a ejercer la acción penal y la acción civil, remitiendo a la LECRIM.¹⁶⁸⁰ A esta participación concreta dedicamos el último epígrafe.

Pero junto con este derecho, evidentemente seña distintiva de la legislación española, el art. 11 reconoce también una participación muy concreta que, insistimos, no depende de que la víctima haya decidido ejercer la acción penal. Es en el desarrollo de estos derechos distintos

1679. GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito...*, cit., pp. 215 y ss.; FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2003.

1680. Entiende GÓMEZ COLOMER, *El Estatuto de la Víctima del Delito...*, cit., pp. 298 y 326, que estamos ante «una duplicación normativa, inexplicable, incongruente e inadmisibles».

al ejercicio de la acción donde encontramos el giro de la legislación española. Hasta ahora, el legislador español parecía entender que como a la víctima se le permitía ejercer la acción penal y civil al mismo nivel que el Ministerio Fiscal no era necesario reconocerle nada más en el proceso, pero ¿y si la víctima no quería ejercer la acción penal ni civil? Pues lo cierto es que quedaba completamente al margen de la situación. La Directiva, como texto base, y el Estatuto de la víctima dan ese paso más al entender que la víctima, aunque no ejerza la acción penal, no puede quedar al margen del proceso penal.

Así, siguiendo nuevamente lo previsto en la Directiva, le reconoce los siguientes derechos:

a) El derecho a comparecer ante las autoridades encargadas de la investigación para aportarles las fuentes de prueba y la información que estime relevante para el esclarecimiento de los hechos (art. 11, b). Y ello, independientemente de su fundamental papel como testigo llegado el momento del juicio.

b) Derecho a que se le comunique la decisión de sobreseimiento de la investigación: Fundamental para que la víctima se sienta «escuchada» dentro del proceso, informándosele de una de las decisiones más importantes que se adoptan dentro del proceso y dándole la oportunidad de recurrirla sin personarse en el proceso.

La importancia de esta posibilidad se acrecienta cuando se introduce el principio de oportunidad a favor del Ministerio Fiscal, y el Proyecto de LECRIM lo hace, pues en el fondo va a permitir el control de dicha decisión por parte de la víctima.

c) Derecho a participar en la ejecución (art. 13): A la víctima se le va a permitir recurrir, siempre que hubiera solicitado que se le comuniquen, una serie de decisiones adoptadas por el juez de Vigilancia Penitenciaria en fase de ejecución de sentencia; fase en la que el olvido de la víctima era aún más evidente que en el resto de fases del proceso. Concretamente, las decisiones que, en su caso, se le comunicarán son:

- El auto por el que el juez de Vigilancia Penitenciaria autoriza la posible clasificación del penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena, siempre y cuando la víctima lo sea de un catálogo de delitos concretos.¹⁶⁸¹
- Auto por el que el JVP acuerda que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de la condena, y no a la suma de las penas impuestas, cuando la víctima lo fuera por alguno de los delitos relacionados en el supuesto anterior.
- El auto por el que se concede al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el art. 36.2 CP o de alguno de los delitos a que se refiere el punto primero reflejado supra.

El art. 13, además, permite a la víctima, sin ser parte del proceso, interesar que se impongan al sujeto en libertad condicional medidas o reglas de conductas que se consideren necesarias para garantizar su seguridad, si el delito por el que se le hubiere condenado pudiere crear una situación de riesgo para la víctima (piénsese la importancia de esta medida en delitos de violencia de género, acoso, etc.).

d) Derecho al reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales que se le hubieren causado con preferencia respecto del pago de los gastos que se hubieran causado al Estado cuando se imponga en la sentencia de condena su pago y cuando se hubiera condenado al acusado, a instancia de la víctima, por delitos por los que el Ministerio Fiscal no hubiera formulado acusación, o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima (art. 14).

1681. Delitos de homicidio, aborto (art. 144 CP), lesiones, contra la libertad sexual, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, robo cometidos con violencia o intimidación, terrorismo y delitos de trata de seres humanos.

e) Fundamental en España va a ser la previsión del art. 15 que permite a las víctimas acceder a los servicios de justicia restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios del delito cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- que el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que se deriva su responsabilidad;
- la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información detallada e imparcial sobre su contenido, posibles resultados y consecuencias y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- el infractor haya prestado su consentimiento;
- el procedimiento de mediación no entrañe riesgo para la seguridad de la víctima ni de que pueda causarle perjuicios materiales o morales, y
- no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

El consentimiento para participar en la mediación puede ser revocado por la víctima (también por el agresor) en cualquier momento.

Como certeramente señala Gómez Colomer,¹⁶⁸² llama la atención que este texto no reconozca como derecho autónomo el de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el hecho ilícito.

f) Las víctimas podrán presentar solicitudes de reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita ante el funcionario o autoridad que les facilite la información a que se refiere la letra c) del art. 5.1, siendo este quien la trasladará al Colegio de Abogados correspondiente, evitándole a la víctima trámites burocráticos.

g) El art. 17 prevé que las víctimas residentes en España puedan presentar ante las autoridades españolas denuncias correspondientes a

1682. GÓMEZ COLOMER, J. L., *El Estatuto jurídico de la víctima del delito...*, cit., p. 311.

hechos delictivos que hubieran sido cometidos en el territorio de otros países de la Unión Europea. Si las autoridades españolas no tuvieran jurisdicción para dar curso a la denuncia, lo remitirán directamente a la autoridad competente sin que la víctima deba «preocuparse».

h) Las víctimas tienen derecho a que se les devuelva, sin demora y en la forma prevista en la LECRIM, los bienes restituibles de su propiedad que hubieran sido incautados en el proceso, salvo cuando se considere que su conservación es imprescindible para el desarrollo del proceso.

La última parte de la Directiva se dedica a la posible participación de la víctima en el proceso penal, siendo aquí donde es evidente que nuestro país tiene una situación de privilegio en tanto que reconoce a la víctima el papel de parte en el proceso penal.

3. Derecho de las víctimas a la protección

En el título III del Proyecto de Estatuto se contemplan una serie de derechos de clara finalidad tuitiva, pues van dirigidos todos ellos a la adecuada protección de las víctimas mientras está en marcha un proceso penal, con especial atención a la fase de investigación. Así, se establecen los siguientes derechos:

a) Derecho de las víctimas a la protección (art. 19): Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los hechos delictivos están obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar a la víctima y sus familiares el respecto a su propia vida, su integridad física y psíquica, su libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, su intimidad y dignidad; con especial atención a los casos en que la víctima debe testificar en juicio.

¿Qué medidas deben adoptar? El estatuto remite respecto a la forma de adoptar dichas medidas a lo previsto en la LECRIM, lo que se traduce principalmente en la adopción de medidas como la orden de protección, orden de alejamiento e, incluso, en los casos más graves la prisión pro-

visional. Previsiones que deben completarse con lo previsto en el art. 25 del Proyecto de Estatuto:

- Que se les reciba declaración en dependencias especialmente concebidas y adaptadas a tal fin.
- Que se les reciba declaración por profesionales con formación especial para reducir o limitar los perjuicios a la víctima, o que la declaración se tome por la autoridad competente pero con ayuda de estos profesionales.
- Que todas las tomas declaración a una misma víctima sean realizadas por la misma persona, salvo que pueda perjudicar el desarrollo del proceso o tomarse declaración por el fiscal o juez.
- Que la toma de declaración, cuando se trate de alguna de las víctimas a que se refieren los apartados 3.º y 4.º del apartado 2 del art. 23, se lleve a cabo por una persona del mismo sexo que la víctima cuando esta así lo solicite, salvo que pueda perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o deba tomarse la declaración por el fiscal o el juez.

Paralelamente, durante la fase de enjuiciamiento se prevé la adopción, conforme a lo previsto en la LECRIM, de las siguientes medidas:

- Medidas que eviten el contacto visual entre la víctima y el supuesto autor de los hechos, incluso durante la práctica de la prueba, para lo que podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación.¹⁶⁸³
- Medidas para garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas, mediante la utilización de tecnologías de la comunicación adecuadas.
- Medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el juez o tribunal consideren

1683. Igualmente será aplicable lo previsto en la LO 19/1994, de protección de testigos y peritos en causas criminales.

excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima;

- Celebración de la vista oral sin presencia del público. En estos casos, el juez o presidente del tribunal podrán autorizar, sin embargo, la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa.

b) Derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor: Estamos ante una medida de protección que bien podría tener cabida en la anterior, si bien el legislador ha querido destacar su especial trascendencia, vinculándola además con la propia fase de investigación.

c) Protección de la víctima durante la investigación penal (art. 21): Se impone a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal velar, evitando que se perjudique la eficacia del proceso, por que:

- A la víctima se le reciba declaración cuando resulte necesario y sin dilaciones indebidas.
- A la víctima se le tome declaración el menor número de veces posibles y únicamente cuando resulte necesario para los fines de la investigación penal.
- En estas declaraciones las víctimas podrán estar acompañadas por su representante procesal, representante legal (en su caso) y por una persona de su confianza y elección. Igual acompañamiento se puede dar en cualquier otra diligencia en que deba intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de su práctica.
- El reconocimiento médico debe llevarse a cabo cuando resulte imprescindible para los fines del proceso, reduciéndose los mismos al menor número posible.

d) Derecho a la protección de la intimidad (art. 22): Los jueces, tribunales, fiscales y demás autoridades y funcionarios encargados de la

investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y sus familiares. Se deberá poner especial cuidado en impedir que se difunda cualquier tipo de información que permita la identificación de las víctimas menores de edad o con discapacidades necesitadas de especial protección.

Como se puede deducir claramente de las previsiones anteriores, existe para las autoridades y funcionarios la obligación de adoptar toda una serie de medidas que deberán adaptar a las necesidades particulares de las distintas víctimas, especialmente cuando estemos ante víctimas especialmente vulnerables «con necesidades especiales de protección» a que se refiere al Estatuto, para las que se prevé una evaluación individual. El art. 26 establece las medidas de protección para los menores y las personas necesitadas de especial protección. La Directiva contempla también medidas de apoyo similares en los arts. 8 y ss.

En la efectividad de todas estas medidas de protección, así como del verdadero ejercicio del conjunto de derechos que se reconocen a la víctima las Oficinas de Asistencia a las Víctimas están llamadas a jugar un papel fundamental, de ahí que el título IV del Estatuto dedique el capítulo I a dichos organismos (arts. 27 a 29, que incluye la valoración de las circunstancias particulares de las víctimas, especialmente con referencia al art. 23.2, para determinar qué medidas de apoyo o asistencia pueden ser más adecuadas).

IV. LA VÍCTIMA EN EL PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El Proyecto de LECRIM mantiene el reconocimiento de un papel fundamental de la víctima en el proceso penal, rasgo distintivo de nuestro sistema, permitiéndole constituirse en parte acusadora, solicitar medidas de investigación y cautelares y solicitar la condena.

El art. 14 reconoce expresamente que la tutela de la víctimas es una de las finalidades del proceso penal, consecuencia de lo cual establece

la obligación para el Ministerio Fiscal, la Policía Judicial y el propio Tribunal de informarle de los derechos que le asisten, especialmente en el caso de las víctimas especialmente vulnerables, en la línea de lo dicho al analizar la Directiva y el Estatuto de la víctima.

1. El estatuto procesal de la víctima

Como manifestación de dicha preocupación se dedica el capítulo IV del texto al Estatuto de la víctima, lo que es bastante llamativo si se tiene en cuenta que al mismo tiempo que se trabajaba en la redacción de este Proyecto, una comisión de expertos diferente estaba trabajando en la elaboración de un texto independiente regulador del Estatuto de la víctima, que verá la luz antes que este texto, cuyo futuro es una incógnita.

También el Proyecto comienza este capítulo definiendo qué es víctima a efectos del texto legal (se considera víctima a todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima en el momento de la comisión del hecho punible o inmediatamente después» art. 59), para pasar seguidamente a enumerar una serie de derechos que se le reconocen a la misma, pero que no todos ellos son posteriormente desarrollados. Así se le reconoce:

- Derecho a la inmediata protección de su vida, integridad, libertad, honor, intimidad y cualquier otro derecho lesionado o amenazado por el hecho punible.
- Derecho a ser tratado con pleno respeto a su dignidad en toda diligencia policial o actuación procesal que se practique.
- Derecho a no sufrir intervenciones corporales sin su consentimiento, cuando se trate del ofendido por el delito.
- Derecho a la protección de sus datos personales.
- Derecho a ser oída por el Ministerio Fiscal en el curso de la investigación.

- Derecho al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del hecho punible.
- Derecho a la obtención del derecho a la asistencia jurídica gratuita, con los requisitos y de la forma prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.
- Derecho a ser informado de la situación procesal de la causa, que comprende el derecho a conocer el estado de las investigaciones, si no están declaradas secretas, las resoluciones sobre la situación procesal del encausado incluidas las relativas a las modificaciones de dicha situación cuando se produzcan, las resoluciones de sobreseimiento y apertura de juicio y la sentencia dictada en cualquier instancia y recurso.
- Derecho a obtener la restitución, reparación o indemnización del daño ocasionado por el hecho punible del responsable y, en los casos legalmente previstos, del Estado.
- Derecho a ser informada de los derechos anteriormente referidos. Esta información se realizará por la Policía Judicial en un lenguaje o idioma que perciba y comprenda, por sí misma o con la colaboración de la Oficina de Atención a la Víctima.

Si bien en el Proyecto hay también una referencia a las víctimas especialmente vulnerables,¹⁶⁸⁴ esta queda corta comparada con la Directiva, pues no se prevé un examen individualizado, que sí se prevé en el texto de Estatuto de la víctima. En concreto, el art. 61 establece que «Las personas que por su edad, enfermedad, discapacidad o situación peculiar puedan sufrir efectos perjudiciales de relevancia por su intervención en cualquier actuación procesal se considerarán especialmente vulnerables. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y los Tribunales adaptarán la forma del acto y tomarán las medidas necesarias para evitar o reducir todo lo que sea posible tales efectos, con el dictamen de expertos si resulta conveniente y con respeto por el contenido esencial del derecho de defensa» (art. 61).

¹⁶⁸⁴. Denominación usada también en la Decisión marco, pero que la Directiva sustituye por la de víctimas con necesidades especiales.

Siguiendo dicha idea tuteladora de la víctima se prevé que si la víctima tiene la consideración de testigo protegido serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 377 de este Código (art. 61), y que si por la índole del delito la confrontación visual con el encausado genera en la víctima terror, humillación o sufrimiento el tribunal puede acordar que la actuación se realice de forma que aquella sea evitada (art. 62).

Pese a la denominación del capítulo (Estatuto de la víctima) ahí queda la regulación del mismo, pues a partir de esta proclamación de derechos, el Proyecto de LECRIM se centra nuevamente en la víctima que ejerce la acción penal y/o civil, es decir, en la víctima que es parte en el proceso.

2. Ejercicio de la acción penal y civil

Como acabamos de indicar, uno de los derechos más importantes de la víctima, en nuestro sistema, es el de ejercer la acción penal y civil (arts. 65-68).

a) Ejercicio de la acción penal

El nuevo texto no introduce en este sentido cambios revolucionarios ni decide romper con la larga tradición española de permitir a la víctima el ejercicio de la acción penal con autonomía respecto a la acción ejercida por otras partes acusadoras, especialmente por el Ministerio Fiscal. Ahora bien, su constitución como parte acusadora está sometida a unas condiciones (no excesivas, desde luego):

1) Momento procesal oportuno: La víctima puede constituirse en parte acusadora, como acusación particular, desde que tenga noticia del hecho punible hasta la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal.

2) Forma: Para constituirse en parte acusadora la víctima deberá presentar querrela, salvo cuando inste la persecución del mismo hecho

que ya sea objeto de investigación por la Fiscalía, en cuyo caso se la tendrá por parte con la expresión de su voluntad de mostrarse parte acusadora.

3) Única representación procesal: Cuando se muestre parte acusadora más de una víctima, el juez de Garantías, a instancia de parte, acordará su actuación a través de una única representación procesal y asistencia letrada si los daños sufridos por las víctimas se derivan de la misma acción u omisión y no existe incompatibilidad de intereses entre ellas.

Si las víctimas no alcanzan un acuerdo sobre su representación procesal y asistencia letrada, el Tribunal de Garantías designará la representación y defensa de la víctima o víctimas más afectadas personal o, en su defecto, patrimonialmente, que será la única a través de la cual las víctimas podrán ejercitar la acción penal, mediante auto que no será susceptible de recurso. Si el criterio de la mayor afección no resultara aplicable utilizará el criterio de la mayor antigüedad en el ejercicio de la acción penal en la causa.

El art. 67 hace una especial referencia al ejercicio de las acciones por las asociaciones de las víctimas y por personas jurídicas legitimadas para la defensa de ciertos derechos, que podrán ejercer la acción penal y la acción civil como acusación particular o interponer la acción civil como actor civil.

Ahora bien, si las víctimas se constituyen en una persona jurídica para la defensa de sus derechos e intereses podrá ejercer la acción popular, ahora limitada, cuando estas se constituyan formalmente para la defensa de las víctimas del terrorismo en los procesos por delito de terrorismo (art. 70).

b) Ejercicio de la acción civil

Al igual que ocurre ahora, la víctima podrá ejercer la acción civil derivada del hecho punible en el proceso penal o reservar su ejercicio para el proceso que corresponda. La acción civil puede interponerse por el acusador particular conjuntamente con la acción penal o plantearse por la víctima aisladamente como actor civil (art. 66).

Igualmente se reconoce el ejercicio de la acción civil por el cesionario (art. 68), esto es, «Quien, sin haber cometido el hecho punible, haya indemnizado total o parcialmente a la víctima en virtud de una obligación legal o contractual contraída antes del hecho y se subroga en el derecho frente al sujeto activo del delito, podrá ejercitar en el proceso penal la acción civil fundada en el mismo que le asista frente al encausado o tercero afectado, pero no podrá interponer ni sostener la acción penal. En ningún otro caso el cesionario del derecho a obtener la indemnización podrá ejercer la acción civil en el proceso penal».

En cualquier momento el querellante, conforme al art. 259, puede desistir del ejercicio de la acción ejercitada, ya sea penal, civil o ambas, en cuyo caso se le dejará de tener por parte. El desistimiento se presentará ante el tribunal, que acordará sobre sus efectos.

3. La víctima y la Policía Judicial

Como ya hemos indicado (art. 15) la Policía Judicial cumple una función fundamental en la tutela e información a la víctima, como se reitera en el art. 79 al establecer las funciones de la Policía Judicial: «La Policía Judicial deberá, por iniciativa propia, y será obligación de todos los que la componen, investigar la noticia de la comisión del delito, *impedir sus consecuencias, en especial mediante la protección de la víctima*, esclarecer el hecho y descubrir a sus autores y asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición del Ministerio Fiscal»; obligación que el art. 72 extiende a cualquiera de las entidades con competencias de seguridad pública o prevención del delito (funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, comunidades autónomas o entes locales y de los restantes organismos a los que la ley atribuya competencias).¹⁶⁸⁵

1685. Art. 82.1 «recibirán denuncias y como consecuencias de las mismas o de oficio, ante la comisión de un hecho punible, podrán la noticia del delito en conocimiento de la Policía Judicial y en tanto esta no concurra realizarán las primeras diligencias necesarias para evitar las consecuencias del delito, en especial mediante la protección

En cumplimiento de lo establecido en la Directiva será fundamental, en este caso, una adecuada preparación de los agentes para poder llevar a cabo tales funciones de forma adecuada.

4. La víctima y el conocimiento de las actuaciones

Importante es la previsión expresa que se hace en la ley del conocimiento de las actuaciones por la víctima, bien entendido que dicho conocimiento no debe —siguiendo lo dicho en la Directiva— hacerse depender de la participación de la víctima en el proceso, sino que debe regularse como un «derecho independiente». ¿Se hace así por el Proyecto? El encausado y las partes tendrán derecho en todo momento a tomar conocimiento de las actuaciones de la causa practicadas por la Policía, el Ministerio Fiscal y el tribunal, salvo que se declare el secreto conforme a lo previsto en la ley (art. 135). No obstante, la investigación puede declararse secreta para la protección de los menores: «Excepcionalmente, durante la fase de investigación, la causa podrá ser declarada secreta, total o parcialmente, para el encausado y las demás partes personadas cuando el conocimiento de su contenido suponga un riesgo relevante para el esclarecimiento del hecho, el aseguramiento de fuentes de prueba o de las responsabilidades exigibles *o la protección de la víctima*» (art. 136).

Así, a la víctima se le informará de la apertura de las diligencias de investigación (art. 245), salvo en caso de declaración de secreto de las actuaciones, para que pueda ejercer su derecho de personación, establecido en el art. 250. Este artículo prevé que al efecto de poder ejercitar sus derechos ante el Tribunal de Garantías, las partes habrán de personarse ante el mismo mediante su representación procesal y comunicar su solicitud de anotación como parte en la condición que les corresponda en el registro de la causa, con acreditación de dicha condición mediante copia de la actuación del Ministerio Fiscal que la constate.

de la víctima y asegurarán los instrumentos, efectos y pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro».

De la lectura de este artículo se deduce, pues, que está pensando en la víctima parte del proceso.

Esto es evidente, si tenemos en cuenta que posteriormente, el art. 438.3 establece expresamente que aún no siendo parte en el proceso ni debiendo intervenir en el plenario, el Secretario debería informar a la víctima de la fecha y lugar de la celebración de la audiencia preliminar y del juicio, a efectos de su asistencia, si así lo quiere. A la víctima se le reservará un lugar adecuado de la sala a la víctima del delito, que podrá ocuparlo desde el comienzo de las sesiones o, en su caso, después de haber declarado. Aquí sí se desliga este derecho de asistencia de la condición de parte.

Parece pues, que la previsión del texto «se queda corta, nuevamente».

5. La víctima y la mediación

Uno de los aspectos más novedosos de este texto legal es la introducción de la mediación penal, esto es, de la posibilidad de solucionar el conflicto entre el encausado y la víctima libre y voluntariamente en el que un tercero interviene para facilitar que alcancen un acuerdo (art. 143). Esa mediación puede ser realizada por instituciones de mediación o profesionales.

Clave en la mediación es la voluntad de la víctima de querer llegar a un acuerdo con el encausado para poner fin al proceso cuando a ella se dirija el Ministerio Fiscal, el abogado o la Oficina de Atención a la Víctima manifestándole el interés del encausado en llegar a un acuerdo (art. 144.2).

Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podrá suspender las diligencias de investigación mediante decreto si lo considera oportuno.

Ni el Ministerio Fiscal ni los tribunales ofrecerán ventajas al encausado por el hecho de someterse a un procedimiento de mediación, sin perjuicio de los efectos procesales o materiales que puedan derivarse conforme a la ley del acuerdo con la víctima si se alcanza (art. 146).

No obstante el papel que creemos está llamada a jugar la mediación, no podemos añadir en estas páginas mucho más que lo dicho, pues la regulación del proyecto es excesivamente parca, lo que no nos permite llegar a una conclusión al respecto, debiendo esperar a que se desarrolle una ley de mediación en el ámbito penal.

6. La víctima en la las diligencias de investigación

Como ya hemos indicado, a la víctima se le informará de la apertura de las diligencias de investigación (art. 245), ahora dirigidas por el Ministerio Fiscal.

Sin novedad alguna, la admisión de la querrela convertirá a la víctima en parte de las actuaciones, pudiendo solicitar la práctica de diligencias de investigación concretas, prueba anticipada y la adopción de medidas cautelares concretas (art. 255). La víctima podrá solicitar al Tribunal de Garantías el sobreseimiento de la causa, pudiéndolo acordar este, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cuando los hechos carezcan manifiestamente de relevancia penal, siendo recurrible dicha decisión en apelación (art. 241).

El art. 257 permite al querellante, pero solo al querellante (víctima-parte), impugnar el decreto que acuerde el archivo o que deniegue tenerle como parte o la inactividad del Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Garantías que entienda competente para conocer de la causa (art. 257).

El decreto de conclusión o archivo (sobreseimiento) será notificado a las partes personadas, a efecto de que, como prevé el art. 420, pueda impugnarse dicha decisión, ante el Tribunal de Garantías solicitando su revocación para la práctica de nuevas diligencias de investigación o la continuación del procedimiento conforme a lo previsto en los arts. 422 y siguientes. Para resolver la impugnación, una vez dada audiencia a las partes, el Tribunal de Garantías dictará auto con alguno de los contenidos siguientes: *a)* la confirmación del decreto de archivo, en cuyo caso decretará el sobreseimiento de la causa; *b)* la continuación del procedimiento para la práctica de aquellas diligencias interesadas por las

partes y que resulten pertinentes, y *c*) la continuación del procedimiento para la formulación del escrito de acusación.

Cuando el sobreseimiento haya sido acordado por alguna de las causas a que se refieren los apartados *c*) (cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa), *d*) (cuando las diligencias practicadas pongan de manifiesto la comisión de un delito pero no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores) del art. 418, el fiscal u otra parte acusadora podrá solicitar del Tribunal de Garantías que deje sin efecto el decreto de archivo y autorice la continuación del procedimiento, siempre que surjan hechos o circunstancias cuyo conocimiento sobrevenido justifique el ejercicio de la acción penal.

En el caso previsto por el apartado *e*) (cuando el delito no sea perseguible por falta de denuncia del ofendido o perjudicado cuando se requiera) del art. 418 el Ministerio Fiscal u otra parte acusadora podrá efectuar al Tribunal de Garantías la solicitud prevista por el apartado anterior cuando se haya presentado por la persona idónea denuncia del hecho punible.

Concluidas las investigaciones, si el Ministerio Fiscal considera que existen motivos racionalmente fundados para interesar la apertura del juicio oral, dictará decreto de conclusión y formulará escrito de acusación, que remitirá junto con las actuaciones al Tribunal de Garantías (art. 422), quien dará traslado a las demás acusaciones, si las hubiere, por término común de diez días para que formulen escrito de acusación o interesen la revocación del decreto de conclusión para la práctica de las diligencias estrictamente indispensables para la calificación de los hechos y para resolver sobre la apertura del juicio oral. En el mismo plazo el actor civil habrá de presentar escrito de reclamación civil o interesar la revocación del decreto de conclusión.

7. Víctima y medidas cautelares

El peligro para la víctima es una de las condiciones que se tiene en cuenta para poder decretar la prisión provisional del encausado (art. 154),

ya que la misma podrá adoptarse con los siguientes fines: impedir el peligro de fuga del encausado, evitar el riesgo de desaparición o inutilización de fuentes de prueba relevantes para la causa, o neutralizar la fundada peligrosidad de comisión de delitos en el futuro. Esa peligrosidad futura puede afectar directamente a la víctima poniendo en peligro su vida, familia o patrimonio («La peligrosidad de comisión de futuros hechos delictivos por el encausado, *de modo particular si afectare a la misma víctima*, se constatará sopesando conjuntamente las circunstancias del hecho, la gravedad del delito objeto del proceso, los antecedentes penales y policiales y otras circunstancias personales del encausado»).

Alcanzado el plazo legalmente establecido para la prisión provisional (art. 155), esta podrá prorrogarse o acordarse de nuevo la prisión preventiva del encausado que fuera puesto en libertad por cumplimiento del plazo máximo, «si injustificadamente dejara de comparecer a cualquier llamamiento procesal, intentara limitar la libertad de otros encausados, testigos o peritos, o atentar de nuevo contra la víctima».

Si bien la adopción de las medidas cautelares personales debe ser la excepción (art. 180: «Todo encausado tiene derecho a permanecer en libertad sin limitación de ninguno de sus derechos personales»), «cuando concurren motivos que lo justifique el Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal o de otra parte acusadora, podrá adoptar medidas cautelares limitativas de la libertad y de otros derechos personales del encausado, para asegurar su disponibilidad en el proceso o *por exigencias justificadas de protección de las víctimas*».

El art. 181 prevé como medidas alternativas a la prisión provisional y para la protección de la víctima la adopción de las siguientes medidas (similares a la actual orden de protección, pero sin limitarla a los delitos de violencia doméstica o de género, para los que hay previsión específica):

1. prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, familiares u otras personas;
2. prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos;

3. prohibición de residir en determinados lugares, y
4. suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, tutela o administración de bienes.

No obstante lo dicho, el nuevo CP dedica una sección entera a las medidas de protección de la víctima (arts. 190 a 194).

8. Víctima y juicio oral

a) Apertura del juicio oral: Si el Ministerio Fiscal o la acusación particular solicitaran la apertura del juicio oral, el Tribunal de Garantías la acordará, a menos que estime que los hechos no son constitutivos de delito o concurra cualquiera otra de las circunstancias que autorizan el sobreseimiento de la causa (art. 429).

b) Prueba testifical: Sin necesidad de reiterar aquí nuestra consolidada doctrina y jurisprudencia sobre la declaración de la víctima, únicamente recordaremos que la víctima es un testigo en el proceso penal, y como tal prestará de declaración.

c) La víctima en la conformidad: La conformidad se amplía a cualquier delito, con independencia de su gravedad. Se prevé expresamente que no sea necesaria, para su validez, la asunción por todos los acusados. Se reducirá en un tercio la sanción siempre que la conformidad se produzca antes de la finalización del plazo para la presentación del escrito de defensa.

Para evitar que peticiones de penas temerarias o de mala fe sustentadas por la acusación popular o particular imposibiliten conformidades legítimas se establece un incidente de control por extensión de la pena reclamada que pueda instar el fiscal o el tribunal.

9. La víctima en la ejecución

La víctima va a intervenir también en la fase de ejecución de la pena.

a) Suspensión de la pena: En caso de suspensión de la ejecución de la pena, la decisión al respecto, o la que modifique el contenido de las reglas y condiciones impuestas, anotada en el Registro de Penados y Rebeldes, será comunicada a la víctima y a las personas destinatarias de las medidas de protección inherentes a las prohibiciones o deberes que pueden ser impuestos al penado con arreglo al a) 83 del Código Penal (art. 654).

Si es parte efectiva del proceso deberá ser oída para la revocación de la suspensión o la modificación de las condiciones impuestas (art. 656).

b) ¿Y para la sustitución de la pena de prisión? En el art. 660 no se prevé audiencia ninguna.

c) Permisos de salida: El art. 676 prevé la posibilidad de que durante el cumplimiento de la pena privativa de libertad el condenado pueda solicitar el disfrute de permisos de salida en los términos que establece la Ley Orgánica General Penitenciaria. En el caso de que el penado esté cumpliendo condena por un delito contra la libertad o integridad sexual o relacionado con la violencia contra la mujer, y la víctima está personada, se le dará traslado del recurso denegatorio interpuesto por el condenado para que informe por un plazo de cinco días.

d) Resolución sobre la clasificación de grado durante la sentencia: El art. 677 establece que la resolución de la Administración Penitenciaria en la que se clasifique en grado a un interno, sobre progresión o regresión de grado y los acuerdos que resuelvan no elevar propuesta de progresión y decidan el mantenimiento en el mismo grado, podrán ser recurridos ante el Tribunal de Ejecución, en el plazo de diez días a contar desde la fecha de notificación al penado. Se prevé nuevamente la traslación del recurso a las partes personadas.

e) Especialmente importante, por razones obvias, son las previsiones respecto a la ejecución de las penas de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, de aproximarse a la víctima o a otras personas determinadas y de comunicar con ellas.

El secretario judicial extenderá una certificación en la que consten las medidas cautelares con el mismo contenido que hubiera cumplido el penado, así como cualesquiera otras que puedan ser abonadas a las penas referidas en el apartado anterior, y realizará una propuesta de liquidación de condena que será notificada al Ministerio Fiscal y a la defensa, que dispondrán de un plazo de cinco días para formular alegaciones. Transcurrido dicho plazo el Tribunal de Ejecución dictará auto de liquidación de condena, que será susceptible de ser recurrido en apelación por el Ministerio Fiscal y por el penado. Vemos que no hay intervención alguna de la víctima en esta fase, a la que únicamente se le comunicará la liquidación.

10. ¿Existe alguna limitación de participación en alguna de las modalidades de proceso previstos?

a) Juicio directo: La víctima no podrá solicitar la celebración del juicio directo, si bien puede cuestionar, ante Tribunal de Garantías, su procedencia. Conforme al art. 478, el juicio directo procederá cuando la competencia para el enjuiciamiento recaiga en un Tribunal Unipersonal o Colegiado de Juicio, no siendo procedente cuando se trate de delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado. Además, se exige que concurren cumulativamente los siguientes requisitos:

1. Que el hecho punible sea flagrante o de investigación sencilla.
2. Que el encausado se encuentre a disposición del Ministerio Fiscal por estar detenido o que, aun sin haber sido detenido, se hallare citado para comparecer ante el fiscal.
3. Que no estén declaradas secretas las actuaciones.
4. Que no exista otra acusación personada.

b) Proceso por aceptación de decreto: En cualquier momento después de iniciado el proceso y hasta la finalización de las diligencias de investigación, aunque no haya sido llamado a declarar el encausado, podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos (art. 485):

1. Que el delito esté castigado con pena de multa o con pena de prisión sustituible por multa, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
2. Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
3. Que no esté personada acusación popular o particular en la causa.

El proceso por aceptación de decreto tiene por objeto una acción penal ejercitada para la imposición de una pena de multa y, en su caso, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Además, puede tener por objeto la acción civil dirigida a la obtención de la restitución de la cosa y la indemnización del perjuicio.

c) Proceso de decomiso autónomo: Constituye el objeto del proceso de decomiso autónomo la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad absoluta para comparecer en juicio.

No cabe en este supuesto ejercicio de la acción penal por la víctima, ya que como indica el art. 548, «la acción de decomiso en el proceso de decomiso autónomo será ejercitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal».

d) Proceso ante el tribunal del jurado: Las partes del proceso tienen derecho a recusar a los candidatos a jurados (arts. 515 y 518).

En la posible disolución anticipada del jurado del art. 536, no se prevé su participación, a salvo de la oportunidad de interponer el recurso

correspondiente: «Una vez concluidos los informes de la acusación, la defensa puede solicitar del Magistrado-Presidente, o este decidir de oficio, la disolución del Jurado si estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. En tal supuesto se dictará, en el plazo de tres días, sentencia absolutoria motivada».

Sí se prevé expresamente la posibilidad de que como consecuencia del desistimiento (por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras), en sus conclusiones definitivas, o en cualquier momento anterior del juicio, de la petición de condena del acusado, el magistrado-presidente disolverá el jurado y dictará sentencia absolutoria.

Se permite su participación en la «elaboración del objeto del veredicto» en el art. 529, ya que antes de entregar a los jurados el escrito con el objeto del veredicto, el Magistrado-Presidente oír a las partes, que podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, decidiendo aquel de plano lo que corresponda. Las partes cuyas peticiones fueran rechazadas podrán formular protesta a los efectos del recurso que haya lugar contra la sentencia.

Para tomar la decisión sobre la devolución del acta del jurado, el Magistrado-Presidente, deberá prestar previa audiencia de las partes sin presencia del Jurado, procediendo a devolver el acta si a la vista de la copia de la misma apreciase alguna de las siguientes circunstancias: Que no se ha pronunciado sobre la totalidad de las preguntas; que no se ha obtenido en alguna de las votaciones sobre dichos puntos la mayoría necesaria; que se ha incurrido en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación (art. 538).

En condición de parte, participará también en la determinación de la pena, ya que en el art. 543 se prevé «cuando el veredicto fuese de culpabilidad, el Magistrado-Presidente concederá la palabra al Fiscal y demás partes para que, por su orden, informen sobre la pena o medidas que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables y sobre la responsabilidad civil. El informe se referirá, además, a la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación de la suspensión de la pena».

e) Proceso de decomiso autónomo: Constituye el objeto del proceso de decomiso autónomo la acción mediante la cual se solicita el decomiso de bienes como consecuencia de la comisión de un hecho punible cuyo autor haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por hallarse en rebeldía o incapacidad absoluta para comparecer en juicio.

No cabe en este supuesto ejercicio de la acción penal por la víctima, ya que como indica el art. 548, «la acción de decomiso en el proceso de decomiso autónomo será ejercitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal».

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la luz de lo analizado, nuestro ordenamiento sigue manteniendo el mayor nivel de participación de la víctima en un proceso penal, yendo más allá de las previsiones de la Directiva, que dejan —en tanto que normas mínimas— que cada estado fije el alcance de la intervención de la víctima en el proceso.

Ahora bien, la configuración de un verdadero estatuto de la víctima creemos que debería tener en cuenta también, o especialmente, a aquellas víctimas que no han querido ser parte en un proceso penal, previendo y desarrollando para ellas aquellos derechos que se reconocen en los instrumentos europeos. El Anteproyecto de LECRIM se ciñe, como texto procesal que es, a los derechos de la víctima en el proceso, por ello, la aprobación del Estatuto de la víctima es necesaria, para contemplar así la protección de la víctima que no quiere ser parte del proceso. No podemos olvidar que los derechos de las víctimas de un delito son independientes de su posible participación en el proceso penal, y eso es precisamente lo que desarrolla la Directiva y el Proyecto de Estatuto.

Por ello, consideramos importante destacar que la consideración de la víctima como parte del proceso se mantiene en el Proyecto de Estatuto de la víctima, aunque realmente este texto, como ya hemos visto, se ocupa principalmente de la víctima que ha decidido no ser parte, reconociéndole todo un elenco de derechos, de gran trascendencia

práctica. La cuestión que deberá plantearse, por tanto, es si realmente necesitamos —de funcionar en el futuro ese catálogo efectivamente— reconocer a la víctima la condición de parte acusadora. La aprobación definitiva del Estatuto no cambiará legalmente la situación, pero puede llevar a que, en la práctica, las víctimas se sientan suficientemente protegidas con los derechos que en el texto se les reconoce y no consideren necesario comparecer como parte en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la unión europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., *La intervención de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la acción civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., *Estatuto jurídico de la víctima del delito (La posición de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho Comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan)*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2014.
- MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y Justicia Penal*, Atelier, Barcelona, 2012.
- OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, n.º 30.
- SAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho penal (De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima)*, Aranzadi, Cizur-Menor, 1998.
- SANZ HERMIDA, A., *La situación jurídica de la víctima en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- *Víctima de delitos: Derechos, protección y asistencia*, Iustel, Madrid, 2009.

LA PROTECCIÓN DEL MENOR VÍCTIMA DE DELITO DURANTE EL INTERROGATORIO O LA EXPLORACIÓN EN EL PROCESO PENAL¹⁶⁸⁶

PROF.^a DR.^a MERCEDES SERRANO MASIP
Profesora titular de Derecho Procesal
Universitat de Lleida

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA: APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DEL INTERROGATORIO DE TESTIGOS AL MENOR VÍCTIMA.- II. DERECHO DEL MENOR VÍCTIMA A SER PROTEGIDO DURANTE EL INTERROGATORIO EN LAS SUCESIVAS REFORMAS DE LA LECRIM. 1. Fundamentos de las reformas y su concreción en la LECRIM. 2. Reducido alcance de las reformas de la LECRIM en aras a lograr una mínima seguridad jurídica.- III. INTERVENCIÓN DE EXPERTOS Y CONTRADICCIÓN EN LA EXPLORACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA.- IV. MEDIDAS PREVISTAS EN EL PROYECTO DE LEY DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO.- V. CONSIDERACIÓN FINAL.

1686. El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto investigador «Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar» (DER2012-35862) del que es investigadora principal la Prof.^a Dr.^a Mar Jimeno Bulnes.

I. PUNTO DE PARTIDA: APLICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DEL INTERROGATORIO DE TESTIGOS AL MENOR VÍCTIMA

De conformidad con lo previsto en la LECRIM, las víctimas menores de edad son sujetos hábiles para comparecer y declarar en un proceso penal. Ello implica que, salvo que no gocen de la suficiente aptitud física o psíquica, pueden ser citados para intervenir como testigos de los hechos denunciados.¹⁶⁸⁷ Esta premisa ha comportado que les sean aplicables las normas procesales generales que disciplinan el interrogatorio de testigos tanto en la fase de instrucción (arts. 410 a 450) cuanto en la de juicio oral (arts. 701 a 722).

En concreto, no se establece ninguna especialidad sustancial por lo que se refiere a las diferencias entre la declaración testifical como diligencia de investigación y como medio de prueba. Estas diferencias de índole dogmática aluden a la *finalidad*, *valor* y *procedimiento*.¹⁶⁸⁸ En cuanto a la *finalidad*, ha de señalarse que la declaración testifical prestada durante la fase de instrucción está destinada a la averiguación de los hechos, el descubrimiento del responsable y la práctica de nuevas diligencias. Por el contrario, la declaración efectuada en juicio oral tiene la naturaleza de medio de prueba a través de la cual se pretende formar el convencimiento del tribunal sentenciador sobre la realidad de los hechos afirmados por las partes. Por lo que respecta al *valor*, la declaración del testigo en la fase preliminar se circunscribe a delimitar

1687. Respecto a la aplicación a la víctima del régimen jurídico propio de las declaraciones testificales, *vid.* por todos MORENO CATENA, V.: «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español», *Revista Penal*, 1999, n.º 4, p. 62 y ARAGONESES MARTÍNEZ, S.: «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito: deberes y medidas de protección», *Revista de Derecho Procesal*, 1995, n.º 2, pp. 409-439.

1688. *Vid.* MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Penal*, 6.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234. Directamente relacionada con las diferencias entre las diligencias de investigación y los medios de prueba se halla la controvertida cuestión acerca del carácter jurisdiccional o no jurisdiccional de la fase de instrucción. Sobre el particular revisten gran interés los argumentos esgrimidos por SERRA DOMÍNGUEZ, M. defendiendo la naturaleza administrativa de dicha fase (*Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 764-772).

el material con base en el cual se formulará la acusación, mientras que el valor de una prueba de cargo practicada en juicio oral consiste en ser apta para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado pudiendo el tribunal sentenciador basar en su resultado la condena. Finalmente, las diferencias entre el *procedimiento* a través del cual emite su declaración el testigo seguido en la fase de investigación y en el juicio oral estriban en el sujeto con poder de iniciativa, la forma del interrogatorio y las personas que han de estar presentes durante su realización.

Así pues, la minoría de edad del testigo no ha sido una característica personal que haya suprimido la nítida diferencia establecida por la LECRIM entre diligencia de investigación y medio de prueba. Dejando a un lado la todavía hoy falta de unanimidad doctrinal en lo atinente a la distinción entre prueba preconstituida y prueba anticipada, hasta la reforma de la LECRIM por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos, el hecho de haber sufrido un menor un delito profundamente victimizador no generó en el legislador la razonable pregunta sobre si su interrogatorio o exploración debería tener lugar con anterioridad a la vista del juicio oral y si sería conveniente atribuirle valor probatorio. La protección al menor respecto de los daños psicológicos y emocionales que la declaración en la vista pública del juicio oral puede ocasionarle no se consideraba, de forma unánime, incluida ni en los supuestos previstos en el art. 448 LECRIM que admiten la práctica de la prueba testifical anticipada (supuestos en los que la imposibilidad de declaración del testigo en juicio oral es previsible desde el principio: ausencia del testigo del territorio nacional y motivos racionales para temer su muerte o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral),¹⁶⁸⁹ ni en las vicisitudes que según el art. 730 LECRIM permiten que las diligencias de instrucción accedan al juicio oral mediante su lectura o reproducción (supuestos en los que la imposibilidad de declaración

1689. El art. 449 LECRIM incide en uno de los casos legales de admisión de práctica de prueba anticipada como es el peligro de muerte del testigo pero contemplando que sea «inminente» lo que le lleva a autorizar la práctica del interrogatorio de manera urgente con la presencia del imputado pero sin que sea imprescindible la asistencia letrada.

del testigo en el juicio oral es imprevisible e independiente de la voluntad de las partes).¹⁶⁹⁰

Un cierto avance se produce a raíz de la entrada en vigor de la LO 14/1999 que modifica el art. 448 LECRIM agregando un tercer párrafo en el que se dispone que la declaración de los testigos menores de edad puede tener lugar, siempre que se acuerde en resolución motivada y previo informe pericial, evitando la confrontación visual del testigo con el inculpado utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que hiciera posible «la práctica de esta prueba». El empleo del término «prueba» ofrece al jurista argumentos para reclamar que la minoría de edad sea añadida a las causas legales expresamente enunciadas en el párrafo primero de imposibilidad previsible del testigo de ser sometido a un interrogatorio en la vista del juicio oral.¹⁶⁹¹ Uno de los aludidos argumentos atiende a los trámites que ha de seguir la práctica de la declaración testifical cuando es una diligencia de investigación y que la diferencia de cuando se trata de un medio de prueba. Así de conformidad con el tenor literal del art. 435 LECRIM, los testigos en la fase de instrucción declararán separada y secretamente en presencia del Juez

1690. Un completa, clara y rigurosa distinción entre prueba anticipada, prueba preconstituida, diligencia de investigación que accede a juicio oral y acto de investigación para la obtención de fuentes de prueba se lleva a cabo por MARTÍN BRAÑAS, C.: «La prueba anticipada en el proceso penal», *Revista de Derecho Procesal*, 2001, núms. 1-3, pp. 471-495. Sobre el particular, *vid. asimismo*, GUZMÁN FLUJA, V. C.: *Anticipación probatoria y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 193 y ss; RIFÁ SOLER, J. M.^a, VALLS GOMBAU, J. F. y RICHARD GONZÁLEZ, M.: *El proceso penal práctico. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, 6.^a ed., La Ley, Madrid, 2009, pp. 1491-1500; CHOZAS ALONSO, J. M.: *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los Tribunales*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 477-482 y 517-523; MIRANDA ESTRAMPES, M.: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 276-293 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 6.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, t. 1, pp. 1442-1446.

1691. *Vid.* TAMARIT SUMALLA, J.: *La protección penal del menor frente al abuso y exploración sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.^a ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 131-149; y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2005, n.º 16, pp. 277 y ss.

instructor y del secretario judicial. Al no tener eficacia probatoria, la validez de la diligencia no depende de que concurran al acto el imputado o su abogado, aunque la ley les otorga la facultad de solicitarlo (arts. 118.1 y 302.1 LECRIM). Su finalidad es la de contribuir a averiguar cuál ha sido el hecho punible y sus circunstancias, así como a identificar al presunto autor.¹⁶⁹² Por lo que es razonable concluir que en la resolución motivada a la que se refiere el art. 448 LECRIM, tras su reforma por la LO 14/1999, el juez de Instrucción puede acordar, apoyándose en el previo informe pericial, que se practique el interrogatorio del menor como prueba testimonial anticipada y adoptar las medidas oportunas para evitar la confrontación visual directa del menor con el imputado.

Algunos aspectos ligados al desarrollo cognitivo y de discernimiento del menor sí hallan su reflejo en la ley, por ejemplo, el deber de prestar promesa o juramento de decir verdad nace a partir de la mayoría de edad penal (arts. 433 y 706 LECRIM).¹⁶⁹³ Pero, por el contrario, no se contempla ninguna especialidad legal en lo referente al deber de los órganos judiciales instructor y decisor consistente en advertir al testigo que está dispensado de la obligación de declarar cuando mantenga con el imputado o con el acusado una relación de parentesco en los términos de los arts. 416 y 707 LECRIM; en consecuencia, de acuerdo con el tenor literal de esos preceptos si el menor no es informado sobre esa facultad su testimonio no será válido y no podrá ser utilizado como medio de prueba.¹⁶⁹⁴ Ni tampoco en lo atinente a la técnica de la identificación o reconocimiento en rueda del sospechoso (art. 369 LECRIM). Otro pre-

1692. Vid. GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2010, p. 306 y RIFA SOLER, J. M.ª, VALLS GOMBAU, J. F. y RICHARD GONZÁLEZ, M.: *El proceso penal práctico. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, cit., pp. 553-557.

1693. Sobre la discutida cuestión relativa a si los mayores de catorce años han de prestar juramento o promesa de decir verdad, vid. DE LA ROSA CORTINA, J. M.: «Especialidades en la declaración del testigo menor en la fase de instrucción», en ALCÓN YUSTAS, F. y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Los menores en el proceso judicial. La protección del menor frente al derecho a un juicio justo*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 102-106.

1694. Vid. MORENO CATENA, V.: *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1980, pp. 115 y ss.; y MIRANDA ESTRAMPES, M.: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, 1999, pp. 39-43.

cepto importante en materia de interrogatorio de testigos que tampoco contiene ninguna disposición especial relativa a su práctica por razón del tipo de delito o categorías de víctimas es el art. 710 LECRIM que se ocupa del testigo indirecto o de referencia y lo admite como medio de prueba válido y eficaz.¹⁶⁹⁵

Asimismo, la declaración de los menores, cuando se considera prueba de cargo, es perfectamente apta para ser valorada por el tribunal decisor y destruir la presunción de inocencia de quien resulta inculcado en ella. Al igual que sucede con respecto a las víctimas mayores de edad, la valoración de su declaración, en particular cuando se trata de delitos cometidos en la clandestinidad intencionadamente buscada por el presunto agresor, siendo el menor único testigo y además denunciante, está presidida por tres criterios: *primero*, credibilidad subjetiva, esto es, ausencia de un móvil espurio o torcido como pudiera ser resentimiento, odio, enemistad, venganza o rencor, pero sin que el deseo de justicia deba estimarse englobado en aquel tipo de móvil; *segundo*, credibilidad objetiva que comprende una coherencia interna (verosimilitud de la narración) y una coherencia externa (corroboración mediante datos objetivos periféricos) y *tercero*, persistencia en la inculcación, no incurriendo el testigo en contradicciones o ambigüedades respecto de los extremos esenciales de su relato.¹⁶⁹⁶ No obstante, debe admitirse que el testimonio del menor se considera de peor condición que el de una persona adulta, de modo que suele ser un supuesto paradigmático de exigencia de la «prueba sobre la prueba». Con gran frecuencia, y casi siempre en los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual, el tribunal o la defensa solicitan la emisión de dictámenes periciales sobre la credibilidad del testimonio del menor. En las resoluciones judiciales se pueden leer las opiniones vertidas por la defensa que, con el propósito de desacreditar el testimonio del menor, resalta la pobreza de lenguaje,

1695. Excepto en los procesos penales que versan sobre injurias y calumnias vertidas de palabra (art. 813 LECRIM).

1696. *Vid.* SSTS, Sala de lo Penal, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\740); de 10 de febrero de 2014 (RJ 2014\846); de 11 de marzo de 2014 (RJ 2014\1900) y de 18 de junio de 2014 (RJ 2014\3963), todas ellas dictadas en causas seguidas por abusos y agresiones sexuales a menores.

la limitada capacidad de expresión, las incoherencias e imprecisiones de la declaración cuando no tachan directamente de mentiras o de fabulaciones los hechos narrados o escenificados por el menor. Es más, en alguna resolución judicial ha sido el propio Tribunal Supremo quien ha advertido sobre de la debida precaución a la hora de aplicar aquellos criterios cuando el testigo es una menor, tiñendo su razonamiento de una inexplicable y antijurídica discriminación por razón de sexo.¹⁶⁹⁷

La carencia de normas específicas sobre la exploración o interrogatorio del menor víctima también se pone de manifiesto en leyes especiales y posteriores a la LECRIM. Por ejemplo, nada se regula al respecto en la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Con gran probabilidad, esta laguna se explica por el objetivo principal que la citada ley pretende cumplir, a saber: aumentar la efectividad de la persecución penal facilitando la cooperación de los testigos. Por esto, las medidas protectoras del testigo con repercusión en las garantías procesales del imputado, por ejemplo, ocultar la identidad, impedir la identificación visual, no consignar en los autos el domicilio particular, sino el de la sede del órgano judicial y no repetir el interrogatorio en el juicio oral, se fundan en la apreciación racional de un «peligro grave» para la persona, libertad o bienes del testigo (art. 1.2). En resumen, no captó el interés del legislador el riesgo de victimización secundaria del testigo derivado de su participación en el proceso penal, sino que pretendió neutralizar las represalias o amenazas que pudieran provenir del entorno criminal del imputado o acusado.¹⁶⁹⁸

1697. «Qué duda cabe que todas las precauciones expuestas en relación a la aptitud de la declaración de la víctima como única prueba para fundar la condena, adquieren una intensidad y luz propia cuando esta víctima es menor de edad, y más aún, si es una niña» STS, Sala Penal, de 27 de mayo de 2010 (RJ 2010\6159), fundamento de derecho 2.º —el subrayado es nuestro—.

1698. *Cfr.* en este sentido, ORTELLS RAMOS, M.: «Comentario y desarrollo de la Ley de Protección de Testigos y Peritos», en ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.), *La protección de testigos y peritos en causas criminales*, Centro de ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2001, pp. 163-165; MORENO CATENA, V.: «La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español», cit., pp. 60-61; y ARANGÜENA FANEGO, C.: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prueba testifical y careos con menores de edad. (Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio)», *Revista de Derecho penal*, 2001, n.º 2, pp. 51-53.

En esa misma línea, la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, que establece un sistema de ayudas y asistencia a las víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual, pese a reconocer que la intervención de la víctima en el proceso le genera efectos igual de dolorosos que los derivados del delito, no se incluye ninguna norma especial para los menores víctimas.¹⁶⁹⁹

Finalmente, otro texto legal en el que no se dispone ninguna norma específica respecto de la declaración testifical del menor víctima es la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Ha sido reformada en cinco ocasiones pero hasta hoy en día no se ha estimado conveniente introducir normas que afrontasen la exploración del menor víctima de un delito cometido por otro menor. El art. 25 es el único precepto en el que se relacionan las facultades y los derechos que el menor puede ejercer durante la tramitación del expediente y la fase de audiencia. Ahora bien, debe repararse en que la titularidad de aquellos no la ostenta el menor por ser víctima, sino por el hecho de personarse y ejercitar la acción penal.¹⁷⁰⁰

II. DERECHO DEL MENOR VÍCTIMA A SER PROTEGIDO DURANTE EL INTERROGATORIO EN LAS SUCESIVAS REFORMAS DE LA LECRIM

1. Fundamentos de las reformas y su concreción en la LECRIM

Una vez descrito el estado de la cuestión, hay que plantearse cuál es el principal motivo de la prevención en elaborar normas específicas que disciplinen la declaración de menores en el proceso penal español. Esta pregunta y la posible respuesta a la misma son claves a la hora de idear

1699. *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», cit., pp. 271-272.

1700. Entre otras facultades y derechos procesales, el acusador particular puede: intervenir en la práctica de los medios de prueba que se produzcan bien en la fase de instrucción bien en la de audiencia; ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento y participar en las vistas y audiencias que se celebren.

y articular una reforma legislativa, sobre todo en un sistema de justicia penal como el español en el que a pesar de coincidir con la mayoría de procesos penales que se tramitan en la UE, en lo atinente al clásico olvido de la víctima como sujeto titular de derechos fundamentales que se ven afectados durante la tramitación de la causa, esta sí ostenta la titularidad del derecho de constituirse en parte acusadora.¹⁷⁰¹

Nada se descubre si se contesta a la anterior pregunta que el proceso penal de un Estado de derecho ha de velar por la efectividad de la presunción de inocencia del acusado. Esta solo puede ser enervada por una sentencia firme de condena basada en una prueba de cargo, lícita y practicada en el juicio oral con sujeción a los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción y concentración.¹⁷⁰² Ello implica que la adopción de medidas en interés de la víctima menor de edad consistente en evitar el interrogatorio público con una contradicción directa con el acusado y ante el tribunal sentenciador, ha sido tradicionalmente examinada desde la perspectiva de una limitación de las garantías procesales del imputado o acusado y, en consecuencia, generadoras de una grave merma del derecho a un juicio equitativo. De ahí que se le atribuya carácter excepcional por el legislador y los tribunales de justicia.¹⁷⁰³

Un cambio de orientación que supone observar el interrogatorio o la exploración de la víctima menor desde la óptica del daño moral que

1701. Un análisis del ejercicio de la acción penal en los sistemas judiciales italiano, alemán y francés se realiza por DE HOYOS SANCHO, M.: «Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y su transposición al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Procesal*, 2014, n.º 34.

1702. *Vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad», en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 67-70 y GIMENO SENDRA, V.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 69 y 70.

1703. Con cierto pesimismo debe admitirse que está costando a los operadores jurídicos patrios asumir y hallar argumentos a favor de que reconocer y garantizar los derechos de las víctimas es un fin que tiene sentido «por sí mismo y que no puede entenderse vinculado necesariamente a la persecución y castigo del delincuente» TAMARIT SUMALLA, J. M.: «La política europea sobre las víctimas de delitos», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 32.

puede provocarle despega gracias a una serie de Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa impregnadas por mensaje muy inteligible: los menores víctimas y testigos de delitos son titulares de derechos subjetivos específicos respecto de los mayores de edad en el ámbito de la Administración de Justicia, pues en relación con estos están en una situación de inferioridad, de ahí que sea preferente el «interés del menor», por lo que requieren un tratamiento singularizado y tuitivo.¹⁷⁰⁴

El nuevo rumbo se consolida con la firma y ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en cuyo art. 12 se insta a los Estados Parte a que garanticen el derecho de los menores a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, debiéndose tener en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. Una forma de lograr la efectividad de ese derecho consiste en dar la oportunidad al menor de ser oído en los procedimientos judiciales que les afecten. Pero no basta con que se le de audiencia, sino que los métodos empleados son esenciales en punto a salvaguardar ese derecho por lo que han de entenderse que se integran en su contenido. La guía que ha de inspirar el diseño de tales métodos cabe hallarla en el art. 39. Dicho precepto encomienda a los Estados Parte en la Convención que arbitren medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social, de los menores víctimas de cualquier forma de explotación, abuso o trato degradante en un ambiente que fomente el respeto a sí mismos. Un segundo instrumento crucial emanado de Naciones Unidas que defiende y refuerza los derechos de los menores frente a graves y concretas formas de criminalidad y desprecio por su dignidad es el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000. Interesa ahora subrayar, específicamente, una de las obligaciones que dicho Protocolo impone a

1704. En particular, la Recomendación (85) 11, adoptada el 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal; y la Recomendación (91), 11, adoptada el 9 de septiembre de 1991, sobre la explotación sexual, pornografía, prostitución y tráfico de niños, niñas y jóvenes.

los Estados Parte tendentes a proteger los derechos e intereses de los niños y niñas en todas las fases del proceso penal en el que se investiguen y juzguen las conductas que prohíbe. Reconociendo la vulnerabilidad de esos niños y niñas, les manda que adapten los procedimientos penales a las necesidades especiales de aquellos, poniendo un solo ejemplo de necesidad especial: su declaración como testigos (art. 8.1.a).¹⁷⁰⁵

El legislador español da sus primeros pasos en la dirección marcada por Naciones Unidas promulgando la LO de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, en cuyos arts. 9 y 11 se reconoce el derecho del menor a ser oído en los procedimientos judiciales en los que esté directamente implicado y conduzcan a una decisión que incida en su esfera personal familiar o social preservando su intimidad y de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Desde su entrada en vigor se han ido enlazando sucesivas reformas de algunos preceptos de la LECRIM de gran relevancia en el diseño de la exploración e interrogatorio de menores víctimas de delitos. En especial, hay que destacar los arts. 433, 448 y 707 pues prevén normas referentes a la declaración, exploración o interrogatorio de los menores víctimas bien como diligencia de instrucción, bien como prueba anticipada o bien como prueba practicada en la vista del juicio oral.

Ya se ha referido en el epígrafe anterior que la primera reforma de los arts. 448 y 707 LECRIM se lleva a cabo por la LO 14/1999, de 9 de junio, que además modifica el Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos. En ambos preceptos se introduce la cobertura legal para que no se produzca la confrontación visual entre la víctima o testigo menor de edad y el imputado o acusado y se indica

1705. En el BOE, n.º 27, de 31 de enero de 2014 se publicó el Instrumento de Ratificación del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Este Protocolo entró en vigor para España el 14 de abril de 2014. De acuerdo con lo dispuesto en su art. 12 se atribuye competencia al Comité de los Derechos del Niño para recibir y examinar comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones dimanantes de los siguientes instrumentos: la Convención de 1989, el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la participación de niños en los conflictos armados y el Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

que para ello cabrá utilizar cualquier medio técnico o audiovisual. El juez o el tribunal decretará tal medida si lo estima pertinente una vez haya recibido el preceptivo informe pericial en el que, en su caso, se consigne la conveniencia de evitar, teniendo en cuenta la naturaleza del delito y las características del menor, el contacto directo con el presunto autor del delito.¹⁷⁰⁶

Una segunda reforma de la LECRIM que ha tenido un fuerte impacto en el interrogatorio o exploración de menores víctimas es la realizada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, la cual suma, a una nueva regulación de los juicios rápidos de determinados delitos y faltas, la modificación del procedimiento abreviado. Los preceptos que interesan son los arts. 777.2 y 797.2, pues introducen en las diligencias previas y las diligencias urgentes la posibilidad de practicar prueba testifical anticipada ya prevista, como es sabido, desde 1882 para la fase de instrucción del procedimiento ordinario (art. 448 LECRIM). La causa que funda la anticipación de la prueba es el temor razonable de que la declaración del testigo, o la víctima, no pueda tener lugar en el juicio oral o provoque su suspensión. Y ello por razón del lugar de su residencia o por cualquier otro motivo independiente de la voluntad o comodidad de las partes. De todos los principios que rigen la celebración de los medios de prueba, únicamente se menciona en los citados artículos la contradicción. No puede referirse a la intermediación en sentido estricto, ni tampoco a la publicidad ni a la concentración, ya que no se practica la prueba testifical ante el tribunal sentenciador. En consecuencia, el medio de prueba debe documentarse en un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen o por medio de acta autorizada por el secretario judicial. Estos actos aseguran la validez del medio de prueba y su valoración por el tribunal sentenciador a los efectos de poder basar en él sus pronunciamientos sobre la culpabilidad del acusado.¹⁷⁰⁷

1706. *Vid.* ARANGÜENA FANEGO, C.: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prueba testifical y careos con menores de edad. (Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio)», cit., pp. 53-64; y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», cit., pp. 280-284.

1707. *Vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Los*

En último lugar, debe mencionarse la LO 8/2006, de 4 de diciembre, que modifica la LORPM y opera un cambio significativo en los arts. 448 y 707 LECRIM. Con el propósito de conferir mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos, por ejemplo delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se ordena al juez o tribunal que evite la confrontación visual de aquellos con el inculpado empleando cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas. Así, pues, la adopción de aquella medida deja de ser una facultad discrecional del tribunal, amparada en las conclusiones del dictamen pericial, y se convierte en un deber legal. Otro artículo modificado por la LO 8/2006 es el art. 433 LECRIM al que no alude en su Exposición de Motivos. Sorprende tal omisión por su innegable relevancia en el tema que nos ocupa ya que implanta el examen del menor por expertos pudiendo el juez acordar su grabación, se entiende a los efectos de poder reproducir la diligencia en un momento procesal posterior al amparo del art. 730 LECRIM. Finalmente, en la línea de procurar al menor una seguridad emocional, la LO 8/2006 añade la minoría de edad a las razones contempladas por el art. 731 bis LECRIM para la celebración de comparecencias a través de sistemas que permiten la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido.

2. Reducido alcance de las reformas de la LECRIM en aras a lograr una mínima seguridad jurídica

A las normas examinadas en el epígrafe anterior subyace una misma razón de ser: aminorar los efectos perjudiciales que para el desarrollo psicológico y bienestar emocional del menor víctima se derivan del interrogatorio o exploración ya sea en la fase de instrucción ya en la de juicio oral. Sus manifestaciones en el derecho positivo son, empero,

juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios a las reformas de la LECRIM. hechas por las LL. OO. 7, 8 y 9/2002, 1/2003 y por la Ley 38/2002, Bosch, Barcelona, 2003, t. I, pp. 488-489, t. II, pp. 1118-1120; y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «Víctima menor de edad y proceso penal: especialidades en la declaración testifical de menores-víctimas», cit., pp. 283-299.

distintas. Se acaba de comprobar que exclusivamente se ha dictado una norma imperativa que se circunscribe a evitar la confrontación visual entre el menor y el imputado o acusado. La discrecionalidad judicial se mantiene en cuanto a la exploración por medio de expertos y la grabación de la declaración en la fase de instrucción, así como en lo atinente al interrogatorio a través de videoconferencia u otro sistema similar en la fase de juicio oral. Por lo demás, la minoría de edad, con las precisiones necesarias objetivas y subjetivas, no se prevé de forma expresa como un supuesto que dé lugar a la práctica anticipada de la prueba. Al parecer, esa ha sido toda la influencia que han tenido sobre la LECRIM los principios, en especial de la supremacía del interés del menor, que de acuerdo con los ya citados instrumentos internacionales y leyes internas han de regir la actuación de los poderes públicos en la materia que nos ocupa.

Los principios y valores aludidos expresan una necesidad sentida por la sociedad de dotar al menor de un marco jurídico de protección lo más concreto posible. Si no se acierta en su exacta delimitación, al menos de los ámbitos subjetivo y objetivo, las reformas legislativas son incapaces de alcanzar la seguridad jurídica. Y esto es lo que, más allá de no poder asimilar la inserción en su seno de nuevos preceptos que no encajan en el sistema ideado en 1882, ha sucedido con las modificaciones introducidas en la LECRIM desde 1999. La práctica forense ha puesto de relieve que existen demasiados extremos que suscitan dudas. En efecto, las sentencias condenatorias dictadas en primera instancia son regularmente recurridas sobre la base de que si se atribuye valor probatorio a la exploración del menor practicada en una fase previa a la de juicio oral se lesiona la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías.

En la resolución de los recursos, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional interpretan los artículos de la LECRIM intentando mantener un equilibrio, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, entre los derechos y garantías procesales del condenado, los derechos y facultades procesales de la víctima y el interés público en la eficacia del ejercicio del *ius puniendi*. A su vez, aplican en términos generales las pautas que el TEDH ha fijado en su jurisprudencia relativa a la

compatibilidad de la validez y posterior consideración como prueba de cargo de las declaraciones de los menores obtenidas en la investigación policial o en la fase de instrucción del proceso penal con los derechos del sospechoso, imputado o acusado a un juicio equitativo y a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra (arts. 6.1 y 6.3d CEDH).

Según el TEDH la condena basada exclusiva o decisivamente en pruebas aportadas por testigos que no comparecen en el juicio oral no supone, indefectiblemente, una vulneración automática de aquellos derechos. Recuerda que el art. 6.3d CEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a la comparecencia de un testigo ante el tribunal. Su interpretación debe conjugarse con el análisis relativo a si las autoridades competentes han llevado a cabo actos procesales tendentes a minimizar los déficits de defensa que ocasiona la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral. En el examen del proceso penal en su totalidad, el TEDH considera también el tipo de delito cometido sobre los menores. En el caso de los delitos sexuales, la confrontación directa con el inculpado representa para la víctima un calvario que se acrecienta cuando esta es un menor. Ello comporta que el derecho procesal penal deba velar por los derechos de la víctima menor, en concreto, por el derecho al respeto de su vida privada (art. 8.1 CEDH). Ahora bien, las medidas que en tal sentido se acuerden han de permitir un adecuado y efectivo ejercicio de los derechos de la defensa. Para el TEDH el equilibrio se consigue si a pesar de no comparecer el menor en el juicio oral para ser interrogado se han observado las siguientes garantías mínimas: la persona sospechosa ha sido informada de la futura audiencia del menor, se le ha dado la oportunidad de observar y escuchar dicha audiencia en el momento de su realización o ulteriormente a través de una grabación audiovisual y ha podido plantear preguntas al menor, directa o indirectamente, durante el transcurso de la primera audiencia o en una ocasión posterior.¹⁷⁰⁸

1708. *Vid.* entre otras, las SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P. S. contra Alemania (TEDH 2001\881); de 2 de julio de 2002, caso S. N. contra Suecia (TEDH 2002\43); de 19 de junio de 2007, caso W. S. contra Polonia (JUR 2007\146805); de 27 de enero de 2009, caso A. L. contra Finlandia (JUR 2009\33841); y de 28 de septiembre

Es, particularmente, interesante la STEDH de 11 de febrero de 2014, caso González Nájera contra España (TEDH 2014\8) en la que se profundiza en la relación que se establece entre, de un lado, la existencia de amplias oportunidades previstas por la legislación interna en orden a que el inculpado pueda ejercitar el derecho de defensa proponiendo la práctica de los medios de prueba que convengan a sus intereses y, de otro, los poderes de dirección material del tribunal penal. Apoyándose en que la fase de juicio oral del proceso penal español es adversarial, el TEDH sostiene que corresponde a cada parte presentar las pruebas en apoyo de su caso, no debiendo reprocharse al tribunal decisor español que no hubiera «tomado la iniciativa de llamar a las testigos a la vista en ausencia de cualquier petición formal de ninguna de las partes» (ap. 51).

Otro punto de referencia para nuestros tribunales es la jurisprudencia del TJUE emitida al efecto de resolver cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales de los Estados miembros en las que se ha pronunciado acerca de si la regulación interna se acomoda a las normas de la Decisión marco de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal. Son ya muy conocidas las dos sentencias más relevantes al respecto: STJUE de 16 de junio de 2005 (TJCE 2005\184) y STJUE de 21 de diciembre de 2011 (TJCE 2011\427). Ambas resuelven cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales italianos y se pronuncian sobre la necesidad e idoneidad de la exploración de las víctimas menores de edad en una fase previa al juicio oral, así como la forma en la que aquella se ha de practicar. Sucintamente debe recordarse que el TJUE declara que a aquellas se les debe considerar víctimas especialmente vulnerables razón por la cual se les debe reconocer y garantizar por las autoridades públicas

de 2010, caso A. S. contra Finlandia (JUR 2010\332112). Un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre las sentencias citadas se lleva a cabo por HERNÁNDEZ GARCÍA, J. y MIRANDA ESTRAMPES, M., «¿Deben declarar los menores victimizados en el acto del juicio oral? (A propósito de la STEDH caso S. N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002)», *Revista Jurídica La Ley*, 2005, n.º 6335; y SERRANO MASIP, M.: «Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas en la fase preliminar del proceso penal», *Indret*, 2/2013, pp. 12-16.

competentes, con base en la Decisión marco de 2001 y en el art. 24 CDFUE, el derecho a suministrar elementos de prueba, a ser interrogadas el menor número de veces posibles y a evitar las consecuencias perjudiciales que para su integridad psíquica y moral se derivan de prestar declaración en audiencia pública, es decir, en fase de juicio oral. En consecuencia, el TJUE no duda en afirmar que el procedimiento más apropiado para explorar a los menores es el incidente de prueba anticipada regulado en los arts. 392 a 404 del Código de procedimiento penal italiano. Mediante este incidente se toma declaración a testigos menores de edad en fases anteriores a la de juicio oral, fuera de la sede del tribunal, a través de expertos y registrando la exploración en soporte audiovisual. A las declaraciones obtenidas se les otorga validez probatoria. Una de las consecuencias más relevantes de las sentencias del TJUE citadas ha sido la modificación legislativa que provocaron. Cuando se formularon las cuestiones prejudiciales, el incidente de prueba anticipada solamente estaba previsto para la exploración de menores de dieciséis años víctimas de delitos contra la libertad sexual. Tras la reforma operada por el Decreto Ley 11/2009, de 23 de febrero, se ha ampliado el ámbito objetivo de aplicación del incidente de suerte que puede tramitarse cuando el menor, sea o no víctima, testifique en procesos penales incoados, además de por ese tipo de delitos, por hechos constitutivos de maltrato, amenazas, trata y actos persecutorios.¹⁷⁰⁹

La doctrina del TEDH y del TJUE ha de inspirar la regulación del interrogatorio de la víctima menor de edad en el proceso penal tramitado en

1709. Las SSTJUE han sido comentadas, entre otros, por MAGNO, T.: «The Pupino Case: Background in Italian Law and consequences for national judge», *ERA Forum*, 2007, vol. 8, pp. 215-223; VIDAL FERNÁNDEZ, B.: «El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea», en DE HOYOS SANCHO, M. (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 214-217; DE HOYOS SANCHO, M.: «El tratamiento procesal de las víctimas especialmente vulnerables en los últimos instrumentos normativos aprobados en la Unión Europea», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, cit., pp. 55-57 y SERRANO MASIP, M.: «Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas en la fase preliminar del proceso penal», cit., pp. 22-28.

la UE. Por lo que los Estados miembros han de asumir que no solo han de tenerse en cuenta los derechos y garantías procesales del inculpado, sino que también forman parte del sistema de pesos y contrapesos el normal desarrollo de la personalidad del menor y su indemnidad moral y psíquica.

Apoyándose en dicha doctrina, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado, en sus Sentencias 174/2011, de 7 de noviembre y 57/2013, de 11 de marzo que la integración de los resultados de las diligencias de investigación en la valoración probatoria es conforme a la CE siempre que concurren dos extremos: *primero*, que exista una causa legítima que impida la declaración en juicio oral; esta es muy clara en el caso del testimonio de menor de edad víctima de delitos contra la libertad sexual para garantizar tanto su intimidad como su estabilidad emocional. Y *segundo*, que se haya compensado el déficit de contradicción padecido por el inculpado al no haber podido interrogar a aquel en el juicio oral; en concreto, que se le haya notificado que se va a proceder a la exploración del menor, tenga la oportunidad de observar la exploración en el momento en que se produce o después mediante el visionado de la grabación, pueda plantear preguntas al menor bien directa bien indirectamente ya sea durante el desarrollo de la primera exploración ya en un momento posterior y se reproduzca la grabación en el juicio oral para que sea objeto de debate y el tribunal decisor pueda fundar en ella los pronunciamientos sobre la culpabilidad del acusado. En cambio, no se ha estimado suficiente garantía de la eficacia del derecho al debido proceso el otorgar al acusado la posibilidad de formular alegaciones en el juicio oral sobre el desarrollo de la exploración realizada en la fase preliminar, si se le prohibió intervenir en ella en un momento procesal anterior.

Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional advierte en la Sentencia 57/2013 que su doctrina tiene unos efectos limitados, entre otros motivos, porque no es fuente del derecho, sino que su labor reside en complementar el ordenamiento jurídico (art. 1.6. CC). De ahí que sostenga que es imprescindible que se acometa la regulación legal de las exploraciones de los menores en particular víctimas de los delitos contra la libertad sexual (f. j. 3.º).

Recientemente, el legislador español se ha decidido a afrontar esa tarea en el Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito. Con anterioridad el legislador catalán sentó un precedente en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, referente a los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia. En el art. 87.3 y 4, dedicado a la protección de los menores ante la victimización secundaria, se dispone que «la Administración de la Generalitat de Catalunya ha de poner los medios necesarios para que las declaraciones de los niños o adolescentes, víctimas de malos tratos físicos, psíquicos o sexuales prestadas en un procedimiento penal se lleven a cabo evitando la confrontación visual con la persona imputada y con la intervención del personal técnico que será quien transmita las preguntas formuladas, asegurando la práctica de prueba anticipada establecida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la recogida de esta prueba a través de medios que permitan la reproducción audiovisual posterior. En el período de investigación o instrucción de un caso, se ha de procurar que no se realicen dobles exploraciones y que no se repitan las recogidas de muestras debiéndose coordinar las actuaciones clínicas y las forenses».¹⁷¹⁰

1710. Los antecedentes de este precepto cabe hallarlos en dos iniciativas legislativas de carácter estatal que no llegaron a fructificar. Se trata de dos proposiciones de ley. La primera se presentó por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) del Congreso que planteó la reforma del art. 433 LECRIM estableciendo que «en las declaraciones de menores en los procedimientos penales, se les tomará declaración a través de un experto, al que el juez, el Ministerio Fiscal y las partes, previamente habrán facilitado las preguntas. La exploración será seguida por el juez y las partes a través de un espejo unidireccional o de un circuito cerrado de vídeo y podrán sugerir nuevas preguntas a través de un experto. Se grabará en soporte audiovisual para su valoración» (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 27.5.05). La segunda proposición de ley fue formulada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Entre los preceptos que se incluyeron en la propuesta figuraba el art. 412 bis LECRIM que disponía que los menores de 14 años, en todos los casos, «estarán exentos de concurrir al llamamiento del juez pero no de declarar»; la exención de los mayores de esa edad y menores de 18 años estaba sujeta a que el juez lo acordara por auto tras haber oído al Ministerio Fiscal y haber valorado las circunstancias concretas, el interés del menor y la trascendencia de su declaración en el juicio. Asimismo, y según el art. 703 bis LECRIM de la misma proposición de ley, los menores tampoco habían de comparecer en el juicio oral. El tribunal sentenciador accedía a sus declaraciones mediante la reproducción de las mismas. No obstante, el tribunal podía acordar que los menores volvieran a declarar en el juicio, si bien no era preciso

III. INTERVENCIÓN DE EXPERTOS Y CONTRADICCIÓN EN LA EXPLORACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA

A pesar de que hasta la actualidad el legislador español no haya conseguido elaborar un conjunto sistemático y ordenado de normas que regulen el interrogatorio o la exploración del menor víctima reduciendo el elevado grado de inseguridad jurídica que pone de relieve la jurisprudencia, debe admitirse que las anteriores reformas de la LECRIM giran en torno a la idea de hallar la armonía entre la necesaria especialidad del procedimiento aplicable a la exploración de los menores en un proceso penal, la observancia de los derechos a un proceso con todas las garantías y de defensa del inculpado y el interés estatal en evitar la pérdida de fuentes de prueba en orden a poder ejercitar con éxito el *ius puniendi*.

Dada su vulnerabilidad, en la inmensa mayoría de los casos la intervención del menor víctima en el proceso penal lo sitúa ante una elevada probabilidad de que su indemnidad y desarrollo psíquico y moral se vean perjudicados. Su limitada capacidad de comprender el suceso padecido, la tensión que experimenta al recordarlo, las dificultades para exteriorizarlo y su tendencia al olvido como mecanismo de compensación para sobrevivir al trauma, son elementos que han de tenerse en cuenta a la hora de fijar las vías para recuperar la información registrada. Y todavía hay más: el plazo de tiempo que transcurre desde la comisión de los hechos hasta la celebración del juicio oral susceptible de distorsionar el recuerdo, junto a la repetición de las exploraciones y declaraciones a las que cabe someter al menor durante la tramitación del proceso penal, son factores que aumentan el riesgo de que más que recordar lo vivido, el menor lo reelabore gracias a la información externa que inconscientemente va recogiendo en cada una de aquellas intervenciones.¹⁷¹¹

que estuvieran presentes en la sala por lo que el interrogatorio por las partes y el tribunal debía realizarse «a través de los instrumentos y los medios previstos en la ley» (BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, 3.6.05).

1711. Vid. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Comares, Granada, 2006, pp. 282-309.

Cuando la memoria del menor es la principal huella del delito esta debe ser recogida, evitarse su contaminación y ser custodiada. A los factores ya citados que juegan en contra de la preservación de esa fuente de prueba, paso del tiempo y número de exploraciones, debe añadirse el modo o el método empleado en el interrogatorio. Todos estos obstáculos pueden ser contrarrestados a través de adecuados programas de abordaje de la exploración judicial del menor víctima. Un buen ejemplo es el «Programa de Apoyo a la Exploración Judicial» del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña que se implementa oficialmente en 2005, aunque inicia su andadura en 1997 con el «Programa de Apoyo a la Exploración Judicial de Testigos Vulnerables», y establece pautas con la meta de facilitar la interacción de Ministerio Fiscal, órganos judiciales y equipos de asesoramiento técnico penal. Este programa ha evolucionado, pues, por una parte, ha incorporado los resultados obtenidos en estudios científicos y empíricos posteriores y, por otra, se ha adecuado a los protocolos y guías de actuación elaborados por distintos entes públicos y colegios profesionales.¹⁷¹² Sus puntos de partida son: intervención mínima y exploración a través de psicólogos especializados en el ámbito forense. A través de ellos se persigue alcanzar varios objetivos, entre los que destacan, favorecer la calidad de la exploración judicial de testigos especialmente vulnerables, garantizar la reducción al mínimo de la victimización secundaria y obtener la declaración de la víctima en un marco profesional de contención emocional y reducción del estrés. Resulta claro, pues, el propósito de proteger a las víctimas y los testigos vulnerables, pero también se pretende obtener una finalidad esencialmente procesal. Es decir, el procedimiento que sigue la exploración está preordenado a colaborar con el órgano judicial para conseguir el éxito de las investigaciones y el normal desarrollo del proceso penal

1712. En junio de 1999 el Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña publicó la «Guía del psicólogo en el abuso sexual y otros maltratos a la infancia». Ese mismo mes y año, el Síndic de Greuges de Cataluña, la Generalitat de Cataluña y la Delegación del Gobierno en Cataluña firmaron el «Protocolo básico de actuaciones en abusos sexuales y otros maltratos a menores» al objeto de mejorar la coordinación de los organismos competentes y eludir la repetición de actuaciones. Este protocolo fue actualizado por el «Protocolo marco de actuaciones en casos de abusos sexuales y otros maltratos graves a menores» de 2006.

ya que, por un lado, en la misma exploración los psicólogos pueden realizar el test o la evaluación de la credibilidad del testimonio, esto es de lo narrado o escenificado por el menor, entregando al órgano judicial posteriormente el informe y, por otro, la grabación de la exploración hace posible el acceso de la misma a la vista del juicio consistiendo su valoración por el tribunal decisor.¹⁷¹³

El método empleado por los equipos de asesoramiento técnico penal de Cataluña se adecua a las directrices marcadas en el «Programa Apoyo a la Exploración Judicial». Dichos equipos intervienen siempre a petición del Ministerio Fiscal o del órgano judicial competente, que de acuerdo con lo ya expuesto suele ser el Juzgado de Instrucción o el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Y tras la fase previa destinada, básicamente, a acoger al menor, asignar profesionales al caso, preparar la exploración y determinar su urgencia y fijar la fecha a los efectos de proceder a la citación del imputado, se lleva a cabo la exploración. Esta puede efectuarse de diversas maneras y en distintos lugares, siendo las cuestiones clave: el respeto a las garantías constitucionales que rigen la práctica de los medios de prueba, la intervención de profesionales con experiencia que colaboran en la toma de declaración judicial del menor víctima, la protección del menor, la técnica seguida en la exploración y su grabación. En el caso de que se cuente con los medios materiales y personales necesarios, se entiende comúnmente que el método más idóneo de realizar la exploración del menor es el que se lleva a cabo por dos psicólogos y en una disposición espacial específica. Los psicólogos y

1713. *Vid.* sobre el «Programa de Apoyo a la Exploración Judicial» en Cataluña, ALARCÓN ROMERO, L., ARAGONÉS DE LA CRUZ, R., BASSA BERTÁN, M., FARRAN PORTÉ, M., GUILLÉN VILLEGAS, J.C., JUNCOSA FONT, X., LÓPEZ FERRÉ, S. y TORO MARTÍ, L.: «Comunicación sobre el Programa de Apoyo a la Exploración de Testigos vulnerables en Cataluña», *Anuario de Psicología Jurídica*, 2008, n.º 18, pp. 11-22; y HERNÁNDEZ LEDESMA, J. M.ª: «La declaración de menores y el programa de apoyo a la exploración judicial en Cataluña», *Diario La Ley*, 2011, n.º 7667, 6 de julio de 2011, pp. 1-8. En cuanto, a los criterios para evaluar la fiabilidad del testimonio, *vid.* FÁBREGA RUIZ, C. F.: «Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales», *Diario La Ley*, 2005, n.º 6289, de 6 de julio de 2005, pp. 5-11 (III. Procedimientos periciales para determinar la veracidad del testimonio).

el menor están situados en la sala de exploración. Si los profesionales y el juez lo estiman pertinente, el menor puede estar acompañado de su representante legal o persona de su confianza. La sala de exploración está separada de la sala contigua de observación mediante un espejo unidireccional y, a la vez, conectada a ella por un micrófono oculto que permite seguir la exploración al juez, fiscal, abogados de las partes personadas e incluso al propio imputado, así como al técnico que graba la exploración en audio y vídeo. Tanto el diseño de las salas cuanto la instalación tecnológica protege al menor, pues, se obtiene su declaración sin que este mantenga una confrontación visual directa con el imputado y sin sentirse observado. Finalizada la exploración, uno de los psicólogos abandona la sala de exploración con el fin de recoger las preguntas, aclaraciones o concreciones que las personas situadas en la sala de observación quieran plantear al menor.¹⁷¹⁴

La forma de practicar la exploración del menor por expertos ha de mantener la objetividad pero, obviamente, huye de la formulación de preguntas sugestivas o que dificulten el recuerdo de los hechos. Ante esta realidad es lógico que pueda invocarse que la garantía constitucional de la contradicción ve reducida su efectividad.

La doctrina y la jurisprudencia, en particular la del Tribunal Constitucional, atribuyen dos sentidos a la contradicción en la práctica de la prueba. El primer sentido es el que proporciona la salvaguarda del principio de audiencia y el derecho de defensa del imputado. De acuerdo con el mismo, el inculpado debe estar presente cuando se lleva a

1714. Otro ejemplo de buenas prácticas en la exploración judicial de menores es el diseñado en el «Protocolo de Actuación en Abusos Sexuales y otros Malos Tratos a la Infancia en el Partido Judicial de Móstoles» de 2013, elaborado por una Comisión integrada por miembros de las FFCC de Seguridad del Estado, de los Servicios Sociales, Educativos y Sanitarios de ayuntamientos y Comunidad Autónoma de Madrid, del Instituto Madrileño de la Familia y el Menor, del Centro Especializado de Intervención en Abuso Sexual Infantil y de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual. Dicho Protocolo ha sido coordinado por S. González de la Varga, magistrada-juez decana de los Juzgados de Móstoles, J. A. Hernández Sánchez, psicólogo forense del equipo psicosocial del TSJM y P. Pinto Pastor, médico forense de los Juzgados de Móstoles. Un comentario sobre dicho Protocolo se efectúa por VIEIRA MORANTE, J.: «El menor como víctima del delito», *Diario La Ley*, 2015, n.º 8453, 7 de enero de 2015, pp. 1-13.

cabo la actividad probatoria y ha de poder intervenir en ella. El segundo sentido viene dado por el principio acusatorio en virtud del cual los actos probatorios han de estructurarse según un enfrentamiento entre las partes procesales que es presenciado por el juez que adopta una posición meramente expectante.¹⁷¹⁵ El principio acusatorio delimita, pues, la actuación del juez en el proceso penal asegurando su imparcialidad de modo que no se le concedan facultades de dirección material ni en relación con el objeto del proceso ni respecto de la práctica de medios de prueba. Tal atribución sería incompatible con el ejercicio de las funciones que la Constitución le reserva consistentes en juzgar y tutelar los derechos fundamentales que pueden ser lesionados en el proceso penal.¹⁷¹⁶ Pero, además, el principio acusatorio también alude al derecho de las partes de interrogar a los testigos que declaran en su favor y en su contra.

Una vez definida en abstracto la garantía de la contradicción en la práctica de la prueba, debe decirse que la exploración del menor en la fase de instrucción a través de expertos no ha de suponer una limitación del principio de audiencia ni del derecho de defensa del inculpado. Con carácter general, los arts. 118.1 y 302.1 LECRIM conceden a la persona imputada la facultad de personarse como parte en el proceso desde que se le comunique su existencia. Una vez personada podrá tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias con excepción de las que hubieran sido declaradas secretas. Asimismo, las normas especiales que cabe aplicar a la exploración del menor como prueba anticipada o diligencia de investigación con valor probatorio exigen que, previamente a su práctica, se haya citado al imputado y su abogado a los efectos de que tengan la posibilidad de formular preguntas al menor (arts. 448, 777.2 y 797.2 LECRIM).

1715. Respecto de los dos sentidos diferentes que encierra la contradicción, *vid.* VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 75-90.

1716. *Vid.* MONTERO AROCA, J.: *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2008, pp. 69-96; y GÓMEZ COLOMER, J. L.: «La influencia del modelo adversarial anglosajón de enjuiciamiento criminal en la futura reforma procesal española», *Revista electrónica Derecho penal*, Friburgo, (Suiza), 2008, pp. 1-59.

Por el contrario, sí puede verse disminuida la contradicción si es analizada desde la óptica del principio acusatorio. En efecto, si bien es cierto que la exploración mediante expertos no ha de repercutir negativamente sobre la imparcialidad del juzgador, sí puede hacerlo sobre la extensión que pueden alcanzar la intervención del inculcado y su abogado en la exploración del menor. Y ello por dos razones, la primera se desprende de la propia finalidad de la fase de instrucción que conlleva que, mientras se tramita y sobre todo en sus momentos iniciales, ni se conocen todos los hechos que rodean la presunta comisión del delito ni está todavía completamente determinado el objeto del proceso penal. De manera que es improbable que el debate generado entorno a la exploración del menor reúna todos los extremos que propician una plena contradicción en la práctica de los medios de prueba en juicio oral.¹⁷¹⁷ La segunda razón se basa en que, pese a ser en el caso concreto el testimonio del menor la única prueba directa de los hechos sometidos a investigación y, por tanto, pese a ser muy reducida la diferencia entre el nivel de información de que dispone el imputado en el momento procesal en el que se efectúa la exploración y el que contaría en el juicio oral, es obvio que no tendrá la oportunidad de plantear al menor las repreguntas que podría formular en el juicio oral sin la intermediación de expertos.

En lo concerniente a esta segunda razón que apunta a la cuestión de si el interrogatorio cruzado ha de ser la técnica primordial para entender cumplidas las exigencias del contradictorio, resulta interesante detenerse en algunos estudios teóricos y análisis empíricos realizados por

1717. En este sentido se pronuncia, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 155-156. Coincide con el anterior VEGAS TORRES J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 114, al afirmar que «resulta evidente el diferente significado y alcance de la intervención del inculcado en el sumario y en el juicio: en el sumario, el inculcado interviene para defenderse frente a imputaciones de carácter provisional que resultan de la propia marcha de la investigación (al principio, de la imputación contenida en el atestado, la denuncia o la querrela; más tarde, en su caso, de la imputación contenida en el auto de procesamiento); solamente en el juicio es posible la contradicción en relación con la imputación definitiva, formulada en la acusación, que constituye la materia sobre la que ha de pronunciarse la sentencia».

juristas y psicólogos pertenecientes al área del *common law* que se han manifestado muy críticos con la aplicación del sistema de *cross-examination* a los menores víctimas de delitos, en especial, cuando se trata de delitos contra la libertad e indemnidad sexual. No es la primera institución capital del proceso penal adversarial anglosajón, configurado sobre la eficacia del juicio oral y público en el que se practican los medios de prueba de naturaleza personal, que pierde la relevancia que tuvo en sus orígenes –siglo XVIII– por lo que se refiere al proceso penal inglés, pero sí una de las que ha sido puesta en tela de juicio partiendo del superior interés del menor.¹⁷¹⁸

1718. Otra de las instituciones cruciales en materia probatoria del proceso penal del *common law* es la regla de exclusión del testigo de referencia, así como de la admisibilidad como prueba de las declaraciones no vertidas oralmente en el juicio (*Hearsay*). En 1988 y 2003 se reformó la *Criminal Justice Act* aplicable en Inglaterra y País de Gales que estableció excepciones a la prohibición general de admitir como prueba de cargo al testigo de referencia. *Vid.* sobre este tema, VOGLER, R.: «El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental», en BACHMAIER WINTER, L. (coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 177-194; también del mismo autor, «Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: en especial, las reglas de exclusión», en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Prueba y proceso penal*, cit., pp. 403-410. Asimismo, profundizan en la garantía que para la efectividad de la Sexta Enmienda a la Constitución federal de los EEUU tiene la confrontación directa del acusado con los testigos que deponen en su contra en las sesiones del juicio GÓMEZ COLOMER, J. L.: «El sistema: «Adversarial System», en *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 83-108; y JIMENO BULNES, M.: «El proceso penal en los sistema del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI», *Justicia*, 2013, n.º 2, en especial pp. 279-295. A raíz de aquellas modificaciones en el proceso penal inglés, se han dictado sentencias condenatorias sobre la base de estimar que los testigos de referencia pueden acreditar la certeza de las afirmaciones fácticas contenidas en la declaración de la víctima efectuada, por ejemplo, en sede policial y no reiterada en el juicio. Sobre algunos de estos asuntos ha debido pronunciarse el TEDH que incluso ha llegado a revisar su doctrina según la cual una condena no debe fundarse en un testimonio prestado sin contradicción cuando es el único o decisivo medio de prueba y el acusado no ha tenido una oportunidad adecuada y suficiente para interrogar o hacer interrogar al testigo en el momento en que ha declarado o en uno posterior, pues, tal forma de proceder vulnera el derecho a un juicio equitativo (art. 6.1 en conexión con el art. 6.3d CEDH). La revisión se ha producido en la sentencia de 15 de diciembre de 2011, caso Al-Khawaja y Tahery contra Reino Unido (JUR 2011\425397). En ella, el TEDH precisa que en los supuestos, en los que el respeto al derecho del acusado a un juicio equitativo dependa de la declaración de un testigo ausente no sometida

El interrogatorio del menor víctima por el abogado del inculpado de acuerdo con los usos que rigen la técnica de *cross-examination* es observado, en los trabajos a los que hemos hecho alusión, desde diversos ángulos, siendo los relativos a la forma de llevarse a cabo y al tiempo o momento procesal en los que se practica los que han generado las opiniones más negativas.¹⁷¹⁹ A modo de hilo conductor de lo que seguidamente se expondrá, deben ser indicados dos importantes aspectos. El primero es que en todos esos trabajos se parte de la presunción de que el menor posee suficientes competencias comunicativas para testificar por lo que su declaración puede ser fiable y exacta; en todo caso, el resultado final depende de la experiencia y profesionalidad de los miembros de los equipos que lo entrevistan, de los intermediarios, abogados y jueces.¹⁷²⁰ Y el segundo aspecto es la común afirmación de que la an-

a contradicción por no haber gozado el acusado de ninguna oportunidad de interrogarlo ni durante la fase de investigación ni en el juicio, deberá examinarse si existen, en el concreto sistema procesal penal en el que se ha dictado la condena, suficientes elementos de compensación que facilitan la correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa declaración (ap. 147). De manera que puede concluirse que el derecho del acusado a «interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él» ha perdido el rango de garantía esencial del derecho a un juicio equitativo y se ha convertido, exclusivamente, en una regla para la correcta valoración probatoria que además no ha de analizarse de forma aislada sino en el contexto del sistema en el que se inserta como un elemento más a tener en cuenta. Un riguroso estudio sobre la citada sentencia del TEDH y el fundamento constitucional de la garantía de la contradicción, se lleva a cabo por ALCÁCER GIRAÓ, R.: «La devaluación del derecho a la contradicción en la jurisprudencia del TEDH», *Indret*, 4/2013, pp. 1-15.

1719. *Vid.* SPENCER, J. R. y LAMB, M. E. (ed.): *Children and cross-examination. Time to change the rules?*, Hart Publishing, Oxford, 2012; COSSINS, A.: «Cross-examination in child sexual assault trials: evidentiary safeguard or an opportunity to confuse?», *Melbourne University Law Review*, 2009, vol. 33, pp. 68-104; McEWAN, J.: «The testimony of vulnerable victims and witnesses in criminal proceedings in the European Union», *ERA Forum*, 2009, vol. 10, pp. 369-386; HAYES, D. y BUNTING, L.: «‘Just be brave’ — The experiences of young witnesses in criminal proceedings in Northern Ireland», *Child Abuse Review*, 2013, vol. 22, pp. 419-431; MARCHANT, R.: «How young is too young? The evidence of children under five in the English Criminal Justice System», *Child Abuse Review*, 2013, vol. 22, pp. 432-445 y FOGLIATI, R. y BUSSEY, K.: «The effects of cross-examination on children’s reports of neutral and transgressive events», *Legal and Criminological Psychology*, 2014, vol. 19, pp. 296-315.

1720. En todos los trabajos citados en la nota anterior, se pone como ejemplo

gustia que sufren los menores víctimas cuando declaran es debida a la naturaleza adversarial del trámite.¹⁷²¹

Por lo que se refiere a la forma o estilo de *cross-examination*, entre otros extremos son censurados: el tipo de preguntas que se formulan al menor siendo mayoritariamente sugestivas, capciosas, inapropiadas, repetitivas y diseñadas con el ánimo de confundirle; el uso de un lenguaje incomprensible para el menor; el trato humillante que se le suele dispensar; las insinuaciones de que está contando mentiras y los intentos de desacreditarlo sobre la base de haber mantenido contacto con el presunto agresor tras la supuesta comisión de los hechos delictivos y de haber tardado en denunciarlos.

En cuando al factor tiempo se resaltan en sentido negativo: el plazo demasiado largo transcurrido entre la primera exploración realizada por la policía o los servicios sociales y el día de la sesión del juicio; la probabilidad de que el menor haya olvidado buena parte de los hechos; el que deba rememorarlos cuando está en fase de vencer el sufrimiento

de competencia para declarar de la víctima menor de edad el caso *Barker* y la sentencia que sobre el mismo dictó la Corte Criminal de Apelación de Inglaterra y Gales [2010] EWCA Crim 4. La menor víctima de agresiones sexuales fue entrevistada por la policía cuando tenía tres años y medio y declaró en juicio un año después siendo sometida a *cross-examination*. El acusado fue declarado culpable por el tribunal del jurado y condenado a cadena perpetua revisable a los diez años. Interpuso recurso de apelación que fundó en la incompetencia de la menor como testigo invocando la sección 55 de la Youth Justice and Criminal Evidence Act de 1999 que exonera a los testigos menores de 14 de prestar juramento. La Corte de Apelación respondió que las disposiciones estatutarias no contienen prejuicios y la exoneración de prestar juramento solo significa que el menor no tiene porqué comprender la importancia de decir la verdad en juicio. Tampoco requiere que el menor entienda todas y cada una de las preguntas que se le planteen. La competencia del menor debe ser valorada al final de la práctica de la prueba (ap. 38-43). La apelación fue desestimada.

1721. En palabras de SPENCER la experiencia para un menor de declarar según las tradicionales reglas del sistema adversarial que configuran el juicio a modo de batalla verbal, que acaece en público, ante la presencia física del acusado, contando desde el principio al final su historia, sin poder hacer ninguna referencia a las declaraciones previamente efectuadas y estando sometido a *cross-examination* por el abogado del acusado cuya principal misión es persuadir al jurado de que la declaración del menor es en el mejor de los casos incompleta y en el peor una mentira o fabulación, es extremadamente dramática (*Children and cross-examination. Time to change de rules?*, cit., p. 9.

padecido y la agravación del trauma a causa de la espera para la celebración del juicio.¹⁷²²

Las conclusiones que cabe extraer de los trabajos analizados es que el sistema de *cross-examination* no es fiable para averiguar si las declaraciones previamente emitidas por el menor son ciertas ni tampoco para obtener información adicional acerca de los hechos denunciados. Y ello porque su objetivo primario es atacar la credibilidad del testigo y la consistencia de su testimonio. De ahí que la injusticia inicialmente creada con la comisión de delito se perpetúe al amparo del derecho del acusado a un juicio justo. Parte de la doctrina reacciona ante esta constatación con diversos argumentos que confluyen en la afirmación de que los derechos del acusado comprendidos en el principio del *fair trial* no han de estimarse absolutos, sino que han de ser sopesados con el interés público en actuar en beneficio de la comunidad y el interés de la víctima en no experimentar una recaída emocional y psicológica a consecuencia de la celebración del juicio, con el fin de hallar un punto de equilibrio.¹⁷²³

Ese punto de equilibrio puede alcanzarse, al menos con tres medidas. La primera es someter al menor a *cross-examination* con anterioridad al juicio (*pre-trial*) en un momento procesal en el que ya han tenido lugar dos actos procesales trascendentes que permiten acotar la extensión del interrogatorio: la acusación (el Ministerio Público) ha puesto a disposición de la defensa el material en el que asentar las alegaciones de

1722. En el informe *The experience of young witnesses in criminal proceedings in Northern Ireland* elaborado por HAYES, D., BUNTING, L., LAZENBATT, A., CARR, N. y DUFFY, J., Queen's University Belfast, 2011, se recogen datos sobre el plazo de tiempo transcurrido entre la denuncia de los hechos y la celebración del juicio y sobre el tiempo de espera en los juzgados para proceder al interrogatorio en el juicio. Respecto del primer indicador, en dicho informe consta que en Irlanda del Norte el promedio de tiempo de espera es de 20 meses en juicios celebrados en la Crown Court, mientras que en Inglaterra y Gales es de 13 meses; y de 13 meses en juicios tramitados en los Magistrates' y Youth courts de Irlanda del Norte cuando en Inglaterra y Gales es de 7 meses (datos obtenidos en 2009 p. 11). El segundo indicador, tiempo de espera en los juzgados para ser interrogado, arroja las siguientes cifras 12,7 horas en la Crown Court y 6,3 horas en Magistrates' y Youth courts de Irlanda del Norte (datos obtenidos en 2009, p. 42).

1723. *Vid.* COSSINS, A.: «Cross-examination in child sexual assault trials: evidentiary safeguard or an opportunity to confuse?», cit. pp. 71-73.

descargo y la defensa ha manifestado al tribunal y al Ministerio Público los motivos en los cuales apoya su caso. Junto a esta medida, la doctrina propone cambiar la forma, el orden, el estilo de las preguntas con el fin de orillar al máximo las que solo buscan desacreditar al menor y restar solidez a su testimonio. Si bien, admite que el éxito del cambio está condicionado a una activa intervención judicial. La tercera, y última medida que estimamos pertinente referir, consiste en la incorporación al sistema de *cross-examination* de un intermediario (*intermediary*) que no es un mero mensajero que facilita al menor la correcta comprensión de las preguntas, sino un experto al que la defensa traslada los asuntos sobre los que va a formular cuestiones para que le indique la forma de plantearla que más se ajusta a las características del menor y al respeto a su integridad psíquica.¹⁷²⁴

No solo la doctrina ha sido receptiva a la agresividad gratuita que conlleva la tradicional técnica de *cross-examination* respecto de testigos menores, en especial entre 4 y 10 años, sino también la judicatura y el legislador. Un pieza crucial en los cambios legislativos fueron las recomendaciones contenidas en el informe redactado, en 1989, por los miembros del Comité asesor sobre grabación de pruebas (*Advisory Group on video-recorded evidence*) presidido por el Honorable Juez Thomas Pigot.¹⁷²⁵ Buena parte de las mismas han sido incorporadas al derecho positivo en concreto a la *Youth Justice and Criminal Evidence*

1724. Vid. SPENCER, J. R.: *Children and cross-examination. Time to change de rules?*, cit., pp. 178-190.

1725. En esencia, el Comité proponía que la primera entrevista del menor de 14 años, víctima de delitos sexuales y malos tratos, realizada por la Policía o los servicios sociales fuera grabada y admitida como prueba. A instancia de la acusación, la primera audiencia debía poderse celebrar en un lugar distinto de la sede del tribunal tan pronto como fuera posible. En ella, la defensa debía tener la oportunidad de interrogar al menor, aunque menor e inculpado no podían coincidir en la misma sala. Las preguntas no deberían serle formuladas directamente al menor por el abogado de la defensa, sino a través de un intermediario. Este interrogatorio también debería ser grabado y reproducido el día del juicio. Con estas medidas se evitaría que el menor volviera a declarar durante las sesiones del juicio. Solo debería declarar el día del juicio en los casos en los que pudiera celebrarse un juicio rápido, pero siempre soslayando la confrontación con el inculpado. El informe completo del Comité está reproducido en SPENCER, J. R.: *Children and cross-examination. Time to change de rules?*, cit., pp. 203-281.

Act de 1999 aplicable en Inglaterra y Gales, a la *Criminal Evidence Order* de 1999 vigente en Irlanda del Norte y a la *Vulnerable Witnesses Act* de 2004 aplicable en Escocia.

Las medidas especiales incorporadas a la *Youth Justice and Criminal Evidence Act* en 1999 destinadas a la protección de testigos vulnerables, quedando comprendidos en esta categoría los menores de 17 años en el momento de la celebración del juicio, están ubicadas en la parte segunda, capítulo 1, secciones 23 a 29 y consisten en evitar la confrontación visual directa del testigo con el acusado cuando ambos estén en la sala donde se celebra el juicio, practicar el interrogatorio del testigo en otro espacio conectado con la sala de juicio a través de un circuito cerrado de televisión u otro sistema similar, decretar la práctica del interrogatorio del testigo a puerta cerrada, dispensar a jueces y letrados de llevar la indumentaria requerida legalmente, grabar antes del juicio el interrogatorio del testigo por la acusación para ser admitido como medio de prueba (*evidence-in-chief* o *direct examination*), grabar antes del juicio el interrogatorio del testigo por la defensa (*cross-examination*), así como la segunda posibilidad que tiene la acusación de interrogar al testigo (*re-examination*) para ser admitidos como medio de prueba y practicar los interrogatorios del menor a través de intermediarios.

En la *Criminal Evidence Order* de Irlanda del Norte, arts. 11 a 17, se prevé un régimen jurídico idéntico al vigente en Inglaterra y Gales. Por último, la ley escocesa, *Vulnerable Witnesses Act* establece medidas estándar para los testigos menores de 16 años que les permiten declarar en el juicio evitando la confrontación directa con el acusado mediante el uso de pantallas o en una dependencia del Juzgado conectada con la sala de vistas a través de un circuito cerrado de televisión, estando siempre acompañados por personal de apoyo (secciones 271A y 271H). Cuando se trata de menores de 12 años, se contempla la posibilidad de que se les tome declaración en un local situado en un edificio distinto al de la sede del tribunal. Si se estima apropiado a los efectos de evitar causarles más perjuicios psicológicos, así como asegurar la calidad de su declaración, cabe otorgar valor probatorio a los interrogatorios realizados y grabados con anterioridad al juicio ante un juez o un abogado designado por el tribunal (*commissioner*) (secciones 271B y 271I).

IV. MEDIDAS PREVISTAS EN EL PROYECTO DE LEY DEL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA DEL DELITO

El Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito (PLEVD) es aprobado por el Gobierno con el fin de transponer al ordenamiento jurídico interno tres Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo en las que se recogen normas mínimas respecto a los derechos de las víctimas de delitos en la UE, teniendo una de ellas un ámbito de aplicación subjetivo y objetivo general, la Directiva 2012/29/UE, mientras que las otras dos, la Directiva 2011/36/UE y la Directiva 2011/92/UE, se dictan para reforzar los derechos de ciertos colectivos de víctimas con especial vulnerabilidad.¹⁷²⁶ La transposición de los citados instrumentos legislativos no ha de constituir, según la Exposición de Motivos del PLEVD, un obstáculo a la vocación unificadora del estatuto, pues, pretende ser el catálogo básico de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos. Sin embargo, no podrán eludirse en su texto remisiones a normativas específicas ya en vigor ni a la redacción de preceptos exclusivamente aplicables a víctimas determinadas.¹⁷²⁷

Asimismo, en la Exposición de Motivos del PLEVD se alude a los contextos que se han mostrado decisivos en la delimitación de su contenido. De un lado, el contexto europeo que ha comportado que deban transponerse al derecho interno las cuestiones que figuraban en el Informe de la Comisión de 2009 sobre el grado de cumplimiento de los objetivos de la Decisión marco de 2001, las normas de las Directivas 2011/92/UE y 2011/36/UE y el nuevo régimen jurídico formado por los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos diseñado

1726. Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI; Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo y Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

1727. Se ha manejado en este trabajo el texto del Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito publicado en el BOCG, Senado, X Legislatura, n.º 461, 29.12.14.

por la Directiva 2012/29/UE.¹⁷²⁸ De otro, el contexto nacional expresado en las demandas y necesidades de la sociedad española que reclama que junto a los derechos y garantías procesales del imputado, acusado y condenado, se reconozca la dignidad de la víctima, se defiendan sus bienes materiales y morales y se le repare el daño, no solo pero también, en el marco de un proceso penal. Este segundo contexto es el responsable de que el legislador patrio haya decidido superar los estándares mínimos europeos y sea más ambicioso para no defraudar a los ciudadanos a los que representa.

Desde esos dos caracteres que reúne el proyectado estatuto, es decir, vocación unificadora y superación de las normas mínimas europeas, se analizarán las normas que van a regular en un futuro el interrogatorio o la exploración de la víctima menor de edad. Tales normas se ubican, básicamente, en el título III PLEVD y la Disposición final segunda donde se insertan los preceptos de la LECRIM objeto de reforma.

El título III del PLEVD lleva por título la «Protección de las víctimas» y en su primer artículo, el 19, se mencionan los bienes jurídicos a proteger (vida, integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, intimidad y dignidad), quienes tienen el cometido de protegerlos (las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos), la finali-

1728. Los contextos en los que se enmarcan las Directivas 2011/36/UE, 2011/92/UE y 2012/29/UE son expuestos y analizados en VILLACAMPA ESTIARTE, C.: «La nueva Directiva Europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas. ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, n.º 13, pp. 1-52; CALVO SÁNCHEZ, M.ª C. y BUJOSA BADELL, L. M.: «Aspectos jurídico-procesales de los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores en Europa», en MARTÍN OSTOS, J. (coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conrado*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 153-155; PÉREZ MARTÍN, M.ª A.: *La tutela contra la criminalidad en la Unión Europea. El camino hacia una jurisdicción penal común*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 248-266; PEREIRA PUIGVERT, S.: «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», *Revista General de Derecho Europeo*, 2013, n.º 30, pp. 1-21; y SERRANO MASIP, M.: «Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal», cit., pp. 31-36.

dad de la protección (evitar el riesgo de victimización secundaria o reiterada que se produce, especialmente, en las declaraciones y práctica de prueba testifical) y la vía para que sea efectiva (adopción de las medidas necesarias de acuerdo con lo previsto en la LECRIM). Este es el contenido de la redacción originaria del art. 19 PLEVD.¹⁷²⁹ Ahora bien, con motivo de las negociaciones llevadas a cabo durante la tramitación parlamentaria se le ha añadido un segundo apartado que, sin duda, pretende, por un lado, dejar constancia de la correcta recepción por el legislador español de los textos internacionales y regionales que proclaman los derechos de los menores que deben ser reconocidos y salvaguardados cuando intervienen en un proceso penal y a los que brevemente se ha hecho referencia al inicio de este estudio y, por otro, adecuar el art. 19 PLEVD a las misiones que la CE, el Estatuto Orgánico del MF y la LOPJM encomiendan al MF.¹⁷³⁰ Dicho segundo apartado dispone que «en el caso de las víctimas menores de edad, la Fiscalía velará especialmente por el cumplimiento de este derecho de protección, adoptando las medidas adecuadas a su interés superior cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso».¹⁷³¹

A continuación, se recoge en los arts. 20, 21 y 22 PLEVD un primer conjunto de medidas de protección general cuyo ámbito de aplicación subjetivo y objetivo se extiende a todas las víctimas y a cualquier tipo de delito sin reparar en el bien jurídico lesionado. Con ello quiere significarse que la adopción de dichas medidas no se halla condicionada ni a la realización ni al resultado de una previa evaluación individual. Sin embargo, lo anterior no releva a las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, la persecución y el enjuiciamiento de efectuar, en cualquier supuesto, un juicio de ponderación antes de acordarlas.

1729. BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, n.º 115-1, 5.09.14.

1730. Art. 124.1 CE, art. 3.10 EOMF y arts. 9 a 11 LOPJM.

1731. Se trata de una enmienda transaccional a las enmiendas 68 (GC-CiU) y 94 (GS) propuesta por la Ponencia a la Comisión de Justicia del Congreso (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, n.º 115-3, 16.12.14). Ninguna mención se efectúa a los menores en el art. 18 Directiva 2012/29/UE cuyas normas se transponen al art. 19 PLEVD.

Los arts. 20 y 22 PLEVD prevén medidas con escasa incidencia en el normal desarrollo del proceso, pues, no están inexorablemente conectadas ni con la realización de diligencias de investigación ni con la práctica de medios de prueba. Sin embargo, entre ellas hay una diferencia importante que radica en el sujeto que debe aplicarlas. Mientras que el objetivo de las dispuestas en el art. 20 estriba en que las instalaciones y dependencias de las oficinas policiales y judiciales sean diseñadas y construidas de manera que se evite el contacto directo entre la víctima y el inculpado, por lo que sus principales destinatarios son las autoridades competentes para gestionar los medios materiales que facilitan el óptimo funcionamiento de la Administración de Justicia, las contempladas en el art. 22 tienen como fin proteger el derecho fundamental a la intimidad de la víctima y sus familiares correspondiendo su interpretación y aplicación a las autoridades, funcionarios y órgano judiciales que intervienen en la investigación y el proceso penal. En consecuencia, la concreta medida que en virtud de este último precepto se adopte ha de sujetarse a la técnica de la ponderación. El derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) entra en colisión con la libertad de expresión e información (art. 20 CE) y con el principio constitucional de publicidad que informa la celebración de la fase de juicio del proceso penal (art. 120.2 CE). El órgano competente deberá, pues, analizar las circunstancias del concreto supuesto de hecho y decidir cuál de los derechos fundamentales y valores constitucionales es más digno de protección.¹⁷³² Solamente

1732. En el art. 22 PLEVD no se establece, de forma expresa, ningún presupuesto del que dependa la concreta medida que se acuerde. De su tenor literal («de acuerdo con lo dispuesto en la Ley») cabría inferir que se remite, por ejemplo, a la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales cuyo art. 1.2 exige, a los efectos de prohibir la captación de imágenes de los testigos y peritos en las dependencias judiciales, la apreciación racional por parte del órgano judicial de «un peligro grave para la persona, libertad o bienes de aquellos». Pero no ha de ser esta la conclusión ya que, la remisión ha de estimarse efectuada en primer lugar a la LECRIM, en concreto a los arts. 680 y 681 que son modificados por el PLEVD. En ellos se prevé que el juez o tribunal, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes y previa audiencia de las mismas, pueda acordar que todos o algunos de los actos procesales o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada; pueda prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que

cuando se trate de víctimas menores de edad, el órgano competente no tendrá que sopesar los derechos y valores en conflicto sino que bastará con que aplique la técnica de la subsunción, pues, el art. 681.3 LECRIM, también modificado por el PLEVD, le ordena que prohíba «en todo caso» la divulgación o publicación de la identidad de aquellas, de los datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, así como que proscriba la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares.

Por el contrario, las actuaciones y medidas relacionadas en el art. 21 sí inciden en la práctica de concretos actos procesales durante la investigación penal. Con estos términos, el PLEVD alude tanto a las actuaciones preprocesales como son las dirigidas por la Policía Judicial y el MF (art. 773.2 LECRIM), cuanto las comprendidas en la fase de instrucción del proceso penal dirigidas por el Juzgado de Instrucción o Juzgado de Violencia sobre la Mujer. De conformidad con el art. 21, puede acordarse que la víctima declare el menor número de veces posible y sin dilaciones injustificadas; que esté acompañada en la práctica de las diligencias en las que deba intervenir, además de por su representante procesal, por su representante legal y por una persona de su elección; y que solo sea sometida a los reconocimientos médicos que resulten indispensables. Antes de pronunciarse sobre alguna de las medidas enunciadas en el art. 21, la autoridad competente deberá sopesar los derechos y valores en conflicto, por ejemplo, el interés superior del menor de un lado y, de otro básicamente, la eficacia de la investigación penal.

En los arts. 25 y 26 se establece un segundo elenco de medidas con miras a proteger a las víctimas que presentan necesidades especiales, lo que conlleva que su adopción está sujeta al resultado de una previa evaluación y valoración de las necesidades de la víctima. Esta particularidad respecto de las medidas de protección que hemos calificado de

hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección; y también pueda prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares. Tales prohibiciones tiene un fundamento distinto al «un peligro grave para la persona, libertad o bienes» de la víctima. Su fundamento reside en la protección de los derechos fundamentales de la víctima, especialmente del derecho a la intimidad, o en la necesidad de evitarle perjuicios relevantes.

generales de los arts. 21 a 22 obedece, de una parte, al hecho de que las contempladas en los art. 25 y 26 sí inciden en los derechos y garantías procesales del inculpado, así como en los postulados de los principios de contradicción e intermediación limitando su alcance y, de otra, al convencimiento del legislador de que la vulnerabilidad tiene diversos grados o intensidades.

El art. 25 se estructura en tres apartados, dedicando el primero a las medidas que pueden ser adoptadas durante la investigación, el segundo a las que cabe acordar durante la fase de enjuiciamiento y el tercero no indica ninguna medida, sino que se remite a las reguladas en el art. 2 LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Según dispone el apartado primero del art. 25, en la investigación puede decretarse que la víctima preste declaración en dependencias especialmente concebidas o adaptadas; que se le reciba declaración por profesionales especializados o con su ayuda; que sea la misma persona la que tome declaración a la misma víctima;¹⁷³³ que la víctima declare ante una persona de su mismo sexo cuando los hechos presuntamente cometidos sean constitutivos de delitos de violencia de género, violencia doméstica, contra la libertad e indemnidad sexual o de trata con fines de explotación sexual y así lo solicite la víctima.¹⁷³⁴ Las dos últimas medidas pueden no ser acordadas si se entiende, motivadamente, que pueden perjudicar de forma relevante el desarrollo del proceso o que la declaración deba tomarse directamente por un juez o un fiscal.

1733. La redacción de la letra c del art. 25.1 PLEVD es debida a los dictámenes que respecto del Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima del Delito emitieron el Consejo de Estado y el Consejo Fiscal. En el Anteproyecto no quedaba claro que debía ser la misma persona quien tomara declaración a la misma víctima en los sucesivos interrogatorios, por lo que propusieron que se mantuviera el texto del art. 23.2 c de la Directiva 2012/29/UE que así lo contempla.

1734. La referencia al delito de trata con fines de explotación sexual no se contenía en el texto del PLEVD aprobado por el Gobierno; se incorporó al art. 25.1.d) a raíz de la aceptación por la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de una enmienda transaccional propuesta por la Ponencia a las enmiendas 73 (GC-CiU), 98 (GS) y 109 (GP) (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, n.º 115-3, 16.12.14).

En el apartado segundo del art. 25 se establecen las medidas protectoras de la víctima que pueden ser acordadas durante la fase de enjuiciamiento consistentes en evitar el contacto visual entre la víctima y el acusado antes, durante y después de la práctica de la prueba para lo cual podrá hacerse uso de tecnologías de la comunicación; garantizar que la víctima pueda ser oída sin estar presente en la sala de vistas mediante el empleo de tecnologías de comunicación adecuadas; impedir que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el juez o tribunal consideren, excepcionalmente, que han de ser contestadas para permitirle adquirir en orden a valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima y, finalmente, celebrar la vista oral sin presencia de público, aunque el juez o el presidente del tribunal podrá autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. Algunas de estas personas pueden ser funcionarios y profesionales imparciales, familiares del acusado y de la víctima e incluso la propia víctima cuando ha ejercitado la acción penal aunque si es citada a declarar deberá permanecer, hasta que haya declarado, en una dependencia separada de la sala de vistas y sin comunicación con los testigos, que ya hubieren depuesto, ni con otras personas (art. 704 LECRIM). La primera y la tercera medida del apartado segundo del art. 25 pueden ser decretadas también durante la fase de investigación.

El tercer y último apartado del art. 25 dispone que, junto a las anteriores medidas, también podrán acordarse alguna o algunas de las medidas de protección dispuestas en el art. 2 LO 19/1994. Respecto de esta remisión cabe señalar que es muy probable que se genere un cierto grado de incertidumbre. En primer lugar, porque el objetivo de la LO 19/1994 no es tan amplio como el que guía la regulación de la protección de la víctima en el PLEVD, pues, se circunscribe a establecer unas normas que consigan superar «las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias» (Exposición de Motivos). En segundo término, porque ese objetivo determina que la primera de las medidas del art. 2 LO 19/1994 proteja al testigo convirtiéndolo en un tes-

tigo anónimo.¹⁷³⁵ En tercer lugar, porque la adopción de las medidas que facilitan la consecución de aquel objetivo está condicionada a la existencia de un presupuesto muy definido que es la apreciación racional de un «peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo» que no puede asimilarse a la evaluación individual según los indicadores definidos en los arts. 23 y 24 PLEVD. Y, finalmente, porque son acordadas exclusivamente por un órgano judicial, el juez instructor, pudiendo ser mantenidas, modificadas o suprimidas por el juez o tribunal sentenciador. Por estos motivos, a nuestro entender el legislador no debería haber recurrido a la técnica de la remisión, sino que hubiera debido otorgarles un régimen jurídico completo en el PLEVD.

La determinación relativa a si la concreta víctima puede ser englobada en la categoría de víctima con necesidades especiales de protección debido a que la investigación y el enjuiciamiento procesal penal le causan perjuicios relevantes, solo tiene lugar, como regla, tras la realización de una evaluación individual en la que se han de considerar, por un lado, las características personales de la víctima y, por otro, la naturaleza del delito, la gravedad del daño causado y el riesgo de reiteración del delito (art. 23). La competencia para valorar de forma definitiva las necesidades de la víctima y decretar, motivadamente, las medidas apropiadas se atribuye durante la fase de investigación al juez de Instrucción o al juez de Violencia sobre la Mujer, sin perjuicio de las evaluaciones y resoluciones provisionales que pueden realizar y adoptar los miembros del Ministerio Fiscal o los funcionarios de policía. Durante la fase de enjuiciamiento es competente el juez o tribunal sentenciador (art. 24.1).

Los menores no son considerados a priori víctimas con necesidades especiales de protección. Ello implica que la adopción de las medidas incluidas en el art. 25 depende, como regla, del resultado de la evaluación individual.¹⁷³⁶ Para un correcto diagnóstico se deberá valorar la

1735. Al amparo del art. 2.a) LO 19/1994, el juez instructor puede acordar que no consten en las diligencias el nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión del testigo ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación pudiéndose utilizar, en su lugar, un número o cualquier otra clave.

1736. No se ha dictado una norma especial en lo atiente a las autoridades compe-

situación personal del menor, sus necesidades inmediatas, edad, género, discapacidad, madurez, opiniones e intereses, respetando plenamente su integridad física, mental y moral (arts. 23.3 y 24.3). Solamente a los menores víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexual se aplicarán «en todo caso» las tres primeras medidas del art. 25.1.¹⁷³⁷ Esta excepción a la regla general fundada en el tipo de delito sufrido por el menor víctima pasa por alto el hecho de que el factor más relevante que indica la vulnerabilidad de una persona es la edad y demás no atiende a los pronunciamientos del TJUE en la sentencia de 16 de junio de 2005. Al condicionar la adopción de medidas que eviten la victimización secundaria del menor, que está siendo interrogado o explorado, a los resultados de una evaluación con independencia de que tenga cinco

tentes para realizar la evaluación provisional y definitiva de las víctimas menores. Por consiguiente, de acuerdo con el art. 24 PLEDV los funcionarios de policía que actúen en la fase inicial de las investigaciones están habilitados para realizar la evaluación. Sin embargo, debe mencionarse que en la Circular 3/2009 de la FGE, de 10 de noviembre, relativa a la protección de menores víctimas y testigos, se ordena a los fiscales que eludan la repetición de las declaraciones de los menores, salvo si es muy necesario, con el fin de evitarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir un suceso traumático, así como obstaculizar su recuperación. Y la forma de hacerlo es que la policía no tome declaración al menor debiendo trasladarlo lo más rápidamente al Juzgado de Guardia para proceder a su exploración y, en su caso, preconstituir la prueba. *Vid.* GARCÍA INGELMO, F. M.: «Protección procesal de los menores víctimas y testigos», en MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C. (coord.): *El fiscal y la protección de los menores de edad*, 1.ª ed., Fundación Aranzadi-Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 155.

1737. Con toda seguridad, el fundamento de la excepción se halla en que la evaluación individual previa del menor para acordar medidas que lo protejan en las investigaciones y juicios penales cuando es sometido a interrogatorios no se impone en la Directiva 2011/92/UE sobre la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, sino que viene exigida por la Directiva 2012/29/UE en su art. 22. Ahora bien, en la Guía elaborada por la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea relativa a la transposición e implementación de la Directiva 2012/29/UE, documento ref. ares(2013)3763804 de 19.12.2013, se aclara cuál ha de ser el ámbito la evaluación individual a la que se somete al menor. Esta debe estructurarse en dos pasos, el primero permite determinar si la víctima tiene necesidades especiales de protección examinando sus características personales, el tipo de delito y las circunstancias que han rodeado el crimen y, el segundo, sirve para adoptar las concretas medidas de protección. Seguidamente se precisa que los menores solo han de someterse al segundo paso de la evaluación, pues, siempre tienen alguna necesidad especial de protección.

o dieciséis años, el legislador no ha afrontado, a nuestro juicio, la transposición de las Directivas UE desde la óptica de una justicia adaptada al menor cuyas pautas han sido marcadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en sus Directrices de 17 de noviembre de 2010 y plenamente asumidas por la UE a través de la *Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño* COM (2011) 60 final. Esta deficiencia no ha pasado totalmente desapercibida en la tramitación parlamentaria del PLEVD pues como se acaba de señalar el art. 23.3 impone que se tenga en cuenta la edad del menor a la hora de fijar la concreta medida de protección.¹⁷³⁸ No obstante, se ganaría en eficacia si el régimen jurídico de protección al menor se construyera a partir de unas franjas de edad que podrían tomar como punto de referencia los períodos de la infancia y la adolescencia, tomando como ejemplo la *Vulnerable Witnesses Act* escocesa.

El art. 26 es el último artículo del título III del PLEVD y versa sobre medidas de protección para menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En coherencia con los preceptos ya analizados y con la propia rúbrica del precepto, no se aplican de plano sino tras la evaluación individual y en función de los resultados que arroje. Las medidas expresamente previstas están relacionadas, esencialmente, con el interrogatorio o exploración de testigos y tienen como finalidad «evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración de juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima». Así, por lo que aquí interesa se dispone que las declaraciones en la fase de investigación podrán ser recibidas por expertos y serán grabadas por medios audiovisuales a los efectos de poder ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones previstos por la LECRIM.¹⁷³⁹

1738. El art. 23.3 es fruto de una enmienda transaccional a las enmiendas 69 (GC-CiU) y 97 (GS) propuesta por la Ponencia a la Comisión de Justicia del Congreso (*vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, n.º 115-3, 16.12.14).

1739. En el apartado segundo el art. 26 regula la designación judicial, a instancia del Ministerio Fiscal, de un defensor judicial que representará en la investigación y el proceso penal al menor en unos determinados supuestos. Y en el tercer y último apartado del citado precepto consagra la presunción *iuris tantum* de la minoría de edad

Además de regular un Estatuto de la víctima del delito, el PLEVD reforma en su Disposición final segunda algunos preceptos de la LECRIM para adaptarlos a las Directivas 2011/36/UE, 2011/92/UE y 2012/29/UE, así como para mantener una coherencia con los derechos y facultades procesales que el propio estatuto reconoce a la víctima. Nos centraremos en los arts. 433, 448, 707 y el art. 730 LECRIM.

La modificación del art. 433 LECRIM en lo que se refiere al interrogatorio o exploración de víctimas menores contribuirá a aumentar la seguridad jurídica ya que concede rango de ley a las buenas prácticas muy consolidadas en el quehacer diario de los equipos de asesoramiento técnico penal de los tribunales y que han sido avaladas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al reconocer que pese a limitar el derecho a un proceso con todas las garantías cumplen el canon de constitucionalidad pues son proporcionadas. En concreto, dispone que el juez de Instrucción podrá acordar que se tome declaración a la víctima mediante la intervención de expertos y del Ministerio Fiscal cuando, a la vista de la falta de madurez de la víctima, sea necesario para evitarle graves prejuicios. También podrá decidir que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos e incluso excluir o restringir la presencia de las partes en el lugar en el que se explore a la víctima. El déficit de contradicción se paliará facilitando a las partes, siempre que sea factible, la oportunidad de trasladar preguntas o pedir aclaraciones a la víctima. El art. 433 finaliza disponiendo que el «Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales». A pesar de que no cabe afirmar, a nuestro parecer, que el art. 433 regula un supuesto claro de prueba anticipada pero sí cabe sostener que prevé la práctica de una diligencia de instrucción, esto es la exploración del menor, con vocación de convertirse en un verdadero elemento de prueba.¹⁷⁴⁰ Es decir, cabe que la presencia de las partes obedezca a que estas pueden tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias con la salvedad de las que hayan sido declaradas secretas (art. 302 LECRIM).

cuando esta no pueda ser fijada con certeza.

1740. *Vid.* STS, Sala de lo Penal, de 1 de octubre de 2009 (RJ 2009\7448).

El art. 448 LECRIM sí regula, en sede de proceso ordinario por delitos graves, la práctica de la prueba testifical anticipada por lo que cabía esperar que fuera en su seno donde se añadiera la minoría edad como supuesto de hecho de la anticipación probatoria. Sin embargo, la proyectada reforma del art. 448 LECRIM no ha evolucionado en la dirección señalada por parte de la doctrina y la jurisprudencia; es más, incluso cabe afirmar que ha sufrido un retroceso. Así, en primer lugar no ha añadido ningún nuevo supuesto de hecho que dé acceso a la práctica anticipada del interrogatorio de testigos. Se mantienen los establecidos en la redacción original de 1882: ausencia del territorio nacional y motivos racionales para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral. Por eso, será difícil que cesen las discrepancias en torno a si en el concepto «incapacidad intelectual» cabe estimar comprendido al menor de edad. Y, en segundo término, se percibe una vuelta hacia atrás para situar el art. 448 LECRIM en el momento anterior a la LO 8/2006 ya que el PLEVD deroga la norma que imponía al juez de Instrucción el deber de evitar, en cualquier caso, la confrontación visual del menor con el inculpado mientras el primero está declarando y le concede de nuevo carácter facultativo.

Idéntico retroceso cabe atribuir a la modificación del art. 707 LECRIM que ya no obliga al tribunal sentenciador que disponga la declaración de los testigos menores de edad evitando la confrontación visual con el inculpado, sino que como consecuencia de la implementación de las evaluaciones individuales esa medida se llevará a cabo «cuando resulte necesario para impedir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia».

Finalmente, la innovación que se propone introducir en el art. 730 LECRIM podría desvirtuar la hipótesis, que hemos planteado a raíz del examen de la proyectada reforma del art. 448 LECRIM, consistente en que el legislador rehúsa la opción de ampliar los supuestos que dan lugar a la práctica de prueba anticipada. Y es que el art. 730 LECRIM permite reproducir en el juicio oral no solo las diligencias de instrucción que no pueden repetirse por causas independientes de la voluntad de las partes, sino además «las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las

víctimas menores de edad». Si el art. 448 LECRIM regula la práctica de la prueba anticipada, la proposición transcrita revela nítidamente que a la exploración de menores en la fase de instrucción se le ha otorgado la categoría de prueba anticipada. La pregunta que inmediatamente surge es por qué motivo el legislador no establece en el art. 448 LECRIM, como sí lo hace en el art. 433 LECRIM, que el juez ordene la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

Sin embargo, la nueva redacción del art. 730 LECRIM no es suficiente para concluir sin ningún tipo de dudas que la minoría de edad es un supuesto legal de prueba anticipada. Una afirmación en dicho sentido, solo sería correcta si también se hubieran modificado los arts. 777.2 y 797.2 LECRIM incluyendo la minoría de edad, o una determinada franja de edad, en los presupuestos habilitadores de la práctica de prueba anticipada basándose en la imposibilidad objetiva de volver a testificar el menor en el juicio oral.

Semejante olvido pretende ser paliado en una ley distinta. Nos referimos a la Ley de Protección a la Infancia. En el momento en que se escriben estas líneas es todavía un anteproyecto que puede consultarse en la página web del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y que también ha emprendido la reforma de la LECRIM. Según se lee en su Exposición de Motivos, dentro del amplio marco de la protección integral del menor es preciso abordar, específicamente, la victimización secundaria, el aseguramiento de la prueba y el respeto de la presunción de inocencia en el proceso penal. La respuesta legislativa idónea a los distintos retos que plantean esos tres temas no es otra que la de conceder la categoría de prueba anticipada al «reconocimiento forense, interrogatorio o declaración testifical» del menor víctima o testigo de determinados delitos. Su regulación se introduce en el art. 777.2 LECRIM, por tanto, exclusivamente en sede de diligencias previas del procedimiento abreviado. De modo que a los supuestos que autorizan en la actualidad la prueba testifical anticipada, se añade «el interrogatorio, la declaración testifical o la exploración médico-forense de los menores de edad víctimas o testigos de delitos contra la vida, lesiones, maltrato habitual, agresiones y abusos sexuales». La práctica anticipada será acordada si queda acreditada, a través de un informe del médico

forense o del equipo psicosocial, su necesidad para proteger la integridad física y psíquica del menor o si se temiera, razonablemente, que el interrogatorio, la declaración o la exploración no podrá practicarse en los mismos términos en el juicio oral.¹⁷⁴¹

Antes de poner fin a este epígrafe es conveniente traer a colación una resolución judicial que pone de relieve la necesidad de modificar otras normas procesales a las ya aludidas, pues, también afectan al interrogatorio del menor en el proceso penal desde la perspectiva de adecuarlo a su desarrollo evolutivo. Se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 20.^a, núm. 26/2009, de 14 de enero (ARP 2009\598). La menor declarante de seis años fue testigo de los maltratos físicos que su padre ocasionó a la víctima (niña de cinco años). En fase de instrucción tuvo lugar la exploración de la testigo por especialistas adscritos al equipo técnico penal de los Juzgados de Barcelona en la que estuvieron presentes el juez de Instrucción, el secretario judicial, las partes personadas y el Ministerio Fiscal. En atención a la debida protección de la menor, no se solicitó su presencia en el juicio oral estimándose suficiente la reproducción de la grabación de la diligencia referida. Pero surgió una cuestión nueva: la defensa alegó la nulidad de la exploración de la menor ya que el juez de Instrucción no le informó que no estaba obligada a declarar contra su padre (art. 416.1 LECRIM). La Audiencia Provincial resuelve la cuestión basándose, por un lado, en uno de los supuestos más comunes en los que entiende que no debe aplicarse el art. 416 LECRIM, esto es, delitos de violencia de género cuando la víctima es la denunciante, pero que tienen escasa conexión con los hechos concretos que enjuicia y, por otro, en una norma cuya interpretación extensiva permite justificar la actuación del juez de Instrucción. Esta norma es el art. 433 LECRIM que exonera al menor de edad

1741. Los informes del Consejo Fiscal de 11 de julio de 2014 y del CGPJ de 30 de septiembre de 2014 al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia coinciden en remarcar el acierto de la propuesta de modificación del art. 777.2 LECRIM. Profundizando en el tema, el CGPJ recomienda al prelegislador que no deje pasar la oportunidad de la nueva ley para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las 11 Directrices aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 17 de noviembre de 2010, sobre una *Justicia adaptada a los niños*.

penal del deber de prestar juramento o promesa de decir verdad, por lo que tampoco se le advierte de la posibilidad de cometer delito de falso testimonio si no es veraz. El fundamento sería similar: si el menor no tiene la capacidad o madurez suficiente para discernir entre decir o no la verdad, tampoco la posee para distinguir aquellos aspectos de su relato que pueden perjudicar o beneficiar a su progenitor.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Las controversias acerca de la naturaleza, finalidad, valor y procedimiento del interrogatorio o exploración del menor víctima en la fase de instrucción de nuestro proceso penal se prolongan demasiado en el tiempo. Este hecho que da vida y enriquece el debate científico ocasiona al concreto menor víctima sufrimientos innecesarios.¹⁷⁴² No hay una unanimidad en la magistratura. En algunas de las resoluciones dictadas recientemente se admite que puede ser aconsejable que el menor víctima no declare en la vista del juicio oral. Es más, se ha afirmado que «lo ideal» y «lo indicado» sería la audición del menor con prontitud desde que tiene lugar la incoación del proceso penal por el juez instructor, conducida por expertos, con intervención de las partes y debidamente registrada. La diligencia así practicada, que debería configurarse como prueba anticipada, lograría que confluyeran en un proceso penal los intereses del acusado (derecho a un juicio justo), de la víctima menor

1742. Podrían ponerse muchos ejemplos, ahora basta con uno: niña de ocho años víctima de agresiones sexuales cometidas por su padre que es citada a declarar en el juicio oral dos años después. En el fundamento de derecho único de la sentencia que resuelve el recurso de casación consta que «la menor compareció al juicio oral y fue indagada, (...), llega a declarar que fue verdad lo que declaró a su abuela que fue quien denunció los hechos (...). Tras esa ratificación, la menor «se quiebra» en su compostura, comienza a llorar, por lo que el tribunal expresa su intención, que es obligación de acabar con la «tortura» de la menor, en clara referencia al sufrimiento por el que estaba pasando en esa diligencia en presencia del padre (...). En esta situación, la actuación del tribunal se realiza con la finalidad de atender al superior interés del menor, a su desarrollo integral, impidiendo la continuación de una situación de objetivo riesgo como el que acaecía» STS, Sala de lo Penal, de 2 de octubre de 2012 (RJ 2012\9089).

(protección de su integridad psíquica) y de la función jurisdiccional en el sentido de preservar la inmediación.¹⁷⁴³ En otras, se mantiene que han de ser las circunstancias concurrentes en el caso las que aconsejen la ausencia del menor en el juicio, que siempre ha de ser una decisión excepcional, pues, «es evidente que no se puede, ni se debe, sustituir la regla general de la presencia del testigo en el acto del juicio oral por la regla general contraria cuando se trate de menores». Tal posición se justifica invocando que la jurisprudencia del Tribunal Supremo «no avala el desplazamiento caprichoso del principio de contradicción ni del derecho de defensa por el simple hecho de que la víctima sea un menor de edad. La presencia de un niño en el proceso penal no permite un debilitamiento de las garantías que informan la valoración probatoria».¹⁷⁴⁴

Las resoluciones judiciales que se sitúan en esa segunda tendencia suelen precisar que la regla general, consistente en que solo ha de tener fuerza probatoria y virtualidad para enervar la presunción de inocencia la declaración del menor víctima en el juicio oral, no es incompatible con la preservación de otro bien jurídico que informa nuestro ordenamiento como es el interés superior del menor. El medio jurídico a través del cual se materializa la compatibilidad es la denominada prueba preconstituida, la cual es, en rigor, una diligencia sumarial a la que se atribuye valor probatorio cuando hay una causa que impide que la fuente de prueba acceda a juicio oral mediante la práctica del medio de prueba adecuado. Junto a este requisito material, que se acredita con un dictamen pericial que advierte del riesgo de causar daños psicológicos

1743. STS, Sala de lo Penal, de 29 de mayo de 2014 (RJ 2014\3357) en la que el Magistrado Ponente justifica el porqué del atributo «ideal» de la prueba anticipada desde la perspectiva de la inmediación subrayando que la información «debidamente registrada permitiría conocer el método empleado, el tenor de las preguntas y el de las respuestas, con la máxima autenticidad, sin las perturbadoras interferencias que normalmente se derivan» de los testimonios de referencia y «sin la opacidad en cuanto a los *modos operandi* de que suelen estar aquejadas las intervenciones sobre los menores» provenientes del progenitor denunciante (f. d. 1.º y 2.º).

1744. STS, Sala de lo Penal, de 14 de octubre de 2014 (RJ 2014\4889). *Vid.* también en esta línea, entre otras, SSTS, Sala de lo Penal, de 17 de junio de 2010 (RJ 2010\6674); de 5 de junio de 2013 (RJ 2013\193170) y de 19 de marzo de 2014 (RJ 2014\2126).

al menor si comparece en el juicio oral para reconstruir una experiencia traumática, se exigen otros requisitos: subjetivo (intervención del juez de Instrucción), objetivo (se haya otorgado al inculpado y a su abogado la oportunidad de asistir e intervenir en el interrogatorio o exploración del menor) y formal (introducción del interrogatorio o exploración en el plenario gracias al visionado de la grabación). Sin embargo, la denominada prueba preconstituida es observada con desconfianza al poder ser una vía encubierta con la que atribuir valor probatorio a actuaciones instructoras documentadas que no cumplen las condiciones requeridas para ser consideradas prueba anticipada. Por este motivo, debe justificarse en cada caso la aptitud de la diligencia de suministrar al tribunal sentenciador elementos de convicción de manera similar a la que proporcionan los medios de prueba practicados en el juicio oral.

Con el objetivo de soslayar esas prevenciones, el interrogatorio o la exploración del menor víctima debería constituir prueba anticipada desde que tiene lugar en fase de instrucción. Tratándose de niñas y niños de edades comprendidas, por ejemplo, entre los tres y los diez años, víctimas y testigos de determinados delitos, la imposibilidad de reproducir su testimonio en juicio oral ha de ser previsible desde un principio. La finalidad por perseguir no debería ser otra que la de fijar los hechos sucedidos y las circunstancias que los han rodeado para que pudieran ser valorados por el tribunal sentenciador y fundar en ellos una sentencia de condena. No es una diligencia de investigación en la que por su propia naturaleza no puede participar el inculpado. Todo lo contrario, la posibilidad de contradicción es inherente a la naturaleza del interrogatorio. Consecuentemente, el procedimiento previsto para su ejecución debería configurarse sobre la base de la finalidad que ha de alcanzar y del valor que se le otorga. En otras palabras, la regulación del interrogatorio o exploración del menor como prueba anticipada ha de configurarse buscando el equilibrio entre: el respeto de los derechos fundamentales del inculpado por las autoridades públicas competentes para la investigación y el enjuiciamiento penal, la eficacia en la represión de la criminalidad y la adecuada protección de la víctima. Y esto último no porque sea una parte del objeto del proceso penal, mero cuerpo del delito, sino porque al igual que el inculpado es titular de derechos fundamentales,

garantías y facultades procesales que pueden ser menoscabados durante la realización de los distintos actos procesales que lo componen.¹⁷⁴⁵

No se hace ninguna referencia expresa a la prueba anticipada en los preceptos reguladores del Estatuto de la víctima del delito que han sido examinados en este trabajo (arts. 19 a 26 PLEVD). Este silencio es razonable, pues no forma parte de su misión ordenar los actos procesales en los que deberán ser efectivas las medidas que prevén. Corresponde dicha labor a la LECRIM. Y al respecto debe decirse que todas las medidas previstas para proteger al menor víctima en la fase de investigación hallarían un perfecto acomodo en el marco de la anticipación probatoria.

1745. No creemos que la regulación de la declaración del menor como prueba anticipada diera lugar a un proceso penal definido por el Tribunal Supremo de «cuasi inquisitorial, en el que se invierte la carga de la prueba sustituyéndose el deber de la acusación de probar la culpabilidad por la obligación de la defensa de probar la inocencia, se prescinda de la inmediación y la contradicción, o se impida a la defensa el acceso directo a las fuentes de prueba, con las precauciones que se estimen procedentes, desequilibrando con ello la balanza del proceso a favor de la acusación, única parte a quien se permite dicho acceso sin posibilidad de contradicción» SSTS, Sala de lo Penal, de 28 de febrero de 2000 (RJ 2000\2257) y de 10 de diciembre de 2010 (RJ 2010\304).

LA REFORMA PROCESAL PENAL IBEROAMERICANA: ¿UN ESPEJISMO?

DR. JOSÉ MARÍA TIJERINO PACHECO
*Consultor Internacional
en Sistemas de Justicia Penal*

SUMARIO: I. LA REFORMA QUE NO CESA.- II. EL DOBLE DESENCANTO.- III. EL RELEVO DEL INQUISIDOR.- IV. EN POS DEL HILO DE ARIADNA.

I. LA REFORMA QUE NO CESA

El inicio de la segunda década del siglo XXI dio lugar en la América española a una sucesión de prolongados y resonantes festejos conmemorativos del bicentenario del inicio de los movimientos independentistas del siglo XIX en México y Sudamérica. La celebración de dichas efemérides culminará en 2021 con el segundo centenario de la independencia de las repúblicas cuyos territorios conformaran otrora el antiguo Reino de Guatemala: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.

Si tomamos el año 1810 como punto de partida de todo el proceso independentista de la región continental que abarca el inmenso territo-

rio comprendido entre la antiguas fronteras del Virreinato de México con los nacientes Estados Unidos de América (más, muchísimo más, al norte del río Bravo) y la Tierra del Fuego, extremo sur del Imperio español en América, y como su consolidación en el momento en que las Cortes Generales del Reino autorizaron a la Corona española a renunciar formalmente a ejercer soberanía sobre sus antiguos reinos aquende el Atlántico, en 1836, tendremos claro el sorprendente hecho de que nuestras naciones tardaron menos (solamente 26 años) en obtener su independencia (en la mayoría de los casos con efusión profusa de sangre, esfuerzos titánicos y grandes penalidades) que lo que está tardando el proceso del tránsito de sus sistemas de justicia penal de un modelo inquisitorial (con procedimiento escrito, ritualista y retardatario) a uno acentuadamente acusatorio o adversarial, con pretensiones de predominio de la oralidad, expedito y célere.

Veamos si no es cierto lo que acabamos de afirmar. En contra de lo que algunos procesalistas exponen, la reforma procesal penal iberoamericana no se inició con la presentación del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, en 1988, ni mucho menos con cualquier código nacional que lo haya tomado como modelo inmediato. Cuatro décadas antes contábamos ya con el primer código de la provincia argentina de Córdoba que establecía el juicio oral como fase principal del proceso, el Código de Procedimientos Penales para la Provincia de Córdoba, que en 1939 introdujo en la región los principales institutos de los códigos italianos de 1913 y 1930. Dos décadas después Córdoba promulgó un segundo código, el Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba, de 1970, y varias otras provincias argentinas contaban también para entonces con ordenamientos que siguieron el modelo cordobés de 1939. Basta un rápido cotejo de ambos textos cordobeses con el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica para comprender que este no hace sino introducir algunas modificaciones al esquema de procedimiento penal que la provincia de Córdoba venía aplicando desde 1940. Modificaciones que fueron de pequeños detalles en relación con el *corpus* de los códigos cordobeses, en su mayor parte reproducido por el código modelo cuando aquellos marcaban entonces la pauta no solo en la República Argentina, sino que ya habían trascendido las fronteras

federales de ese país para surgir con renovado vigor en tierras centro-americanas con el Código de Procedimientos Penales costarricense de 1973.

Fue en ese año 1973, que ahora nos parece tan lejano, que la reforma cordobesa se transformó en iberoamericana y fue Costa Rica, a través de sus procesalistas y consultores, la gran impulsora de esa reforma en el resto de los países centroamericanos. Los técnicos costarricenses tuvieron también relevante participación en Ecuador, Bolivia, Paraguay, República Dominicana, Panamá y algunos estados de la República Mexicana.

En conclusión, la reforma procesal penal iberoamericana está ya sobre su octava década... y su culminación aún se vislumbra lejana. Y no es que pensemos, ingenuamente, que deberá llegar un momento en que pueda considerarse que ya no es preciso adecuar los sistemas de justicia penal de nuestros países a las exigencias del momento histórico. No es que creamos que en un futuro, cercano o remoto, podremos alcanzar la perfección de la justicia penal. No. Sino que si atendemos a los objetivos fundamentales que se ha propuesto desde su inicio la reforma procesal penal: un procedimiento eminentemente oral, sencillo y pronto y examinamos los resultados de la aplicación de la generalidad de los códigos «modernos» fácilmente encontraremos que el juicio oral, estrictamente hablando, sigue siendo una asignatura pendiente. Que los procedimientos han vuelto a ser tan ritualistas como cuando regían los códigos de antaño. Que la justicia no es, en absoluto, pronta.

II. EL DOBLE DESENCANTO

Oralidad y celeridad fueron propuestas por los especialistas a los legisladores y a la opinión pública en cada una de nuestras naciones como la fórmula casi mágica capaz de transformar la justicia penal y acercarla a los cánones vigentes en nuestras flamantes constituciones políticas desde la proclamación de la Independencia. Se execraba el sistema entonces en vigor acusándolo de opaco y engorroso. Opaco, porque la etapa de juicio, propiciadora de la publicidad que a su vez po-

sibilita la transparencia, o no existía del todo o su existencia lo era solo simbólica. Engorroso, porque los procedimientos estaban colmados de ritos de estricta observancia y las nulidades (*la nulidad por la nulidad*) menudeaban y propiciaban la zancadilla del leguleyo y el imperio de la mala fe del litigante. Los «procesos» (si es que merecían tal denominación) eran interminables. Tres, cinco y hasta once años en algunos de nuestros países. En otros, ni siquiera llegaban a culminar. Simplemente de cuando en cuando se vaciaban las cárceles cuando ya no cabían en ellas más reclusos sin condena.

Una justicia como esa, se decía enfáticamente, no es justicia. No se compadece con los postulados de una sociedad democrática. Una figura fue identificada como el símbolo del arcaico sistema y convertido en chivo expiatorio: el juez de instrucción. Bestia bifronte, acusador y juez de su misma imputación. Adversario provisto de todos los poderes contra el imputado inerme, en buena parte del sumario (si no durante todo su desarrollo) carente de los servicios de un defensor, porque en ocasiones el monstruo era «trifronte»: pretendía también hacer de defensor. Para colmo del horror, lo actuado en el sumario tenía valor de prueba y en ello podía hallarse fundamento para una sentencia de condena. En la inmensa mayoría de los casos el juicio era una simple ratificación de lo actuado en el sumario. Consecuentemente, el juez de instrucción debía desaparecer. Y desapareció en casi todos los códigos posteriores al modelo iberoamericano de 1988.

Por nuestra experiencia como fiscal, juez, defensor y abogado de la parte civil en distintas etapas de nuestra vida profesional en Costa Rica, podemos dar fe de que la reforma procesal penal fue un verdadero éxito en los primeros años a partir de la entrada en vigor, en 1975, del Código de Procedimientos Penales de 1973, extendida su vigencia a todo el territorio nacional en 1976. El procedimiento penal vio en nuestro país cumplida a plenitud la profecía carnelutiana de *La Cenicienta*: eclipsó con su brillo al procedimiento civil y a los de otras ramas jurídicas. Fue una revolución copernicana tanto entre funcionarios judiciales (fiscales incluidos),¹⁷⁴⁶ como en el foro y la academia en cuanto a materia de es-

1746. En Costa Rica el Ministerio Público está en la órbita del Poder Judicial.

tudio. Proliferaron las discusiones, los análisis, las tesis de grado, la importación, lectura y comentarios de obras extranjeras; las invitaciones a visitar el país a figuras internacionales del Derecho procesal penal, las salidas al exterior en procura de doctorados y, posteriormente, nutridos ya de suficiente conocimiento abrevado en fuentes extranjeras, la publicación de numerosos ensayos sobre distintos aspectos del sistema.

Con el paso del tiempo, mucho más temprano de lo que habría cabido esperar, las aguas fueron volviendo a sus antiguos cauces; resurgieron prácticas ya desterradas por ser abiertamente contrarias al nuevo sistema. Y lo más sorprendente fue que quienes las volvían a instaurar no eran siempre los funcionarios de larga trayectoria, los que no habían sido capaces de adaptarse a las nuevas normas, aquellos de los que era natural esperar la consabida resistencia al cambio, sino que algunos de los jóvenes recién incorporados al sistema judicial parecían confiar más en las sugerencias de los viejos secretarios de despacho que en la ciencia jurídica que estaba siendo expuesta en tantos ámbitos de su entorno. La interpretación de las normas que imponían la oralidad del juicio fue cada vez más laxa. La incorporación al debate de actas con el resultado de los actos de investigación llevados a cabo durante la instrucción fue cada vez más frecuente, la lectura de declaraciones rendidas en la fase preliminar, casi habitual; la incomparecencia de peritos en las salas de juicio, la regla.

En buena medida contribuyeron a este deplorable abandono de los nuevos principios algunas disposiciones del Código de Procedimientos Penales que fueron la puerta falsa por la que subrepticamente ingresó al sistema el espíritu inquisitorial y reprodujo la hipertrofia de la instrucción. Me refiero a aquellas normas que establecen excesivas excepciones a la oralidad. Como debió haber sido previsto en el momento de legislar, esos preceptos al ser interpretados con la mentalidad formada en la práctica de siglos de procedimiento escrito rápidamente fueron ganando terreno y socavaron la oralidad que había sido dispuesta para el juicio.

A esa calamidad se juntó otra: el también resurgimiento del ritualismo. El culto a las formas. Le preeminencia de estas sobre la razón de ser de los preceptos. Y los procedimientos volvieron a ser complejos

porque, parafraseando a Pallarés, la rutina volvió a darle la mano a la ignorancia. Y la rutina del anterior sistema enseñaba a darle largas a las cosas y a buscar cualquier pretexto para retardar las decisiones, que exigen conocimiento de la causa y el derecho por aplicar. Así resultaba más fácil para el juez remolón en la primera fase del proceso anular un requerimiento del Ministerio Público que decidir si se enviaba o no a juicio la causa o, para el juez de instancia, en la etapa de juicio, anular la imputación que tener que celebrar el debate y dictar una sentencia. El abuso de las sanciones procesales fue, pues, el expediente más socorrido para aliviar la propia carga de trabajo. El ritualismo volvió por sus fueros y con el ritualismo la justicia se olvidó, una vez más, de ser pronta.

Aunque no estamos en capacidad de asegurar que este fenómeno se ha dado exactamente igual en todos nuestros países, sí tenemos conocimiento de que en muchos de ellos ha habido experiencias semejantes. El denominador común parece ser un procedimiento cada vez menos oral y una justicia retardada, situación bastante parecida a la que teníamos al principio de todo el movimiento reformador. De esa manera la reforma procesal penal ha generado un doble desencanto: ni la oralidad perseguida con ella (y todas sus benéficas consecuencias: publicidad, intermediación, transparencia, control ciudadano) ni la celeridad buscada son en la mayoría de los países metas alcanzadas. Aun más: no es exagerado hablar de una regresión o involución de la reforma.

III. EL RELEVO DEL INQUISIDOR

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica propuso sustituir la fase de instrucción por una investigación a cargo del fiscal. Parecía natural que se generalizara lo que ya se había experimentado en la aplicación de los códigos cordobeses del 39 y el 70 (y en la de todos aquellos códigos provinciales o nacionales que lo tuvieron como modelo, tal el caso del código costarricense del 73) para la tramitación de causas simples o de justicia meramente correccional: una información *sumaria* a cargo del Ministerio Público, para dar sustento

a la acusación. Pero no, no fue sumaria la investigación que se confió al fiscal.

Los plazos excesivamente holgados para que el Ministerio Público investigue, la permisividad de una prisión preventiva por períodos aberrantes, la posibilidad de prorrogar unos y otros con relativa facilidad, acrecentada por la complacencia de jueces encargados de velar por el respeto a las garantías constitucionales en esa fase de investigación; el establecimiento de audiencias con fines muy poco diferenciados, algunas de ellas para debatir asuntos que deberían ser ventilados en el juicio, todo eso dio como resultado una simple sustitución del instructor. No la supresión de la instrucción. Y al perdurar la instrucción perdura el desmedro de la fase de juicio, pues la experiencia enseña que en la instrucción encuentran abrigo todos los demonios del régimen inquisitorial. Pareciera que el legislador hubiera estado inspirado por aquella máxima que hizo célebre Lampedusa: «Hace falta que algo cambie para que todo siga igual».

Cabría incluso considerar si acaso no resulta más gravoso para el imputado y más lesivo para la justicia un fiscal instructor que un juez instructor. Es decir, una instrucción conducida por una parte, por alguien de quien sería absurdo pretender imparcialidad (a lo sumo, una siempre cuestionable y frágil objetividad), que una llevada a cabo por quien, al menos teóricamente, está obligado a mantener dicha condición esencial del juez. Y no estamos haciendo aquí la apología del antiguo sistema. No estamos prohijando el retorno al régimen inquisitorial. Estamos convencidos de que el juez instructor es más persecutor que juez y que su imparcialidad es hartamente discutible. Lo que estamos planteando es llanamente si acaso la reforma procesal penal no vino a empeorar las cosas en materia de garantías procesales, porque el problema que se quiso resolver con ella (y no se advirtió oportunamente) no es quién instruye, sino la existencia misma de una instrucción. Y habrá instrucción, independientemente de la denominación que le den los textos legales, si se mantienen las formalidades excesivas, los largos plazos, el procedimiento escrito, la producción de pruebas que corresponden al juicio y no simplemente una investigación dirigida a determinar, en el menor tiempo posible y restringiendo al máximo toda

afectación de la libertad de la persona investigada, si hay o no mérito para la celebración de un juicio.

Ahora bien, no cabe duda de que al haberse entregado la instrucción al Ministerio Público se le dotó de un poder inconmensurable. Un poder que escapa al control del mismo órgano, un poder del cual los mismos fiscales parecen inconscientes. Para atestiguarlo están allí los grandes titulares en la prensa cada vez que el Ministerio Público emprende con fanfarria una investigación en casos de gran impacto social, las interminables investigaciones que muchas veces tienen como resultado un parto de los montes, la generación de falsas expectativas en la ciudadanía, que con el lento paso de los años va olvidándose de los asuntos. Y, por otra parte, para los imputados y sus familias y para los defensores, la experiencia kafkiana de la indefinición, la interminable zozobra, la reiterada sustitución de fiscales instructores que se horrorizan al enfrentarse a los voluminosos legajos de aquello que no quiere reconocerse como lo que en realidad sigue siendo: el proscrito expediente del sumario. La recurrida salida de los fiscales de leer los primeros folios del primer volumen de esos legajos y ordenar diligencias de investigación que ya obran en autos, y no una sola vez. Dos, tres y hasta cinco veces. De manera que al escándalo inicial, que destruye honras y en ocasiones arruina carreras políticas, se suma la cachaza y el desconocimiento del caso por aquel que debe adelantarlos.

Es cierto que, a diferencia del juez instructor del procedimiento inquisitivo, el fiscal no suele tener la potestad de privar al imputado de su libertad por un tiempo considerable; que debe pedir a un juez que decreta la prisión provisional o preventiva. No obstante, resulta palpable la contradicción de que el Ministerio Público alegue haber fundamento para que se prive a una persona de su libertad durante seis meses o más, en ocasiones con prórroga de esos largos plazos, y no encuentre aún sustento para una imputación formal que abra las puertas del juicio. El sentido común pregunta: si no hay elementos incriminatorios suficientes para enviar a juicio al imputado, ¿por qué se le encarcela por tan prolongado tiempo? Tristemente, hemos vuelto a la vieja práctica de encarcelar para investigar. De imputar preventivamente para buscar los elementos de prueba que eventualmente puedan fundamentar una

imputación formal. ¿Es aceptable este orden de cosas en una sociedad democrática? Decididamente, no.

IV. EN POS DEL HILO DE ARIADNA

La justicia penal en la mayor parte de nuestros países se encuentra de nuevo en un laberinto, tanto peor cuanto asistimos al fracaso de su reforma. Ante este estado de cosas tan deplorable, ante este desencanto que ha venido a sustituir el ardoroso entusiasmo de una generación de juristas que tanto bregó por hacer posible la reforma procesal penal iberoamericana, ¿qué cabe hacer? Pensamos que lo primero es reconocer que en esta reforma hay más apariencia de cambio, de progreso, que realidad. Tratar de ocultar el fracaso en procura de resguardar el prestigio profesional y la autoestima de los que nos involucramos en tan ingente tarea desde los años mozos sería una falta de respeto a nuestros conciudadanos, nuestros discípulos y a nosotros mismos.

Una vez aceptada la realidad de las cosas e identificados los yerros en que se ha incurrido, habrá que proceder a crear conciencia en nuestros legisladores sobre la necesidad de hacer las rectificaciones pertinentes. No será tarea fácil, indudablemente. Entre otras razones, porque nosotros mismos habremos perdido parte de la autoridad que nos respaldaba cuando promovimos la reforma procesal penal. Tampoco tenemos ya los bríos propios de la juventud. Pero cuanto más tardemos en empezar mayor será la degradación de la justicia.

Habrá que insistir en la diferencia sustancial y de enorme trascendencia entre actos de investigación y actos de prueba. Volver a redimensionar el juicio (como se hizo cuando promovimos la reforma procesal penal) como único momento procesal de la producción de las pruebas. Erradicar de nuestros códigos la permisividad en la incorporación al debate de actas de actuación de actividades de investigación. Exigir la comparecencia de testigos y peritos en el juicio y no reconocer valor de dictamen pericial a ningún documento en donde conste la opinión del perito, sino exclusivamente a la exposición técnica rendida de viva voz en el debate y sometida a la libre consideración y crítica de las partes.

La etapa preliminar del procedimiento debe ser breve y simple. Cualquier afectación de los derechos del imputado deberá precipitar la audiencia, única, ante el juez para decidir si hay mérito para el juicio y necesidad de decretar prisión provisional. Ninguna prueba, salvo la que justificadamente haya que anticipar observando las condiciones del juicio oral, deberá ser producida en esta única audiencia. La investigación policial, dirigida por el Ministerio Público desde las primeras horas, deberá ser discreta y tan prolongada como fuere necesario para sustentar la imputación o archivar el caso. No obstante, cuando la persona investigada tenga noticia de ello podrá ejercer el derecho de presentación espontánea para conocer los hechos objeto de la investigación, el resultado de las pesquisas, hacer alegatos de descargo y exigir la celebración de la audiencia ante el juez en un plazo razonablemente breve. Esto asegurará el sigilo de policías y fiscales y desterrará la malhadada práctica de las acciones policiales transmitidas *en vivo* o *en directo* por los noticieros televisivos (los tan recurridos *teleoperativos*) y la proclamación por el Ministerio Público del inicio de sus investigaciones.

No deberá decretarse prisión preventiva sin señalamiento para juicio en un plazo que no exceda de un mes. No deberán concederse prórrogas a las actuaciones del Ministerio Público, y el vencimiento de los plazos fijados por la ley a la etapa preliminar deberá acarrear la extinción de la acción penal o, al menos, un sobreseimiento provisional.

Deberá establecerse rigurosamente la continuidad de los debates exigiendo a los jueces celebrar audiencia tanto en la mañana como en la tarde y habilitar horas extraordinarias en caso de necesidad.

En resumen: recuperar el juicio oral, público y continuo como núcleo de todo el procedimiento penal. Eliminar tanto la instrucción como al instructor. Acabar con el ritualismo y la cachaza. Hacer valer las garantías procesales, particularmente las de una justicia pronta y libertad del imputado como regla. ¿Seremos los iberoamericanos capaces de enderezar esta reforma procesal penal que se ha salido de madre? ¿Encontraremos el hilo de Ariadna que nos permita sacar la justicia penal del laberinto en que se encuentra?

IMPUNIDAD Y EL DEBER PUNIENDI DE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹⁷⁴⁷

*En memoria del Dr. César Barrientos,
por su valentía y profesionalidad.*

PROF. DR. JOHN A. E. VERVAELE¹⁷⁴⁸

*Catedrático de Derecho penal
y Derecho Procesal Penal
Universidad de Utrecht
Presidente de la Asociación Internacional
de Derecho penal (AIDP)*

SUMARIO: I. SOBERANÍA Y POTESTAD PENAL *REVISITED*.- II. IMPUNIDAD Y EL DEBER POSITIVO DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS/DELITOS INTERNACIONALES POR LA VÍA DEL *IUS COGENS*. 1. Derechos humanos y tutela penal obligatoria. 2. Enfoque de la Corte IADH. III. (IN) CUMPLIMIENTO DEL DEBER POSITIVO POR PARTE DE LA *TRÍAS*

1747. Versión actualizada de J. A. E. Vervaele, «Delitos internacionales: del ius (non) puniendi del Estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens?», *Inter-American and European Human Rights Journal. Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, vol. 6, n.º 1-2, 2013 (publicado en 2014), 104-128.

1748. Profesor de Derecho penal y procesal penal, Universidad de Utrecht, Países Bajos, y profesor de Derecho penal europeo, Colegio de Europa, Brujas, Bélgica.

I. SOBERANÍA Y POTESTAD PENAL *REVISITED*

Nuestro sistema y Derecho penal modernos están conceptualizados, desde el Siglo de las Luces, como parte integral y exclusiva de la potestad soberana del Estado nación. La *trias política* nacional (legislativo, ejecutivo, judicatura ¿no es judicial?)¹⁷⁴⁹ define los tipos, ejerce la potestad investigativa, promueve la acción penal y juzga los delitos según criterios de jurisdicción nacional. La definición de los bienes jurídicos que merecen tipificación penal (criminalización primaria) y los mecanismos del sistema penal que son decisivos para saber cuándo y cómo se investigan, se juzgan y se sancionan las violaciones de estos bienes jurídicos (criminalización secundaria) son parte de la política criminal del Estado nación.

En las últimas décadas vemos que la judicatura internacional en materia de derechos humanos impone cada vez más a los Estados parte un deber positivo de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones contra estos derechos, que son en gran medida también conductas relevantes de delitos internacionales que pertenecen al *core delicta iuris gentium*¹⁷⁵⁰ y hoy en día en gran medida cristalizados en convenios internacionales y regionales en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Sobre todo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha elaborado una rica jurisprudencia en la materia de deber positivo para contrastar la cultura de impunidad. La Corte IDH entiende como impunidad:

La falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponi-

1749. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1758.

1750. La expresión fue utilizada en el juicio israelí en el caso Adolph Eichmann.

bles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.¹⁷⁵¹

La jurisprudencia de la Corte IDH sirvió en algunos países latinoamericanos como base para desarrollar en la jurisprudencia nacional de tribunales penales y altas cortes nacionales (cortes supremas y cortes constitucionales) un *deber puniendi* del Estado en materia de graves violaciones de derechos humanos con fuente en el derecho internacional público, refiriéndose a normas de derechos humanos, derecho internacional humanitario o Derecho penal internacional y atribuyendo a estas normas fuerza de *ius cogens*,¹⁷⁵² es decir, derecho imperativo *erga omnes*, alcanzando obligaciones para los estados en su conjunto.

No todos los estados habían o han tipificado penalmente estas graves violaciones de derechos humanos. Tampoco existía en aquel momento en el derecho internacional público un cuerpo cristalizado de tipificaciones de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, tortura, desaparición forzada, etc., considerado un núcleo duro de delitos internacionales, un *core delicta iuris gentium*, un conjunto de graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones. Poco a poco fueron elaborados en convenios internacionales y parcialmente codificados en el Estatuto de Roma, como base de jurisdicción para la Corte Penal Internacional. Sin embargo, esta elaboración de derecho positivo al nivel internacional no ha resuelto completamente el problema de *lex praevia*, *lex certa* a nivel nacional. Estos convenios internacionales y el Estatuto

1751. Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

1752. La idea de un cuerpo de derecho *iusnatural* esencial para los valores y la conciencia humana de la comunidad internacional como tal fue mencionado en la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados de 1969 y reconfirmado en 1986 en la nueva Convención de Viena sobre la Ley de Tratados. Además, la Corte Internacional de Justicia declaró en el caso Barcelona Traction (*ICJ Reports*, 1970, art. 32, par. 33) el *ius cogens* o *peremptory rules* como fuente autónoma de derecho, más allá del derecho convencional, elaborando así un conjunto de normas internacionales de vital importancia para la comunidad internacional en general, derivadas de valores universales para todos los estados, y teniendo valor *erga omnes*.

de Roma no han anulado completamente el vacío legislativo a nivel nacional. No todos los Estados son partes de las convenciones y del Estatuto de Roma. En caso de ratificación e incorporación, el legislador no siempre ha cumplido en la totalidad con el núcleo duro de delitos internacionales, recogidos en las convenciones y el estatuto. Además, los convenios y el estatuto no abarcan la totalidad de estos delitos internacionales y el contenido mismo del *core delicta iuris gentium* es objeto de discusión permanente y evolución histórica. También es de subrayar que los tribunales y cortes nacionales interpretan estas normas de manera muy diferente, por ejemplo en materia de prescripción. Muchos motivos por los cuales tanto las cortes internacionales de derechos humanos como jurisdicciones nacionales (penales, supremas y constitucionales) se ven confrontadas con graves situaciones de impunidad en relación con estos delitos, debido a la pasividad del legislador nacional o debido a una incorporación selectiva y tal vez tardía, o debido a obstáculos jurídicos internos (leyes de amnistía, prescripción, *ne bis in idem*, etc.) que impiden la investigación judicial, la acción penal o la punición.

En muchos países latinoamericanos hay un conflicto jurídico-institucional al respecto entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y altas instituciones nacionales. Países como Uruguay, Brasil o Guatemala tienen un abierto conflicto entre órganos nacionales (parlamentos, altas cortes) y la Corte IDH, no otorgando primacía al DH. En otros países latinoamericanos, como Argentina, Perú, Chile y Colombia, altas cortes nacionales han recopilado y ejecutado la doctrina del *ius cogens* para dar amplio contenido al deber *puniendi*, introduciendo con retroactividad tipificaciones por vía judicial y otorgándoles carácter imprescriptible. El primer enfoque pone en duda la validez de normas internacionales de carácter imperativo con impunidad como resultado. El segundo enfoque no solo se enfrenta con principios generales del Derecho penal nacional, sino que tiene el riesgo de convertir la judicatura nacional en legislador y de imponer la *lex gravior*, violando la reserva (constitucional) de la ley formal.

Mi contribución en este artículo no trata de la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento con los imperati-

vos, incluyendo de *ius cogens*, del derecho internacional público, pero sí del contenido de esta responsabilidad, a través de deberes positivos de investigar, juzgar y sancionar estos delitos en la justicia penal interna y su vínculo con la responsabilidad y punibilidad penal por violaciones de crímenes internacionales. La pregunta clave se podría formular de esta manera: ¿cuál sería el *deber puniendi* de los Estados-naciones en relación con graves violaciones de derechos humanos-crímenes internacionales derivado del derecho internacional público y cómo se articularía este deber con el *ius puniendi* del Estado nación y con los principios generales de Derecho penal, especialmente el principio de legalidad? ¿Obliga el *deber puniendo* a convertir el *adagium: nullum crimen, nulla poena sine lege en nullum crimen, nulla poena sine iure* (derecho internacional consuetudinario-*ius cogens*)?

II. IMPUNIDAD Y EL DEBER POSITIVO DE INVESTIGAR, JUZGAR Y SANCIONAR GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS / DELITOS INTERNACIONALES POR LA VÍA DEL *IUS COGENS*

1. Derechos humanos y tutela penal obligatoria

La función de los derechos humanos consiste, en esencia, en la protección del ciudadano en contra del poder del Estado, obligándolo a actuar dentro del marco del estado de derecho democrático y otorgando al ciudadano el uso de sus derechos humanos y protegiendo su dignidad humana. En materia penal los derechos humanos tienen en primer lugar la función de protección del sospechoso, acusado, condenado en contra de la potestad punitiva del estado, otorgándole el conocimiento previo de la conducta penalmente tipificada, ejecutando investigaciones judiciales que respeten al máximo sus libertades (libertad individual, protección de la vida privada, etc.) y garantizando un juzgamiento por un tribunal independiente e imparcial siguiendo reglas de debido y equitativo proceso.

La impunidad¹⁷⁵³ de graves violaciones de derechos humanos y los derechos de las víctimas a verdad y a justicia han convertido a los derechos humanos, en las últimas décadas, en un «arma» de doble filo. El primer filo tiene como clásica función la de la kantiana contingencia del poder punitivo del estado, una función negativa dirigida a un uso del *ius puniendi* en conformidad con los derechos humanos. El segundo filo consiste en la nueva función de activación del poder punitivo del Estado, un *deber puniendi* en conformidad con un deber positivo derivado de los derechos humanos.

Este nuevo deber positivo consiste en obligaciones para el Estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos haciendo, *inter alia*, uso obligatorio de su sistema penal. Se podría decir que el respeto de los derechos humanos se convierte en un nuevo bien jurídico, que no solo merece tutela penal, sino que obliga a la misma, tanto por criminalización primaria como secundaria. El Estado tiene un deber de garantía de cumplimiento con los derechos humanos, que vinculado a la figura de los remedios efectivos, ha servido para construir esta obligación positiva.

En América Latina el contexto de graves violaciones de derechos humanos es mucho más agudo, aunque en Europa hay países con realidades similares, como por ejemplo Turquía y Rusia. Muchos países en América Latina han conocido en la segunda parte del siglo XX atrocidades dictaduras militares o siguen conociendo largos conflictos armados internos. En ambos ha habido o hay severas violaciones de derechos humanos por parte de órganos estatales, paramilitares vinculados y guerrilleros. Muchos países padecen una cultura de impunidad estructural, especialmente, pero no solo, cuando se trata de violaciones graves cometidas por agentes estatales o semiestatales o paramilitares en estrecha conexión con el Estado.¹⁷⁵⁴ En las últimas décadas la gran mayoría de los países que pasaron por las dictaduras han vuelto a la democracia.

1753. POPKIN, Margaret, *Latin America: The Court and the Culture of Impunity*, CRIMES OF WAR PROJECT, diciembre 2003, http://www.crimesofwar.org/icc_magazine/icc-popkin.html.

1754. Véase, por ejemplo, Corte IDH, Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 2005 y Corte IDH, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 2006.

Tanto los gobiernos de transición como los gobiernos democráticos han tenido que afrontar las graves violaciones de derechos humanos cometidas durante las dictaduras o durante conflictos internos en camino. Las respuestas han sido multivariables, de formas de justicia (penal) transicional¹⁷⁵⁵ impuestas por los militares, negociadas por los militares con gobiernos de transición, hasta formas de justicia (penal) transicional pactadas dentro un acuerdo de paz o aprobadas en el parlamento y/o por referendo popular. La justicia penal transicional siempre tambalea entre la búsqueda de la verdad y la búsqueda de la justicia pero con parámetros de reconciliación. La justicia transicional enfrenta en América Latina, además de la comisión de crímenes de genocidio y crímenes de lesa humanidad por agentes del Estado en contra de una parte de la población (grupos excluidos, personas sospechosas de subversión, oposición política, etc.): el fenómeno de terrorismo de Estado. Muchas formas de justicia penal transicional son de tipo posconflicto tratando con la transición de dictadura a democracia, aplicando tipologías diferentes de amnistía: de autoamnistía por parte de los militares (como fue el caso en Argentina) a amnistía bilateral (a agentes del Estado y a guerrilleros) otorgada por democracia directa y/o indirecta (como es el caso en Brasil). En algunos países formalmente democráticos, como por ejemplo Colombia, esta justicia penal transicional ha sido introducida durante el conflicto interno armado, otorgando a los paramilitares un tratamiento penal muy favorable a condición de reconocer su culpabilidad y de poner fin a sus actividades paramilitares.¹⁷⁵⁶ La justicia penal transicional es una justicia penal de excepción que no tiene como función principal la retribución pero sí la restauración de la comunidad (*restorative justice*). En la justicia transicional están en juego sobre todo los intereses de las víctimas. Su derecho a justicia y verdad incluye

1755. Cherif BASSIOUNI, *The pursuit of International Criminal Justice, A World Study on Conflicts, Victimization and Post-Conflict Justice*, 2 vols., Intersentia, 2010.

1756. Ley Justicia y Paz (Ley 975 de 2005), ver APONTE CARDONA, A., *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcances y límites de un proceso penal concebido en clave transicional*, 2011, http://www.toledopax.org/uploads/EL%20PROCESO%20PENAL%20ESPECIAL%20DE%20JUSTICIA%20Y%20PAZ_CITpax_Observatorio.pdf.

su interés en la persecución y castigo de los presuntos autores. Aunque hay otras formas de impartir justicia (indemnizaciones, comisiones de verdad, etc.), ellos solo podrían complementar y no sustituir la justicia penal cuando se trató de graves violaciones de derechos humanos, delitos internacionales y delincuencia de Estado. La jurisprudencia de la Corte IDH deja también muy claro que las formas de la justicia transicional, de fuente democrática o no, deben cumplir con la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley. Son valores que no pueden ser sacrificados, tampoco por la mayoría parlamentaria. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo el derecho internacional de los derechos humanos. La judicatura nacional y supranacional tienen una obligación de control de convencionalidad para que los derechos humanos, incluyendo el deber positivo de investigar, juzgar y sancionar se cumplan también en esta fase de transición.¹⁷⁵⁷

La cultura de impunidad y la *non-actuación* del Estado por *non-uso* o uso no debido del *ius puniendi* está fundamentado en los tres poderes de *las trias políticas*. La responsabilidad internacional por violación de normas de derechos humanos vinculada a un patrón de impunidad puede ser derivado de cualquier poder del estado. El poder legislativo no tipifica o no tipifica de manera adecuada graves violaciones de derechos humanos, prevé plazos (cortos) de prescripción o concede formas de amnistía en blanco. El poder ejecutivo no realiza o no realiza de manera adecuada las investigaciones de las graves violaciones de derechos humanos, sin la necesaria profesional obtención de pruebas, o no protege o no protege de manera eficaz los testigos. El poder jurisdiccional se muestra muy poco eficaz en activar la acción penal, aplica sobreseimiento o la acción penal acaba en absoluciones o sentencias condenatorias de mero simbolismo (simulacro de justicia). No es de extrañar que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU haya elaborado en 2005 un conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

1757. Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, 24 de febrero de 2011, par. 239.

El art. 19 de estos principios estipula claramente:

Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente (...).¹⁷⁵⁸

Es a la luz de esta realidad estructural de impunidad que la Corte IDH ha desarrollado desde el inicio de su jurisprudencia el deber positivo de los Estados parte de proteger los derechos humanos.

2. Enfoque de la Corte IADH

Desde la sentencia *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*¹⁷⁵⁹ sobre prácticas de desaparición sistemática, la Corte ha enfocado sobre el deber positivo. La Corte IDH declara probada¹⁷⁶⁰ 1) la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; 2) la desaparición de Velásquez por obra o con la tolerancia de esas autoridades dentro del marco de esa práctica; y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica. En aquel momento no había ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados parte en la Convención, que empleaba la calificación de desaparición forzada, pero subraya la Corte,¹⁷⁶¹ la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad. En el caso es importante subrayar que la Corte declara probada la práctica de desapariciones, incluyendo aquel de *Manfredo Velásquez*, por obra o con la tolerancia de las autoridades

1758. <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>

1759. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, Serie C, n.º 4. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.doc.

1760. Par. 148.

1761. Par. 153.

hondureñas. ¿Cómo atribuir la tolerancia al Estado? La Corte IDH introduce el tema de esta manera:

La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación.¹⁷⁶²

La Corte IDH refiere al art. 1 CEDH (obligación de respetar los derechos) pero subraya inmediatamente:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁷⁶³

La obligación a cargo de los Estados es, así, mucho más inmediata que la que resulta del art. 2 sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

El Estado está en *el deber jurídico de prevenir*, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, *de investigar* seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, *de imponerles las sanciones* pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.¹⁷⁶⁴ (Menciones en cursiva del autor).

1762. Par. 158.

1763. Par. 167.

1764. Par. 174.

La Corte IDH impone también condiciones al deber de investigar. La investigación debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad.¹⁷⁶⁵ Finalmente, la Corte construye a través del deber positivo una obligación de remediar la impunidad:

Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.¹⁷⁶⁶

Se puede concluir que, como parte de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos humanos, los Estados deben asegurar a las víctimas una investigación seria de los crímenes cometidos. Consiste en una obligación con el fin explícito de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación. La Corte IDH elabora este deber positivo de manera constante en su jurisprudencia. En el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*,¹⁷⁶⁷ la Corte IDH ha tenido por demostrado que existía al inicio de los años noventa en Guatemala una práctica por parte del Ejército por la cual se capturaba a los guerrilleros, se les torturaba y se les causaba la muerte.¹⁷⁶⁸ La Corte IDH subraya de nuevo que:

1765. Par. 177.

1766. Par. 176.

1767. Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez*, 25 de noviembre de 2000, Serie C, n.º 70. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.doc.

1768. Par. 132.

(...) El desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. En razón de lo cual, al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar desapariciones forzadas o involuntarias, al no investigarlas de manera adecuada y al no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la víctima como de sus familiares, para conocer el paradero de aquella.¹⁷⁶⁹

En los casos *Barrios Altos vs. Perú*¹⁷⁷⁰ y *Myrna Mack vs. Guatemala*,¹⁷⁷¹ la Corte IDH define el deber positivo-obligaciones positivas como inherente al derecho a la verdad, siendo tanto un derecho de los individuos interesados directamente en el conocimiento de lo sucedido con sus allegados (verdad del caso) —proporcionando así un recurso efectivo para las víctimas— como un derecho de toda la sociedad a saber todo lo ocurrido (verdad global).

Es sumamente interesante al respecto el caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia, dado que se trata del primer caso en el cual la Corte IDH tiene que pronunciarse sobre la aplicación de la Ley de Justicia y Paz. En los párrafos 192 a 198 de la sentencia, la Corte IDH hace un resumen de los parámetros de su jurisprudencia en materia de deber positivo de protección de derechos humanos, en este caso aplicándolo al marco jurídico de desmovilización de los paramilitares y un Derecho penal beneficioso para los sospechosos de graves violaciones de derechos humanos. En primer lugar, la Corte subraya que, para garantizar el derecho de acceso a la justicia, el derecho de conocimiento y acceso a la verdad, hay un deber general de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos y reparar los daños causados. La investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones.¹⁷⁷² Los Estados

1769. Par. 129.

1770. Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia del 14 de marzo de 2001, par. 43.

1771. Corte IDH, caso *Myrna Mack vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2001, pars. 209-211.

1772. Ver por ejemplo Corte IDH, caso *19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia

tienen el deber de iniciar exoficio, sin dilación y con debida diligencia estas investigaciones. Por el otro lado, el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, etc. En cuanto a la pena, debe ser el resultado de una sentencia emitida por una autoridad judicial. En el momento de individualizar las sanciones se deben fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En relación con la proporcionalidad de la pena, la Corte estima que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con que actuó el autor. Finalmente, el principio de la cosa juzgada implica la intangibilidad de una sentencia solo cuando se llega a esta respetándose el debido proceso de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH y cuando aparecen nuevos hechos o pruebas pueden ser reabiertas sentencias absolutorias en calidad de cosa juzgada.

No hay dudas de que estos parámetros del deber positivo tienen un impacto muy penetrante en todos los aspectos de la formulación y de la práctica del sistema penal, del trabajo legislativo de tipificación hasta la ejecución de la pena. Además, la Corte es de la opinión de que estos parámetros de las obligaciones positivas han alcanzado carácter de *ius cogens* desde hace mucho tiempo. En un reciente caso, *Gelman vs. Uruguay*, la Corte IDH no deja duda al respecto:

Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*.¹⁷⁷³

1773. Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, par. 183, que se refiere a los casos *Goiburú y otros vs. Paraguay*, Sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C, n.º 153, par. 84; el caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, n.º 219, par. 137; y el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Sentencia del 1 de septiembre de 2010, Serie C, n.º 217, par. 197.

Estos parámetros incluyen también que son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones. Las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticas que lo hagan ilusorio. Además, el Estado debe asegurar que las reclamaciones de reparación formuladas por las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y sus familiares, no enfrenten complejidades ni cargas procesales excesivas que signifiquen un impedimento u obstrucción a la satisfacción de sus derechos.

¿Cuáles podrían ser los obstáculos a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos a nivel nacional?

III. (IN)CUMPLIMIENTO DEL DEBER POSITIVO POR PARTE DE LA *TRÍAS POLÍTICA* EN MATERIA PENAL, CON ESPECIAL ENFOQUE A COLOMBIA

Cuando la Comisión de Derechos Humanos de la ONU elaboró en el 2005 un conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, incluyó en el texto también un capítulo especial sobre medidas restrictivas.¹⁷⁷⁴ En el art. 20 fue formulado así:

Los Estados incorporarán garantías contra las desviaciones a que pueda dar lugar el uso de la prescripción, la amnistía, el derecho de asilo, la denegación de la extradición, *non bis in idem*, la obediencia debida, las inmunidades oficiales, las leyes sobre «arrepentidos», la competencia de los tribunales militares, así como el principio de la inamovilidad de los jueces que promueve la impunidad o contribuye a ella.

En materia de amnistía hay una muy clara posición específica en el art. 24:

1774. <http://www.derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>

Incluso cuando tenga por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán dentro de los siguientes límites: a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones enumeradas en el principio 19 o los autores hayan sido sometidos a juicio ante un tribunal competente, sea internacional, internacionalizado o nacional, fuera del Estado de que se trata (...).

Está claro que los obstáculos pueden tener relación con el ejercicio del poder respectivo de cada uno de los poderes del *trías política*: el legislativo, el ejecutivo, el jurisdiccional.

El poder legislativo puede crear obstáculos de toda índole. Un obstáculo clásico son las leyes de amnistía y figuras análogas que pueden resultar en la impunidad. En la transición de las dictaduras a la democracia fueron adoptados en América Latina diferentes conceptos de amnistía. Algunas eran absolutas en referencia a los autores de crímenes, el tipo de crímenes y su responsabilidad penal, las llamadas amnistías en blanco. Otras eran selectivas al respecto o se limitaban a hacer imposible la acción penal. Unos eran autoamnistía, otros eran amnistía por decisión democrática (en algunos casos por el parlamento y por referéndum). La terminología de leyes de punto final a leyes de caducidad ya refleja la variedad. También en países con un conflicto interno existente, como Colombia, han sido introducidas formas de justicia transicional, como la Ley de Justicia y Paz¹⁷⁷⁵, que incluye una forma análoga a la amnistía o amnistía de facto a los desmovilizados paramilitares, vistas las penas muy limitadas, de un máximo de ocho años, para las violaciones más serias de derechos humanos, incluyendo conductas que podrían relevar de la competencia de la Corte Penal Internacional, como crímenes contra la humanidad y violaciones al derecho internacional humanitario.

1775. ARVELO, José E., «International Law and Conflict Resolution in Colombia: Balancing Peace and Justice in the Paramilitary Demobilization Process», en *Georgetown Journal of International Law*, 2006. <https://articleworks.cadmus.com/geolaw/zsx00206.html>

La Corte IDH tiene una vasta jurisprudencia sobre la compatibilidad de leyes de amnistía y figuras análogas con la Convención IDH. En el reciente caso *Gelman vs. Uruguay*¹⁷⁷⁶ resume su posición al respecto:

Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay (...). El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional (...) La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo al derecho internacional de los derechos humanos, (...). La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías.¹⁷⁷⁷

También el poder ejecutivo puede crear cantidad de obstáculos, sobre todo cuando trata de la criminalización secundaria. La capacidad y la voluntad del Estado de investigar y juzgar de manera eficaz los delitos internacionales dependen en gran medida de la organización y del profesionalismo de los cuerpos de aplicación de la ley (superintendencias, Policía, Policía Judicial, fiscales, etc.) y la estructura de servicios forenses. Hay también decisiones puntuales del ejecuti-

1776. Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, par. 193.

1777. Pars. 232, 238 y 239.

vo que pueden afectar de manera sustancial el ejercicio de la acción penal. Un ejemplo ilustrador nos aporta la realidad colombiana. En el marco de la justicia penal transicional de Justicia y Paz, se desmovilizaron importantes grupos de los paramilitares. Sus dirigentes confesaron muy graves y masivas violaciones de derechos humanos y delitos internacionales, dentro del marco preferencial de Justicia y Paz, teniendo la seguridad de que la pena máxima era de ocho años. La Corte Constitucional Colombiana,¹⁷⁷⁸ limpiando el texto de algunas normas inconstitucionales, declaró el diseño conforme a la Constitución, teniendo en cuenta las normas imperativas de derechos humanos, que en Colombia hacen parte del bloque constitucional. Si este marco punitivo favorable, que podría ser cualificado como un Derecho penal de amigo, es verdaderamente compatible con la Convención Interamericana de Derechos Humanos es obviamente competencia de la Corte IDH. Por ahora es un punto de reflexión a lo cual la Corte IDH ha respondido en 2007 en estos términos:

Dado que existe incertidumbre sobre el contenido y alcance preciso de la Ley 975, que se encuentran en desarrollo los primeros actos del procedimiento penal especial que podría permitir la concesión de beneficios penales para personas que han sido señaladas de tener alguna vinculación con los hechos de la masacre de La Rochela, que aún no existen decisiones judiciales al respecto, y dadas las solicitudes de la partes, la Corte estima oportuno indicar a continuación, con base en su jurisprudencia, algunos aspectos sobre principios, garantías y deberes que debe observar la aplicación del referido marco jurídico de desmovilización.¹⁷⁷⁹

Y la Corte IDH sigue indicando que el régimen de justicia transicional debe cumplir con los requerimientos del deber positivo de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos.¹⁷⁸⁰ La Corte IDH subraya todos los requerimientos, pero en abstracto, y sin aplicarlos al caso colombia-

1778. V. Sentencia Corte Constitucional Colombiana, C-370/06.

1779. Corte IDH, Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia, 2007, par. 192.

1780. *Idem*, pars. 193-198.

no en específico. Por ejemplo en relación con la pena, la Corte IDH declara:

En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos (...). En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su armonización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria la justicia penal.¹⁷⁸¹

Si Justicia y Paz corresponde con los criterios de una justicia eficaz y equitativa a la luz del test de admisibilidad y complementariedad que prevé el art. 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional depende de la evaluación discrecional del Fiscal del CPI,¹⁷⁸² que por ahora tiene a Colombia bajo investigación preliminar y no ha presentado ninguna iniciativa para abrir una investigación formal sobre una situación colombiana. Fuera de estas dudas sobre el marco legislativo como tal, es de particular interés que el Gobierno Uribe decidió extraditar a los más importantes jefes de los grupos militares a Estados Unidos por delitos de narcotráfico. Jurídicamente estas extradiciones no impiden su posterior responsabilidad por delitos internacionales. Sin embargo, en la práctica, la extradición ha detenido en gran medida la investigación en contra de ellos y ha creado un obstáculo importante en el ejercicio de la acción penal en su contra. En su informe especial de 2007 la Comisión IDH subraya los esfuerzos del Gobierno colombiano, pero expresa también una serie de preocupaciones:

Los circuitos jurídicos previstos para el proceso de desmovilización de los miembros de las AUC reflejaron una falta de sistematización de los mecanismos destinados a identificar y determinar la responsabilidad penal

1781. *Idem*, par. 196.

1782. Otras posibilidades, autorreferencia por Colombia o referencia por parte del Consejo de Seguridad con decisión unánime, no parecen vías realísticas en el caso colombiano.

por la comisión de crímenes. Los vacíos e inexactitudes generados en esa primera etapa tienen repercusión negativa en los procesos investigativos adelantados en aplicación de la Ley de Justicia y Paz y pueden llevar a la impunidad de los numerosos crímenes no confesos por los cuales no se adelantan investigaciones judiciales (...). Es incierto el panorama sobre el desmonte efectivo de las estructuras armadas del paramilitarismo y la genuina participación de los cuadros armados de las AUC en el proceso de desmovilización. Si bien el número de desmovilizados que han recibido beneficios procesales y económicos supera con creces la cifra estimada de miembros de las AUC, el fenómeno de las estructuras armadas ilegales permanece presente en las mismas áreas del país.¹⁷⁸³

En 2011 la Comisión IDH sometió el caso Marino LÓPEZ y otros (operación Génesis) vs. Colombia a la Corte IDH. Se trata de una operación militar de contrainsurgencia llevada a cabo conjuntamente con paramilitares. La Comisión concluyó que los hechos constituyen un crimen de lesa humanidad en contra de la comunidad afrodescendiente. Una parte de los autores están imputados en el marco de la Ley Justicia y Paz. Sin embargo:

La comisión concluyó que las investigaciones no se llevaron a cabo de manera rápida y eficaz ni se examinó la multiplicidad de violaciones ocurridas durante la «Operación Génesis», las incursiones paramilitares, las violaciones ocurridas como producto de estas y el desplazamiento forzado que ocasionaron. Asimismo, la Comisión concluyó que los tribunales de justicia actuaron con falta de diligencia para impulsar el procedimiento penal tendiente a esclarecer los hechos de violencia y sancionar a sus responsables, por lo que los hechos permanecen en la impunidad.¹⁷⁸⁴

En su sentencia de 2010 en el caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, la Corte IDH dedica un apartado especial a alegados obstáculos

1783. Comisión IDH, «Informe sobre la implementación de la Ley de Justicia y Paz: etapas iniciales del proceso de desmovilización de las AUC y primeras diligencias judiciales», 2007, par. 109, <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia2007sp/Col07indice.sp.htm>.

1784. Informe anual de la Comisión IDH, 2011, <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>.

en la investigación por la desmovilización de paramilitares, visto que los demandantes argumentan que uno de los autores del homicidio beneficiario de la Ley de Justicia y Paz, el líder del comando paramilitar (Castaño Gil) no fue interrogado sobre la muerte de Cepeda Vargas y que las extradiciones de jefes paramilitares podrían obstaculizar la obtención de pruebas. Sobre el último argumento el Estado colombiano informa a la Corte que ha adoptado medidas para que las extradiciones no tengan un impacto negativo en la continuidad de los procesos que se tramitan. De modo tal que se realicen diligencias y procedimientos judiciales a través de audiencias virtuales y videoconferencias. Sin valorar este argumento de Colombia, la Corte IDH emite una clara advertencia:

Al respecto, es preciso recordar la reiterada jurisprudencia de este Tribunal que establece que ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos. Un estado no puede otorgar protección directa o indirecta a los procesados por crímenes que impliquen violaciones graves contra derechos humanos mediante la aplicación indebida de figuras que atenten contra las obligaciones internacionales pertinentes. De tal manera, la aplicación de figuras como la extradición no debe servir como un mecanismo para favorecer, procurar o asegurar la impunidad. Por ello, en las decisiones sobre la aplicación de estas figuras procesales a una persona, las autoridades estatales deben hacer prevalecer la consideración de la imputación de graves violaciones de derechos humanos.¹⁷⁸⁵

En los casos de demanda de extradición por parte de Estados Unidos a Colombia durante los años 2008-2009¹⁷⁸⁶ la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, emitió un concepto favorable a las solicitudes de extradición de casi 20 jefes paramilitares, pero condicionados

1785. Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, 26 de mayo de 2010, par. 12.

1786. Para un análisis profundo ver Comisión Colombiana de Juristas, Colombia: «La metáfora del desmantelamiento de los grupos militares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005», Bogotá, 2010, http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/la_metafora.pdf.

a que los paramilitares solicitados en extradición respondieran por las graves violaciones a los derechos humanos perpetrados, porque las víctimas tienen derecho a verdad, justicia y reparación, como está previsto en el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, el ejecutivo no cumplió con las condiciones y extraditó a los paramilitares. En 2009 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,¹⁷⁸⁷ emitió por primera vez un concepto negativo respecto de la solicitud de extradición de un jefe paramilitar postulado a los beneficios de la Ley de Justicia y Paz con base en los siguientes argumentos: 1) se vulnera el espíritu de la Ley de Justicia y Paz; 2) se desconocen los derechos de la víctimas; 3) se traumatiza el funcionamiento de la Administración de Justicia colombiana, y 4) la gravedad de los delitos cometidos por el ciudadano pedido en extradición es menor respecto de los delitos que se le imputan en Colombia.

El tercer poder de la *tríada política* a cumplir con el deber positivo es el poder jurisdiccional. Quisiera enfocar mi análisis respecto a las consecuencias para el poder jurisdiccional penal confrontado con un poder legislativo nacional que, por negligencia o por deliberada acción política, ha preferido no cumplir con el derecho internacional público imperativo en materia de masivas violaciones de derechos humanos y delitos internacionales. Este no cumplimiento puede consistir en no tipificación de ciertos delitos, en su tipificación limitada (elementos sustantivos, elementos morales, autores, etc.) o limitando la acción penal por términos de prescripción, etc. La posición del poder jurisdiccional es muy diferente de aquella de la ley de amnistía declarada de nulidad por parte de la Corte IDH o por parte de cortes constitucionales o supremas nacionales. Una vez puesta a lado la amnistía, reviva el *ius puniendo* del Estado *vis-à-vis* de los presuntos responsables y reviva el ejercicio de la acción penal, aplicando la ley penal en vigor. De hecho, el resultado de una criminalización primaria inexistente o limitada es obviamente que la criminalización secundaria (la actividad del sistema penal) y la criminalización terciaria (la ejecución de las sanciones penales) en relación

1787. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, Bogotá, 19 de agosto de 2009, proceso 30451.

con delitos internacionales se ve seriamente afectado en su eficacia y por consecuencia en su aporte a la lucha contra la impunidad. Sin embargo, el Estado, incluyendo el poder jurisdiccional penal, tiene la obligación de cumplir con el deber positivo de investigar, perseguir, juzgar y castigar graves violaciones de derechos humanos / delitos internacionales. En el caso de que no haya (aún) derecho internacional público convencional al respecto y/o que no haya tipificación de este *delicta iuris gentium* al nivel nacional, la fuente jurídica de la obligación para la persona física o jurídica sería fundamentada en el derecho consuetudinario con carácter de *ius cogens erga omnes* de estos crímenes internacionales. En otras palabras, el *ius cogens erga omnes* tendría como consecuencia que haya aplicación directa de *delicta iuris gentium* en el ordenamiento jurídico interno, creando así la base jurídica para responsabilidad penal de sujetos, independientemente de provisiones constitucionales o provisiones del sistema penal. Esta materia es mucho más delicada que la responsabilidad del Estado por violación del derecho internacional público (de derechos humanos) a la luz de *core delicta iuris gentium* o de los derechos que pueden derivar sujetos activos de derecho internacional público (de derechos humanos) en relación con el *core delicta iuris gentium*, como por ejemplo el derecho a la verdad y el derecho a una justicia penal eficaz en relación con serias violaciones de derechos humanos que afectan la comunidad internacional y su conciencia en su conjunto. La responsabilidad penal de un *communis hostis omnium*¹⁷⁸⁸ o de un *hostis humani generis*¹⁷⁸⁹ sin clara definición de la conducta en su aspecto material (*actus reus*) y en su aspecto moral (*mens rea*) y sin clara definición de la pena aplicable en derecho internacional público convencional pone obviamente en peligro uno de los principios básicos del Estado de derecho y del Derecho penal liberal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimen*. También mina toda la clásica teoría del delito que exige la aplicación de *lex certa* y *lex praevia* para la tipicidad y criterios preestablecidos para

1788. «pirata non est perduellium numero definitus, sed communis hostis omnium», CICERO, *De officiis*, lib. 3, cap. 29.

1789. GROTIUS (1583-1645), «De Jure Belli ac Pacis», 1625, vol. 2, cap. 20, § 40.

determinar la culpabilidad. La previsibilidad de parte del ciudadano no se limita al conocimiento de la inmoralidad de la conducta, pero implica la previsibilidad del ilícito penal y de la pena aplicable. En el caso de *delicta iuris gentium* falta no solo taxatividad de la costumbre en el momento de los hechos sino también completa indeterminación de la pena. Hay solo previsibilidad del bien jurídico afectado, pero no hay de la tipicidad penal de la conducta en su aspecto material y moral, ni de la pena, ni de los criterios de imputación de culpabilidad, ni de las reglas de prescripción o de cooperación internacional en materia penal, etc. ¿Es el derecho de costumbre de carácter *ius cogens*, incluyendo crímenes de lesa humanidad no codificados, solamente *self-executing* para los Estados-nación o también para sus sujetos pasivos, es decir fuente de obligaciones penales para personas físicas y/o jurídicas y no solo fuente de derechos y remedios para los sujetos activos?

El desarrollo de derecho internacional público de derechos humanos hacía el carácter de *ius cogens* del deber positivo de investigar, perseguir y castigar las graves violaciones de derechos humanos no resuelve el problema, puesto que se trata de responsabilidad estatal y no penal. Obviamente, como hemos visto en la primera parte, la responsabilidad estatal puede ser generada por obstáculos derivados del sistema penal, en la legislación y en la práctica, es decir con relación con el poder legislativo, ejecutivo y jurisdiccional. También está claro, desde la jurisprudencia de las cortes IDH, que no crea por sí fundamento legal de responsabilidad penal. Las normas de derechos humanos establecen principios y derechos que garantizan la dimensión sustancial de la justicia, sin embargo con esto todavía no tenemos tipificaciones de Derecho penal, solo obligaciones y principios que afectan el sistema penal, vía la obligación del Estado.¹⁷⁹⁰

El problema es particularmente agudo cuando Estados-nación que tienen en su territorio una práctica estructural de graves violaciones de derechos humanos y de comisión de crímenes internacionales, inclu-

1790. GARCÍA-SAYÁN, Diego, «Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos», en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, p. 330.

yendo violaciones masivas y estructurales por parte de agentes del Estado o fuerzas particulares bajo su control (como fuerzas paramilitares o fuerzas de autodefensa) — también indicado como macrocriminalidad de Estado o terrorismo de Estado—¹⁷⁹¹ excluyen conscientemente de su legislación penal ciertas tipificaciones de los crímenes internacionales y/o de las convenciones y/o del Estatuto de Roma en particular con el objetivo de eludir responsabilidad penal de sus agentes y sus aliados, atribuyendo así impunidad a presuntos autores de muy graves violaciones de derechos humanos.

Poco a poco los *delicta iuris gentium* fueron elaborados, después de la Segunda Guerra Mundial, en múltiples convenios internacionales, suscritos por la mayoría de los Estados. Son convenios que establecen el puente entre el derecho internacional público de derechos humanos y el derecho internacional penal. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio entró en vigor en 1951. En su art. 5 los Estados firmantes se comprometen a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio. En 1970 entró en vigor la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En 1987 entró en vigor la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes. En 1994 se adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que también contiene obligaciones penales para los Estados-parte. Este proceso de elaboración de derecho positivo internacional en la materia se culminó con la cristalización en el Estatuto de Roma, como base de jurisdicción para la Corte Penal Internacional. Sin embargo, esta elaboración de derecho positivo al nivel internacional no ha resuelto completamente el problema de *lex praevia*, *lex certa* al nivel nacional. En primer lugar, la positivización de estos *delicta iuris gentium* no es completa; los convenios y el estatuto no abarcan la totalidad de estos crímenes internacionales y el contenido mismo del concepto *delicta iuris gentium* es objeto de discusión permanente y evolución histórica. En segundo lugar, estos convenios internacionales y el Estatuto de Roma no han anulado com-

1791. V. Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay.

pletamente el vacío legislativo a nivel nacional. No todos los Estados son partes de las convenciones y del Estatuto de Roma. En caso de ratificación e incorporación, el legislador no siempre ha cumplido en la totalidad con el núcleo duro de crímenes internacionales, recogidos en las convenciones y el estatuto. Esta constatación es sorprendente, visto que hay desde hace tiempo la obligación del *deber puniendi* en base de la jurisprudencia de la Corte IDH y que hay desde la entrada en vigor del estatuto de la CPI una obligación explícita en el preámbulo (pars. 4-6) de luchar contra la impunidad y de investigar y juzgar los crímenes internacionales de competencia de la CPI.

La Corte Constitucional Colombiana tiene el mérito de haber elaborado una importante doctrina sobre el bloque de constitucionalidad, que incluye el derecho internacional humanitario y el derecho imperativo de derechos humanos¹⁷⁹² por su carácter de *ius cogens*. La Corte se ha pronunciado también sobre el estatus de los delitos internacionales, especialmente su núcleo duro de competencia de la Corte Penal Internacional. Aunque esta posición afecta al *adagium: pricipis legibus solutis est* y, por ende, la soberanía nacional, no afecta directamente la génesis de tipificaciones. ¿Cuándo, según la Corte Constitucional, los derechos constitucionales son el fundamento y límite del poder punitivo?¹⁷⁹³ ¿Sería esto compatible con delitos internacionales de carácter *ius cogens*, que tendrían validez *per se in* el orden jurídico interno, sin que haya voluntad explícita del legislador de tipificación y, por tanto, fuente de obligaciones penales para el ciudadano?

La Corte Constitucional colombiana ha tenido que pronunciarse sobre diferentes aspectos de delitos internacionales, en especial sobre la constitucionalidad de las tipificaciones del genocidio y la desaparición forzada, que fueron tipificados solamente en la Ley 589 de 2000. Es decir, se puede constatar que el legislador cumplió de una manera tardía con sus obligaciones internacionales respecto a graves violaciones de derechos humanos-delitos internacionales. No solo no lo hizo tarde, sino que lo hizo también con elementos sustantivos particulares. De

1792. V., por ejemplo, Sentencias C-574/92 y C-225/95.

1793. V. Sentencia C-038/95.

hecho, el art. 322.^a limitó la protección contra el genocidio a grupos (nacional, racial, religioso o político) «que actúen dentro del margen de la ley». La Corte declaró esta limitación inexecutable por ser demasiado restrictiva a la luz del derecho público internacional de derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los convenios de delitos internacionales. Además, la Corte considera que la garantía de la dignidad humana y de los derechos a la vida y a la integridad personal no admite diferenciaciones de trato en función a la legalidad de la actividad desplegada por los sujetos destinatarios de la protección.¹⁷⁹⁴ El mismo problema se planteó con la definición de desaparición forzada, limitándola en el art. 165 a:

El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de la libertad. La Corte Constitucional declara inexecutable la limitación e impone que la desaparición forzada pueda ser cometida por cualquier particular sin ninguna calificación.¹⁷⁹⁵

La Corte Constitucional no solo garantizó una tipificación con elementos materiales conforme con el deber positivo, pero decidió en ciertas ocasiones también de flexibilizar el principio de legalidad penal nacional. En el asunto C-127/93 declaró executable un decreto de emergencia terrorista con tipos penales abiertos, refiriéndose a los delitos internacionales con carácter de *ius cogens* y al principio de legalidad del art. 15 (1-2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece un principio de legalidad penal nacional o internacional y que deja abierta una condena basada en un comportamiento delictivo según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Por fin, en su Sentencia C-580/02, la Corte Constitucional confirma que el derecho internacional público de carácter *ius cogens* obliga a los Estados a considerar la desaparición forzada como de ejecución permanente o continuidad, por lo cual no se trata de retroactividad de la norma

1794. V. Sentencia C-177/01.

1795. V. Sentencia C-317/02.

penal en caso de tipificación posterior a los hechos y no se viola tampoco la prescindibilidad constitucional de todos los delitos. Sin embargo, la misma Corte también reconoce que el deber positivo de carácter *ius cogens* no resulta directamente aplicable en los ordenamientos internos cuando se trata de tipificaciones o instrumentos de cooperación judicial en materia penal. Son los propios Estados que tienen que desarrollar las herramientas para dar contenido al deber positivo del derecho internacional público de derechos humanos.¹⁷⁹⁶

Este problema se plantea en particular con el crimen de lesa humanidad como categoría autónoma, fuera del contexto de conflicto armado interno o internacional. Colombia firmó el Estatuto de la CPI en 1997 y lo aprobó mediante la Ley 742 de 2002. Sin embargo, Colombia no ha cumplido con la tipificación del crimen de lesa humanidad en conformidad con el Estatuto de Roma.¹⁷⁹⁷

Todos estos problemas se presentaron obviamente en casos penales, sea de la justicia penal ordinaria, o sea dentro el marco de Justicia y Paz. En la sentencia Plazas Vega el Juzgado Tercero Penal de Bogotá¹⁷⁹⁸ tuvo que pronunciarse sobre la aplicación de la tipificación de desaparición forzada agravada¹⁷⁹⁹ y secuestro agravado, tipificados en 1980 en relación con los hechos en el Palacio de Justicia en 1985, cuando solo existían secuestro simple y desaparición simple, ambos prescritos en el caso. A pesar de que Colombia no ratificó la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, la Corte condenó al imputado por los delitos nuevos, basándose en la ejecución permanente como elaborado por la Corte IDH¹⁸⁰⁰ y por ende la imprescriptibilidad de la acción penal, basándose en el derecho internacional

1796. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Proceso n.º 32022, decisión del 21 de septiembre de 2009.

1797. FERNÁNDEZ MEJÍA, Diana, *El crimen de lesa humanidad y la ausencia de consagración en la ley penal colombiana*, <http://investigaciones.usbcali.edu.co/pcd/images/stories/crimen.pdf>

1798. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Caso-Palacio-de-justicia-DP4.pdf

1799. AMBOS, Kai, *La desaparición forzada de personas. Análisis comparado internacional*, Bogotá, Temis, 2009.

1800. Corte IDH, Caso Tojin vs. Guatemala, 26 de noviembre de 2008.

público de los derechos humanos, parte integrante del bloque constitucional colombiano.¹⁸⁰¹ En el 2012 el Tribunal Superior, Sala Penal de Bogotá confirmó la condena,¹⁸⁰² basándose en la misma argumentación. Las sentencias fueron duramente criticadas en la doctrina penal nacional,¹⁸⁰³ basándose en la reserva de la ley nacional y en el principio de legalidad penal nacional.

En el caso J. Armando Arias Cabrales, el Juzgado Penal de Bogotá,¹⁸⁰⁴ también en relación con las desapariciones forzadas en el Palacio de Justicia, opta claramente por la aplicación directa de delitos internacionales, desvinculado del derecho interno:

Realizando un análisis integral de la previsión precedente, se llega a la conclusión de que si una acción humana encuentra reproche punitivo en el ámbito de las naciones, pero no en el orden interno, ello no obsta para que se juzgue al infractor, en tanto que no existe en ese evento específico vulneración a la legalidad ni a la irretroactividad de la ley penal, pues al hallarse contemplada la transgresión en preceptos supranacionales se preservan esas garantías de carácter *ius fundamental*, encontrándose legitimada la persecución punitiva, la que además resulta obligatoria para la Administración.¹⁸⁰⁵

El mismo problema se planteó de manera mucho más aguda en el marco de Justicia y Paz, donde correspondió a la Corte Suprema, Sala

1801. En línea con Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 3 de diciembre de 2009, radicación 32672 (Caso SALVADOR ARANA SUS) y Corte Constitucional, Sentencia C-370/06.

1802. http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/Radicado_11_001_07_04_003_2008_00025_09_-Sentencia_segunda_instancia.pdf

1803. V. WOLFFHÜGEL GUTIERREZ, C., «La prohibición de retroactividad», en *Anuario de Ciencias Penales*, No. 4, 2010; http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Prohibicion-retroactividad-christian-wolffhugel-gDP4.pdf y POSADA MAYA R., «Los delitos de lese humanidad», en *Anuario de Ciencias Penales*, n.º 4, 2010; http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp4/Delitos-de-lesa-humanidad-ricardo-posadaDP4.pdf

1804. Causa n.º 2009-0203, Juzgado 51 Penal, Circuito Bogotá, 28 de abril de 2011.

1805. V. también a ANDREU-GUZMÁN, Federico, «Imprescriptibilidad de los crímenes de lese humanidad *versus* irretroactividad de la ley penal: un falso dilema», en: AA. VV., *Retos de la judicialización. En el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*, Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 2005.

de Casación Penal,¹⁸⁰⁶ determinar en la Sentencia sobre la masacre de Segovia si una conducta cometida con anterioridad a la expedición de la Ley 589 de 2000, puede ser catalogada como punible bajo la descripción de delito de genocidio, aun cuando este tipo penal no se había consagrado en la legislación penal interna, pero la misma encuadraba ya dentro de las exigencias de tratados internacionales. La Sala concluye claramente:

Que los homicidios múltiples perpetrados (...) en la población de Segovia presuntamente pueden ser constitutivos de crimen de macrovulneración (como los delitos de lesa humanidad, tales como persecución política, el genocidio y/o concierto para delinquir), en los términos ya definidos en esta providencia, y como tal, no opera a favor de los autores o partícipes que no han sido juzgados y decidida en forma definitiva su responsabilidad, el fenómeno de la prescripción, por tratarse de un delito de lesa humanidad imprescriptible.

En la Sentencia Masacre de Salado, proceso n.º 33039, La Corte Suprema, Sala de Casación Penal,¹⁸⁰⁷ se adhiere completamente al criterio de la legalidad del derecho internacional público, evocando que la flexibilidad a la legalidad penal nacional se explica en que con frecuencia se trata de manifestación delincuenciales auspiciada —o sistemáticamente cometida— por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos y la Corte añade:

En este entendido, no puede ser aceptable que por, la negligencia o dificultad legislativa en promulgar leyes internas que se hubiesen adecuado a dichos derroteros, se pretenda desconocer que a nivel internacional, previo a dicho trámite, ya se había proscrito la comisión del genocidio y se le había categorizado como un crimen atroz desconocedor de la humanidad, así

1806. <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Comunicorte/Decisiones/CESAR%-20P%C3%89REZ%20GARC%C3%8DA-%20AUTO%20QUE%20AVOCA%20CO-NOCIMIENTO%20MAYO%202013-010.pdf>

1807. http://www.observatorioddr.unal.edu.co/ambitojuridico/catalogo_juridico-jyp/33039_16-12-10.pdf

como que su investigación puede hacerse en cualquier tiempo y, en razón de ello, no aplican reglas ni términos de prescripción respecto de ejercicio de la acción penal, civil o administrativa.

Esta decisión fue vigorosamente criticada por F. Velázquez Velásquez¹⁸⁰⁸ que constata que para determinar el contenido de la tipificación penal, el principio clásico de legalidad se flexibilizó a tal manera que estamos completamente en manos de los jueces.

IV. CONCLUSIÓN

Después de nuestro análisis exhaustivo del deber positivo, es tiempo para volver a nuestra cuestión principal. ¿Obliga el *deber puniendo* a convertir el *adagium: nullum crimen, nulla poena sine lege en nullum crimen, nulla poena sine iure* (derecho internacional consuetudinario-*ius cogens*)? Desde el punto de vista del DH no hay duda sobre la respuesta afirmativa. Sin embargo, como esto se articula en el Derecho penal interior, depende en gran medida del cumplimiento por cada parte del *trias política*. Cada poder del *trias política* tiene que asumir su responsabilidad. El hecho de que haya tanta discusión sobre el alcance del deber positivo de investigar, perseguir, juzgar y castigar y sobre la interacción entre DH y Derecho penal nacional, se debe fundamentalmente a que la legalidad internacional tiene carácter imperativo sobre la legalidad nacional y, en materia penal, esta legalidad internacional carece en algunos casos de taxatividad respecto de la relación con los elementos sustantivos y subjetivos del delito y/ o de la pena. ¿En qué medida los delitos internacionales, consagrados en el derecho internacional público podrían tener validez automática en el derecho interno, sin que haya tipificación nacional al respecto es obviamente el núcleo duro de la cues-

1808. VELÁZQUEZ VELÁSQUEZ, F., «La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad», *Cuadernos de Derecho penal*, n.º 7. http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp7/JURISPRUDENCIA/Flexibilidad_legalidad/Flexibilidad_legal.pdf.

ción? La Corte Constitucional colombiana no ha defendido esta tesis,¹⁸⁰⁹ pero tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema han utilizado el DH para interpretar y aplicar la norma vigente nacional. Que el carácter permanente y continuo de la desaparición forzada puede resultar en la aplicación de nuevos tipos me parece una aplicación aceptable, visto que los posibles autores pueden poner fin a la desaparición forzada. En este caso, no hablaría de *lex gravior* con retroactividad. Otro asunto es obviamente la aplicación de tipos de penas internacionales, sin ningún tipo de partido en el derecho nacional, como por ejemplo el genocidio.

El hecho de que la jurisprudencia se ha visto aplastada entre dos conjuntos de normas, los derivados de los DH (deber positivo, *ius cogens*, delitos internacionales) y los derivados del Derecho penal (principio de legalidad penal, reserva de ley), no es la culpa del bloque constitucional colombiano o de la jurisprudencia constitucional al respecto. El problema se debe en gran medida a la *non*-actuación o actuación tardía o incompleta de parte del legislador nacional, que por su ausencia o su deliberada opción, ha preferido negar cumplir con la parte legislativa del deber positivo, fomentado la impunidad respecto a graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales. El resultado es que la jurisdicción de la justicia penal nacional ha tenido que aplicar una legalidad internacional de derechos humanos para salvar la justicia:

La comunidad universal y la conciencia de la humanidad se convirtieron así en los destinatarios de la protección ofrecida por tal principio de legalidad internacional, de suerte que se modificó, tanto la dimensión a proteger (de lo local a lo global), como la fuente normativa del derecho a aplicar y su redactor. (...) Se replanteó, en función de la protección de la comunidad orbital, la dogmática del Derecho penal internacional, y se redefinió el principio de legalidad.¹⁸¹⁰

Para evitar que los jueces se conviertan en legisladores, o peor, en profetas (de la ley), es necesario que los delitos internacionales se ti-

1809. V. Sentencia C-588/02.

1810. Corte Suprema de Justicia, Auto de 16 de diciembre de 2010, radicación 33039.

pifiquen con taxatividad en el derecho internacional público y que se elaboren mecanismos de monitoreo político dentro de la ONU y OEA, vinculados al trabajo de la Comisión IDH, para presionar y obligar al poder legislativo soberano a cumplir con las obligaciones imperativas del *ius cogens*. En caso contrario la estricta aplicación de la legalidad penal se convierte en derecho formal justo, que no cumple con el concepto de una justicia penal justa, por contribuir a la impunidad de graves violaciones de derechos humanos.

**LA TUTELA DE LA VÍCTIMA DE DELITO
EN DERECHO COMPARADO Y EN LA UNIÓN EUROPEA:
EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN
(POR EL AUTOR DE LA INFRACCIÓN PENAL
Y ACCESO A LOS SISTEMAS ESTATALES
DE INDEMNIZACIÓN SUBSIDIARIA)¹⁸¹¹**

PROF.^a DR.^a BEGOÑA VIDAL FERNÁNDEZ
PTUN de D. Procesal de la Universidad de Valladolid
Miembro del IEE de la Uva

SUMARIO: I. DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR EL AUTOR DE LA INFRACCIÓN PENAL.- 1. Sistemas procesales para el ejercicio de la acción civil derivada del delito en la Unión Europea. 2. Otros sistemas. 3. Contenido.- II. ACCESO A LOS SISTEMAS ESTATALES DE INDEMNIZACIÓN SUBSIDIARIA.- III. SOBRE EL CONCEPTO DE VÍCTIMA.- BIBLIOGRAFÍA.

1811. Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación: APROXIMACIÓN LEGISLATIVA VERSUS RECONOCIMIENTO MUTUO EN EL DESARROLLO DEL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: UNA PERSPECTIVA MULTIDISCIPLINAR, Ref: DER2012-35862; así como: EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA. PROPUESTAS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA, Ref: DER2012-31549.

El proyecto de LO del Estatuto de la víctima del delito es un texto que formaba parte del nuevamente fallido intento de nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, presentada como anteproyecto en febrero de 2013, y cuyo art. 75 recogía el derecho de las víctimas a obtener una reparación civil. El nuevo texto actualmente en fase de discusión parlamentaria¹⁸¹² recoge como una manifestación concreta del derecho básico a la información el de serlo de las indemnizaciones a las que pueda tener derecho y del procedimiento para reclamarlas.¹⁸¹³

«Aglutina en un solo texto legislativo el catálogo de derechos de la víctima, transponiendo las Directiva de la Unión Europea en la materia, y de otro recogiendo la particular demanda de la sociedad española».¹⁸¹⁴ El título preliminar recoge un catálogo general de derechos comunes a todas las víctimas: derecho a la información, a la protección, a participar activamente en el proceso penal, al reconocimiento como tal víctima y el derecho a un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio... entre otros. En el título I se reconocen derechos extraprocesales también comunes a todas las víctimas. Regula así el derecho a obtener información de toda autoridad o funcionario al que se acuda, con lenguaje sencillo y accesible en cuestiones como: medidas de apoyo disponibles, modo de ejercicio del derecho a denunciar, indemnizaciones, etc. Como expresamente se reconoce en la EM: «El presente estatuto de la víctima del delito tiene vocación de ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos».

La actuación procesal de los derechos aquí reconocidos exige modificaciones en la ley de enjuiciamiento criminal, aunque los cambios no son profundos porque nuestro sistema procesal penal estaba ya bastante adaptado a las exigencias de la norma comunitaria predecesora de la

1812. En la Cámara Alta, dentro de un plazo para presentación de enmiendas y veto que finaliza el 10 de febrero de 2015(BOCG apdo. I, n.º 461-3131, de 29 de diciembre de 2014. Congreso de los Diputados Serie A n.º 115).

1813. Art. 5.1-e) Proyecto de Ley sobre el Estatuto de la Víctima del delito, de 8 de agosto de 2014.

1814. EM APLO Estatuto de la víctima del delito, de 26 de marzo de 2014.

Directiva 2012/29.¹⁸¹⁵ Las disposiciones finales del Proyecto de LO son utilizadas para transponer al derecho interno tres directivas comunitarias: 2012/29 sobre derechos y protección de las víctimas; 2012/13 sobre el derecho a la información en los procesos penales, y 2012/10 sobre el derecho de interpretación y traducción. La Disposición final primera introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal los cambios derivados de la Directiva de protección de las víctimas (2012/29).¹⁸¹⁶

I. DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR EL AUTOR DE LA INFRACCIÓN PENAL

El reconocimiento del derecho a una indemnización, reparación o compensación por los daños padecidos no aparece consagrado expresamente en el Proyecto de LO. En el Preámbulo del Proyecto de LO sobre el Estatuto de las víctimas se habla del derecho a ser informado de las indemnizaciones que puedan corresponderle, por tanto como parte del derecho a ser informado. En las modificaciones que se introducen en la LECRIM se potencia la información que ha de serle suministrada paralelamente a su papel como parte en el proceso penal. El modificado art. 109 LECRIM afirma que «En el acto de recibirse declaración por el juez al ofendido [...] el secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la

1815. La Decisión marco sobre el Estatuto de la víctima de 2001. *Vid.* más ampliamente VIDAL FERNÁNDEZ, B., «El Estatuto de la víctima en el proceso penal», en *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, M. DE HOYOS SANCHO (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 307-331.

1816. Directiva 2012/29 del PE y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En lo que ahora interesa en materia del derecho de indemnización de las víctimas, reforma el art. 109 (encomienda al secretario judicial la misión de informar en el momento de ofrecimiento de acciones al recibirse declaración de la víctima por el juez) y el art. 110 LECrim (que permite la presentación de la víctima en la causa como parte civil antes del trámite de calificación del delito, especificando que la no personación en ningún caso puede interpretarse como renuncia de su derecho a la restitución, reparación o indemnización que pueda acordarse en la sentencia, pues tal renuncia tiene que ser «expresa y terminante» para ser válida.

cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo se le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente [...] fuera de estos casos no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa». Se introduce un nuevo art. 109 bis que regula el ejercicio de la acción penal por las víctimas que no hayan renunciado a su derecho, y se modifica el art. 110: «Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan».

«Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor pueda acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso, de una manera expresa y terminante».

Del Preámbulo del Proyecto de LO se deduce claramente que estas modificaciones obedecen a la obligación de implementar las Directivas comunitarias, que en materia de indemnización son la Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a las víctimas de los delitos en casos transfronterizos, y la Directiva 2012/29 sobre *normas mínimas* de apoyo y protección de derechos de las víctimas de delitos en la Unión Europea.¹⁸¹⁷ En esta última no solamente se reconoce el derecho a ser indemnizado como elemento integrante del derecho a la información,¹⁸¹⁸

1817. Para conocer el contenido de esta Directiva *vid.*: HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General del Derecho Procesal*, n.º 34 (2014); OROMÍ I VALL-LLOVERA, S. «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Revista General de Derecho Procesal*, 30 (2013); BLAZQUEZ PEINADO, D., «La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 46, 2013, pp. 897-934; CHOCRÓN GIRALDEZ, A.M.^a, «La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos», *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 12, 2013, pp. 37-58.

1818. Art. 4.1-e) Directiva 2012/29: «Los Estados miembros garantizarán que se ofrezca a las víctimas la información que se enuncia a continuación, sin retrasos innecesarios, desde su primer contacto con la autoridad competente, a fin de que puedan

sino que se consagra el derecho de las víctimas de delito a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el proceso penal.¹⁸¹⁹ El Considerando (49) anuncia la extensión de este derecho a las víctimas que residen en un estado miembro distinto de aquel en el que se cometió el delito,¹⁸²⁰ y se consagra como parte del contenido del derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad en el propio articulado de la directiva.¹⁸²¹

1. Sistemas procesales para el ejercicio de la acción civil derivada del delito en la Unión Europea

En España la víctima del delito puede, en cuanto perjudicada, reclamar en el proceso penal su derecho a la indemnización y reparación por dos vías:¹⁸²²

1. Como acusación particular, mediante el ejercicio acumulado de la acción civil y la penal en el proceso penal.
2. Como actor civil en el proceso penal ejerciendo únicamente la acción civil.

acceder al ejercicio de los derechos establecidos en la presente Directiva: ... e) el modo y las condiciones para poder acceder a indemnizaciones...».

1819. Art. 16 Directiva 2012/29. Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal: 1. Los Estados miembros garantizarán que, en el curso del proceso penal, las víctimas tengan derecho a obtener una decisión sobre la indemnización por parte del infractor, en un plazo razonable, excepto cuando el Derecho nacional estipule que dicha decisión se adopte en otro procedimiento judicial. 2. Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

1820. «El derecho a una resolución para recibir indemnización del infractor y el correspondiente procedimiento aplicable se deben reconocer también a las víctimas que residan en un Estado miembro distinto de aquél en el que se cometió el delito».

1821. Art. 4.1-g): «Si residen en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha cometido la infracción penal, las medidas, procedimientos o mecanismos especiales que están disponibles para la defensa de sus intereses en el Estado miembro en el que se establece el primer contacto con una autoridad competente».

1822. Arts. 109 a 122 Código Penal y arts. 100 y 106 a 117 Lecrim.

Puede asimismo actuar en el proceso penal como acusación particular ejerciendo la acción penal y reservándose la acción civil para ejercerla en el proceso civil una vez terminado el proceso penal.

Además, puede sencillamente no actuar, sin que esto suponga renunciar a su derecho, antes bien se entiende que decide dejar su defensa en manos del Ministerio Fiscal. Corresponde al Ministerio Fiscal entablar ambas acciones en el proceso penal,¹⁸²³ salvo renuncia expresa¹⁸²⁴ o reserva por parte del perjudicado.¹⁸²⁵

2. Otros sistemas

En general los sistemas europeos permiten a las víctimas acumular el ejercicio de la acción civil a la penal en el proceso penal, comparecer en el proceso penal y constituirse como partes, o bien defender su derecho a una indemnización en un proceso civil.

El sistema anglosajón no permite esta acumulación. En este sistema donde lo penal es penal y lo civil es civil, los conflictos en una u otra materia han de ser resueltos según su propio proceso.¹⁸²⁶ Gómez Colomer pone de manifiesto que en el sistema anglosajón adversarial, la única vía que en la práctica permite la reparación de la víctima es la civil, pues la

1823. Art. 108 Lecrim: «La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables».

1824. Art. 106 Lecrim: «La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan». Art. 107 Lecrim: «La renuncia de la acción civil o de la penal renunciante no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere».

1825. Art. 112 Lecrim: «Ejercitada solo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar».

1826. GÓMEZ COLOMER, J. L., «La reparación de la víctima del crimen en el sistema adversarial norteamericano», *Justicia* 2014 n.º 2, en nota al pie p. 30.

reparación impuesta en condena penal es una pena de restitución de la cosa robada, hurtada o apropiada indebidamente.¹⁸²⁷ El sistema norteamericano presenta el proceso civil como la mejor solución para las víctimas por dos razones: las reglas probatorias son menos exigentes que en el penal¹⁸²⁸ lo que hace más fácil probar el daño civil que el perjuicio, y en segundo lugar, la víctima solo puede ser parte en el proceso civil y no en el penal, y la sentencia dictada en el penal es una prueba admisible en el proceso civil mientras que no ocurre lo mismo al revés (la condena civil no es admisible como prueba en el penal).¹⁸²⁹ Esta concepción permite que se den supuestos como que el acusado de cometer el delito resulte absuelto (por no haberse alcanzado una convicción «más allá de toda duda razonable») pero sea condenado en un proceso civil a indemnizar a las víctimas perjudicadas por el delito. Frente a la regulación española, en la norteamericana es posible que la víctima se dirija contra el presunto autor del delito que resulta absuelto en un proceso civil y obtener una indemnización de la persona absuelta del delito.¹⁸³⁰ Pero el hecho de que el sistema no permita la acumulación del proceso civil al penal es un inconveniente, especialmente si debe esperar al resultado del proceso penal por razones estratégicas. Esto y otras diferencias llevan a Gómez Colomer a afirmar que el sistema norteamericano es peor para la víctima que el español cuando hay condena, en cambio es más favorable si hay absolución porque da a la víctima una segunda oportunidad.¹⁸³¹

1827. Esto es así únicamente desde 1982, cuando la *Victim and Witness Protection Act* la introdujo en el sistema federal como consecuencia de fuertes presiones de los prácticos y de estamentos elevados de la Administración ante la pésima situación en que estaba la víctima, que no tenía ninguna posibilidad de actuar en el proceso penal y que exclusivamente podía solicitar y obtener la restitución del bien en un proceso civil iniciado al efecto (*vid.* GÓMEZ COLOMER, «La reparación...», cit., pp.51 y ss).

1828. Mientras que en el proceso penal se exige una prueba «beyond any reasonable doubt», en el civil basta con una probabilidad de 51 % («On the balance of probabilities»).

1829. *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L., «La reparación de la víctima del crimen...», cit., pp. 42-43.

1830. GÓMEZ COLOMER, J. L., «La reparación...», cit., p. 46. Pone como ejemplo el caso de O. J. Simpson (p. 47).

1831. *Ibidem*, p. 49.

3. Contenido

La responsabilidad civil que deriva del daño que causa el hecho constitutivo de delito tiene como función la de restablecer la situación patrimonial y/o personal alterada por el hecho delictivo. El Código Penal¹⁸³² obliga a reparar los daños y perjuicios causados por la comisión de un hecho descrito en esta norma como delito o falta.¹⁸³³

El contenido de la responsabilidad civil derivada del delito es la restitución, la reparación y la indemnización de perjuicios materiales y morales.¹⁸³⁴

La restitución ha de proceder siempre que sea posible, del mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez determine.¹⁸³⁵

La reparación del daño puede consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, según establezca el juez.¹⁸³⁶

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprende no solo los que se han causado al agraviado, sino también los irrogados a sus familiares o a terceros.¹⁸³⁷

Cuando el objeto de la responsabilidad civil son daños materiales o patrimoniales se cuantifican conforme al principio de «restitutio in integrum» o resarcimiento íntegro del año efectivamente causado, por tanto la reparación debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado. Cuando se trata de cuantificar daños personales se utiliza como criterio orientativo el sistema de «Baremo», previsto con carácter vinculante para la valoración de las lesiones producidas por vehículos a motor, por las ventajas que ofrece: mayor certeza y seguridad jurídicas, permite dar un tratamiento análogo a situaciones

1832. Art. 109.1 CP.

1833. El Proyecto de LO por la que se modifica la LO del Código Penal, aprobado en el Congreso en enero de 2015, modifica este precepto para eliminar la alusión a las faltas que contiene la regulación todavía en vigor.

1834. Art. 110 CP.

1835. Art. 111 CP.

1836. Art. 112 CP.

1837. Art. 113 CP.

con supuestos de hecho coincidentes, impulsa y facilita los acuerdos transaccionales...¹⁸³⁸

Dado que el pago no va a efectuarse, normalmente, de manera voluntaria, es preciso que los Estados promuevan medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.¹⁸³⁹ Ello conlleva que durante el proceso penal el juez tiene que acordar, cuando así se le solicite, aquellas medidas cautelares que aseguren la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales que pueda incluir la sentencia.¹⁸⁴⁰

Son instrumentos aptos para garantizar la efectividad de la indemnización:¹⁸⁴¹

1. Las ayudas económicas con cargo al Estado en determinados supuestos, sin perjuicio de la subrogación de este en la posición acreedora frente al responsable penal.
2. Reconocer efectos sobre la responsabilidad penal del condenado o sobre la ejecución de la pena a la reparación, premiándola.
3. Imputar el pago por el responsable en primer lugar a la reparación, con preferencia de otras responsabilidades pecuniarias.¹⁸⁴²
4. Condicionar la puesta en libertad provisional al depósito de una fianza que garantice la reparación de los daños causados a la víctima, así como sus costas.¹⁸⁴³

1838. Vid. OCHOA CASTELEIRO, A., «La indemnización de la víctima en el proceso penal español y la nueva Directiva de la UE», *Good Practices for Protecting Victims. Inside and outside the criminal process*. Working Paper, 2013. Puede obtenerse en la web: www.ptprotectingvictims.eu (última conexión el 16 de junio de 2014).

1839. El art. 16.2 de la Directiva 2012/29 sobre derechos y protección de las víctimas de delitos impone esta obligación.

1840. TOMÉ GARCÍA, J. A., «El estatuto de la víctima en el proceso penal según la DM del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento procesal español», *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, pp. 259-295, espec. p. 287.

1841. DELGADO MARTÍN, J., «El Estatuto de la víctima», p. 359.

1842. Así se recoge en el art. 126 CP.

1843. OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., «Víctimas de delitos en la Unión Europea...», cit.

5. Controlar el pago de la indemnización adeudada por el autor de la infracción penal.¹⁸⁴⁴ Cuando los bienes del responsable civil no sean suficientes, el juez puede decidir fraccionar el pago.¹⁸⁴⁵

Cada vez son más las personas que viajan, viven o estudian en otro Estado miembro, lo que las expone a actos delictivos perpetrados en el país donde residen. ¿Qué instrumentos pueden utilizar entonces (para hacer efectivo su derecho a una indemnización)?¹⁸⁴⁶

¿Qué puede hacer la víctima transfronteriza para conseguir cobrar una indemnización reconocida por resolución judicial firme en un proceso penal?

Para hacer efectivas estas indemnizaciones en supuestos transfronterizos es preciso acudir a otros instrumentos. ¿Puede acudirse al embargo preventivo previsto en la DM de 2003, implementada al derecho español por la Ley 23/2014 de reconocimiento de resoluciones penales en la Unión Europea?¹⁸⁴⁷

El art. 173.2-b) de la Ley 23/2014 recoge la posibilidad de reconocimiento y ejecución de una resolución judicial penal que imponga el pago de una compensación a la víctima, pero solo cuando la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento.¹⁸⁴⁸

1844. OROMÍ I VALL-LLOVERA, S., «Víctimas de delitos en la Unión Europea...», cit.

1845. Art. 125 CP.

1846. Vid. ALIAGA CASANOVA, A. C., «La ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. La víctima y su derecho al cobro de la indemnización», *Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia*, 2008.

1847. Arts. 143 a 156 relativos a las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas; y arts. 157 a 172 por lo que respecta a las resoluciones de decomiso.

1848. Art. 173.2: «(...)

2. A los efectos de esta Ley, también se incluirán en las sanciones pecuniarias las cantidades que figuren en las correspondientes resoluciones y se refieran a los siguientes conceptos:a) (...)

b) Una compensación en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal.

c) (...).»

Ciertamente encontramos diversos instrumentos procesales comunitarios para los supuestos transfronterizos. Se trata en todo caso de ver si es posible ejecutar una resolución judicial dictada en un proceso penal que reconoce el derecho a una indemnización de la víctima del delito en el territorio de otro Estado miembro distinto de donde el condenado tiene sus bienes o derechos. En España la Ley 23/2014 impone la utilización de los instrumentos de cooperación judicial civil:¹⁸⁴⁹

- el Reglamento 1215/2012 de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas I bis o revisado),¹⁸⁵⁰ también aplicable a Dinamarca,¹⁸⁵¹
- el Reglamento 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados,¹⁸⁵²

1849. Art. 173.3, III: «Cuando una sentencia dictada en España incluyera una condena de reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales a favor de las víctimas o perjudicados, la autoridad judicial penal española instará su ejecución a través de los mecanismos previstos en las normas de cooperación judicial civil en la Unión Europea».

1850. En vigor desde el 10 de enero de 2015. Determina la competencia (art. 7) «2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso; 3) si se trata de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, ante el órgano jurisdiccional que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil». Para la ejecución de resoluciones judiciales son exclusivamente competentes los órganos del lugar de la ejecución (art. 24.5 Reglamento 1215). El nuevo texto elimina el procedimiento de exequatur de manera que el reconocimiento se produce de manera automática, salvo si hay oposición a la ejecución por alguno de los motivos de denegación de la ejecución ya contemplados en el anterior Bruselas I.

1851. Mediante Carta de 20 de diciembre de 2012 el Reino de Dinamarca notificó a la Comisión su decisión de que el Reglamento Bruselas I bis fuera vinculante en su territorio.

1852. Art. 5: «Una resolución que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento». De conformidad con el contenido del Reglamento, es irrelevante el tipo de proceso en que se haya dictado la resolución siempre que la materia sobre la que recae se limite a la civil y mercantil (conforme es definido para el Reglamento Bruselas I) y el objeto se ciña a créditos no impugnados (ALIAGA CASANOVA, A.C., «La ejecución en la UE...», cit.).

- en los casos en que la víctima ha decidido no ejercitar la acción civil en el proceso penal, puede acudir a procesos civiles para la tutela privilegiada de créditos transfronterizos: el Reglamento 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo, y el Reglamento 861/2007 por el que se establece el proceso europeo de escasa cuantía.

El primero excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales salvo tres excepciones: que se haya determinado por acuerdo de las partes, que haya habido un reconocimiento de deuda por el deudor, o que sean deudas líquidas procedentes de una comunidad de propietarios.¹⁸⁵³ De esta redacción se ha deducido que nada impide acudir a este proceso para reclamar la indemnización civil derivada de delito si su importe está determinado por acuerdo de las partes o por reconocimiento de deuda del deudor¹⁸⁵⁴ (en este caso el condenado).

Por lo que respecta al Reglamento 861/2007, es de destacar que su ámbito de aplicación coincide con los relativos al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil y al título ejecutivo europeo vistos. Todos ellos permiten incluir las reclamaciones de indemnizaciones civiles *ex delicto*.

Para delimitar el montante de la indemnización, en caso de conflicto, puede entenderse aplicable el Reglamento 864/2007 de obligaciones extracontractuales (Roma II). Establece un régimen uniforme de normas de conflicto en el ámbito de la responsabilidad por daños, los cuasi-contratos y la culpa in contrahendo. Solo se aplica a los daños extracontractuales. El TJ ha definido la materia extracontractual por exclusión frente a la contractual, como toda responsabilidad que no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra.¹⁸⁵⁵ A la vista de esta interpretación, se ha entendido aplicable esta norma para delimitar la ley civil aplicable para determinar el montante de la indemni-

1853. Art. 3.2-d) del Reglamento 1896/2006.

1854. Así, ALIAGA CASANOVA, *op. cit.*

1855. STJCE as. 51/97.

zación civil derivada de un delito en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de la Unión Europea.¹⁸⁵⁶

II. ACCESO A LOS SISTEMAS ESTATALES DE INDEMNIZACIÓN SUBSIDIARIA

La Directiva 2012/29 consagra el derecho a recibir una indemnización del autor del delito.¹⁸⁵⁷ El pago de la indemnización recae en primer lugar en el delincuente. Con frecuencia esto es ilusorio: cuando el condenado es insolvente (real o fraudulentamente), o bien no ha habido condena. Cuando este no paga, no ha sido encontrado o se desconoce, y además no existen seguros, entonces responde subsidiariamente el Estado.

Para garantizar este derecho a la indemnización de las víctimas en la UE, los Estados miembros están obligados a contar con un sistema estatal subsidiario. La unánime existencia de un sistema estatal de indemnización ha sido resultado de un constante trabajo y preocupación de la Comisión Europea por las víctimas desde hace ya décadas.

Pero el origen de la preocupación es anterior.

El Consejo de Europa abordó la cuestión de la indemnización a víctimas de delitos con fondos públicos concluyendo un Convenio Europeo relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas en 1983 (que entró en vigor en 1988) con los siguientes puntos básicos:

- la indemnización será pagada por el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito (a los ciudadanos de los Estados parte y a los de los Estados miembros del Consejo de Europa si residen permanentemente en dicho Estado),
- se puede exigir como requisito para acogerse a la indemnización la denuncia del delito a la Policía, la presentación de la solicitud dentro de un plazo.

1856. ALIAGA CASANOVA, cit.

1857. Art. 16. 2. «Los Estados miembros promoverán medidas para que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente».

- Puede denegarse la solicitud:
 - * según la conducta de la víctima en relación con el delito,
 - * por su implicación en la delincuencia organizada,
 - * porque sea contraria al orden público o al sentido de la justicia,
 - * o habida cuenta de la situación financiera del solicitante.

El tema de la indemnización a las víctimas como derecho a la compensación por el daño padecido aparece en el panorama del proceso de integración europeo con los primeros intentos de hacer realidad el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia proclamado por el Tratado de Amsterdam de 1997. Con la expresión «Espacio Europeo de libertad, seguridad y justicia» se quiso describir el reto de garantizar que el derecho de libre circulación en la Unión Europea pudiera ser disfrutado en condiciones de seguridad y justicia, es decir el establecimiento de un espacio en el que el acceso a los tribunales y en general a las autoridades estatales sea igual de fácil en otro Estado miembro que en el propio.

En 1998 el Consejo adoptó el Plan de Acción de Viena,¹⁸⁵⁸ en el que se planteaba la necesidad de abordar la cuestión del apoyo a las víctimas de delitos en la Unión Europea. Como consecuencia, se elaboró una encuesta comparativa de los sistemas de indemnización de las víctimas. La disparidad de los sistemas de indemnización a las víctimas en los Estados miembros provocó que la Comisión incitara a todos los Estados a ratificar el Convenio Europeo, y además a presentar en 1999 una Comunicación¹⁸⁵⁹ con propuestas para ser debatidas en el Consejo Europeo de Tampere. Las conclusiones de dicho Consejo Europeo recogieron la preocupación de las instituciones por elaborar normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, con dos centro de atención

1858. DO C n.º 19, de 23.01.1999

1859. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. Víctimas de delitos en la Unión Europea: normas y medidas. COM (1999) 349 final, de 14.07.1999. La Comunicación hace especial hincapié en los problemas transversales a los que han de hacer frente las víctimas en todas las fases: información, formación del personal que entra en contacto con ellas e idioma.

singulares: el acceso a la justicia y los derechos de indemnización por los daños sufridos, incluidas en su caso las costas.¹⁸⁶⁰

En marzo de 2001 se aprueba la Decisión marco sobre el Estatuto de las víctimas en los procesos penales en la Unión Europea. Dicha DM impone a los Estados la obligación de garantizar a las víctimas el derecho a obtener en el proceso penal una resolución sobre indemnización por el autor de la infracción y a propiciar que dicha indemnización se concrete adecuadamente.¹⁸⁶¹ El Considerando (9) de dicha DM aclara que «Las medidas de ayuda a las víctimas de delitos, y en particular las disposiciones en materia de indemnización y de mediación, no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil».

La regulación contenida en esta DM reconociendo a las víctimas el derecho a una indemnización, destapó la necesidad de garantizar este derecho también cuando la fuente de la obligación (el delito) sucede en el territorio de un Estado distinto del de residencia de la víctima, es decir, en los casos en los que en ejercicio de la libertad de circulación un ciudadano se desplaza a otro Estado en cuyo territorio es víctima de un delito.

Ante la lentitud en la adopción de las decisiones que suponían una mayor integración en el campo penal, que se ha mantenido hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las instituciones comunitarias han impulsado la efectividad de las indemnizaciones y compensaciones de las víctimas sobre la base de la naturaleza civil de la prestación: el pago de una cantidad debida.

1860. Punto n.º 32 de las conclusiones: «Deberán elaborarse normas mínimas sobre el derecho de las víctimas a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales».

1861. Artículo 9: Derecho a indemnización en el marco del proceso penal. 1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente. 3. Salvo en caso de necesidad absoluta impuesta por el proceso penal, los objetos restituibles pertenecientes a la víctima y aprehendidos durante las actuaciones se devolverán a la víctima sin demora.

En 2001 la Comisión presentó su Libro Verde sobre la indemnización a las víctimas de los delitos.¹⁸⁶² El objetivo de este documento fue examinar las características de los sistemas nacionales de indemnización a las víctimas de delitos. En este Libro Verde se recoge como rasgo común a todos los sistemas el de reconocer que las víctimas no siempre pueden obtener una indemnización del delincuente (porque es desconocido, porque es inimputable o porque es insolvente). Con frecuencia los perjuicios sufridos por la víctima solo pueden ser indemnizados por el sistema estatal, lo que ha conducido a contemplar estos sistemas como una red de seguridad para las víctimas.¹⁸⁶³

La falta de convergencia entre los sistemas existentes provoca diferencias en los derechos de las víctimas en función del lugar de residencia de la víctima o del lugar de comisión del delito. Algunos sistemas establecen la indemnización de las víctimas como un bien jurídico al que legalmente tienen derecho, denominado «sistema de plena indemnización» porque el Estado les ofrece lo que podrían obtener en un procedimiento civil, esto es una indemnización por los daños materiales y por los daños inmateriales.¹⁸⁶⁴ Frente al sistema de otros Estados que ofrecen una «indemnización justa y equitativa», como concesión del Estado por consideración a las víctimas, como una concesión graciosa.¹⁸⁶⁵ En cuanto al plazo para solicitarla, este varía entre tres meses (de Irlanda) y 10 años (de Finlandia). En España el plazo es de un año.

Los sistemas estatales de indemnización de los Estados de la UE tienen que ser accesibles a todos los ciudadanos europeos con independencia de su nacionalidad. El punto de partida del derecho de acceso a una indemnización tiene que ser el *principio de no discriminación por razón de la nacionalidad*.

El punto de inflexión lo supuso el caso del Sr. Cowan, un ciudadano británico que fue víctima de un asalto violento cuando hacía turismo

1862. COM (2001) 536 final, de 28.09.2001.

1863. Libro Verde «Indemnización a las víctimas de delitos», punto 4.1.

1864. Dinamarca, Finlandia, Francia, Luxemburgo y Suecia (Libro Verde «Indemnización a las víctimas...», punto 3.3.5.).

1865. Bélgica, Irlanda, Países Bajos, Portugal y España (Libro Verde «Indemnización a las víctimas...», punto 3.3.5.).

por Francia.¹⁸⁶⁶ No se logró identificar a los asaltantes. El Sr. Cowan se dirigió al Estado francés solicitando una indemnización, con arreglo al sistema nacional francés. Pero de acuerdo con el derecho francés, era requisito para admitir la solicitud que la víctima fuera ciudadano francés, de un Estado con reciprocidad, o bien titular de un permiso de residencia. La autoridad francesa responsable de tramitar la solicitud planteó una cuestión prejudicial al TJ que respondió: «Cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de ir a otro Estado miembro, es un corolario de esa libertad que la persona esté protegida contra el daño de igual modo que los ciudadanos o residentes en el Estado miembro en cuestión. El principio de no discriminación es aplicable a los prestatarios de servicios en el sentido del Tratado por lo que se refiere a la protección contra el riesgo de asalto y el derecho a obtener una indemnización económica prevista por el derecho nacional cuando ese riesgo se materialice».

A partir de este asunto quedó consagrado el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, y que en consecuencia debía concederse a todos los ciudadanos de la UE la posibilidad de indemnización en los mismos términos en los que se concede a los ciudadanos del Estado donde se ha cometido el delito, pero también a cualquier residente en el territorio de ese Estado miembro.

Y analizando los resultados expuestos en el Libro Verde de «Indemnización a las víctimas» de la Comisión, quedó claro que cuanto mayor fuera la armonización de los sistemas menor sería el riesgo de consecuencias injustas para las *víctimas transfronterizas*.

Esta expresión hace referencia al ciudadano de la Unión Europea que resulta víctima de un delito en un Estado miembro diferente de aquel en el que reside permanentemente.¹⁸⁶⁷ Esta situación conlleva ya una serie de obstáculos que debilitan la capacidad de las víctimas para solicitar una indemnización:¹⁸⁶⁸

1866. As. 186/87 Cowan c. Trésor Public.

1867. Libro Verde, «Indemnización...», cit., punto 6.1.

1868. Libro Verde, «Indemnización...», cit.

1. Relacionados con la información sobre las posibilidades de obtener la indemnización estatal. La víctima transfronteriza, normalmente turistas, cuenta con muy poco tiempo para obtener información en el lugar de comisión del delito, además de tener que superar las barreras lingüísticas.
2. Relacionados con la presentación de la solicitud de indemnización estatal derivados tanto de barreras lingüísticas como de los eventualmente breves plazos para presentarla.
3. Relacionados con la investigación necesaria para toda solicitud de indemnización estatal. El solicitante normalmente tiene que acompañar su petición de los informes pertinentes (el informe policial, el médico —que puede ser redactado en el Estado de residencia...). Si además tiene que presentarlos acompañados de una traducción se incrementa el obstáculo con una carga financiera añadida.

La constatación de estos obstáculos puso de manifiesto que no era suficiente con la existencia de un sistema estatal de indemnización en todos los Estados miembros, sino que era necesaria una mínima armonización. Ello condujo a la adopción de la Directiva 2004/80/UE sobre indemnización a las víctimas de delitos, que estableció un sistema de cooperación para facilitar el acceso a la indemnización de las víctimas en situaciones transfronterizas. Tratándose de un instrumento de cooperación judicial civil, no son de aplicación las cláusulas opt-out, opt-in derivadas del Tratado de Amsterdam para los instrumentos de cooperación judicial penal, lo que significa que es aplicable en *todo* el territorio de la Unión Europea.

Encontramos aquí una discordancia en el sistema comunitario: el derecho a obtener una resolución de indemnización de la víctima por el autor de la infracción y en el marco del proceso penal reconocido por la Directiva 2012/29 no es aplicable a Dinamarca. Pero el derecho a una indemnización estatal sí.

La Directiva 2004/80 parte del «derecho de las víctimas de delitos en la Unión Europea a obtener una indemnización *justa y adecuada* por los perjuicios sufridos, con independencia del lugar de la Comunidad

Europea donde se haya cometido el delito» (Considerando 6). La norma garantiza que las víctimas de delitos pueden dirigirse a una autoridad de su Estado miembro de residencia, paliando cualquier dificultad práctica o lingüística derivada de la situación transfronteriza.¹⁸⁶⁹

En 2009 presentó la Comisión su informe sobre la aplicación de esta Directiva.¹⁸⁷⁰ Resulta llamativo que las autoridades de decisión y de asistencia tienen una opinión bastante positiva sobre el funcionamiento del actual régimen de indemnización. Sin embargo los solicitantes consideran que el procedimiento de solicitud es largo, complicado y que las barreras lingüísticas constituyen un obstáculo importante. A la vista de los resultados que arroja, la Comisión concluyó que deberá mejorarse:

- la recopilación de datos sobre la aplicación de la directiva por los Estados miembros,
- facilitar a los ciudadanos más información sobre la directiva y sobre los regímenes nacionales de indemnización,
- respetar los requisitos establecidos en la directiva respecto de los idiomas,
- e introducir mayor claridad y transparencia en los elementos claves de los regímenes nacionales de indemnización, definiendo qué delitos está incluidos y qué lesiones están cubiertas.

1869. El art. 1 de la Directiva establece el derecho de la víctima de un delito doloso violento a presentar la solicitud en el Estado de su residencia habitual. La autoridad competente del Estado miembro de residencia (autoridad de asistencia) ha de asistirle pero no efectúa ninguna evaluación de la solicitud, ya que esta corresponde a la autoridad del Estado miembro a cuyo régimen de indemnización se acoge la víctima (autoridad de decisión). Los Estados han de velar porque los posibles solicitantes tengan acceso a la información sobre las posibilidades de solicitar una indemnización, que siempre ha de ser abonada por la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se cometió el delito (art. 2 Directiva). España ha nombrado como autoridad de asistencia y de decisión la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, para la tramitación y reconocimiento de las ayudas a las víctimas de delitos violentos; y al Ministerio del Interior para los casos de víctimas del terrorismo. Y solamente admite las solicitudes y toda información pertinente en el idioma español.

1870. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/CE del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos. COM (2009) 170 final, de 20.04.2009.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 ha permitido una actuación más ambiciosa de la Comisión. Con la desaparición de los tres pilares, la cooperación judicial queda completamente residenciada en instituciones comunitarias sin posibilidades de cláusulas de reserva (sin perjuicio de la aplicación de los Protocolos relativos a Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca del Tratado de Lisboa),¹⁸⁷¹ lo que permite fortalecer el marco jurídico introduciendo instrumentos directamente vinculantes. Los resultados más visibles han sido la Directiva 2012/29, el Reglamento de reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil y la Directiva sobre la orden europea de protección.¹⁸⁷²

III. SOBRE EL CONCEPTO DE VÍCTIMA

El Proyecto LO del Estatuto de la víctima del delito distingue entre víctima directa (toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su persona o su patrimonio directamente causado por la comisión de un delito) y víctimas indirectas pero solo para los casos de muerte o desaparición de una persona por un delito y siempre que no sean los responsables de los hechos (el cónyuge no separado legalmente o de hecho o persona unida por relación análoga, los hijos, los progenitores y parientes dentro del tercer grado que se encuentren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o acogimiento familiar. En ausencia de los anteriores los parientes en línea recta y a sus hermanos).¹⁸⁷³

1871. El periodo transitorio de cinco años ha finalizado en diciembre de 2014. El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca tienen que decidir si permanecen definitivamente en el ámbito de los instrumentos de cooperación judicial penal acordados o no. El Reino Unido ya ha dicho que no (julio 2013), sin perjuicio de negociar de nuevo y uno por uno la permanencia (son concretamente 35, y entre ellos están la orden europea de detención, Europol, Eurojust...).

1872. *Vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Refuerzo de los derechos de las víctimas en la UE, de 18.05.2011, COM (2011) 274 final. *Vid.* asimismo: la Resolución del Consejo de 10.06.2011 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales.

1873. Art. 2 PLO Estatuto de la víctima del delito (en fase de discusión parlamentaria).

La Directiva 2012/29 que este Proyecto de LO busca transponer define la víctima como la persona física que ha sufrido un daño o perjuicio (lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causados por una infracción penal), así como los familiares que han sufrido un daño o perjuicio por la muerte de una persona causada por un delito (cónyuge o persona unida por relación análoga, los familiares en línea directa, los hermanos y las personas a cargo de la víctima).

Tanto el Proyecto de LO como la Directiva aluden correctamente a los familiares y parientes o asimilados como «víctimas indirectas», salvando así un problema planteado ante la CPI como consecuencia de la redacción de sus propias normas. Estos familiares adquieren el rasgo de víctimas por su relación con la víctima directa, haya fallecido esta o no. Es evidente que la víctima no deja de serlo por causa de su fallecimiento, y menos cuando este es provocado por el delito.¹⁸⁷⁴

El Consejo de la Abogacía Europea insiste en que el término «víctima» debería utilizarse únicamente después de una sentencia definitiva por la que el presunto inocente es declarado culpable victimario, pues cuando una persona afirma ser víctima de un delito, no sabemos si lo ha sido realmente ni si el delito del que ha sido víctima ha sido cometido por el acusado o por alguien más.¹⁸⁷⁵

Las reclamaciones políticas para obtener más derechos procesales de las víctimas crean la impresión de que los acusados son siempre culpables y que, por tanto, conferir más derecho a los acusados no es justo para las víctimas. Precisamente, el propósito del proceso penal es determinar si los cargos son o no fundados.¹⁸⁷⁶

Esta advertencia de cautela enlaza con la previsión contemplada en el Proyecto LO (no así en la Directiva 2012/29) frente a quienes simulan

1874. *Vid.* más ampliamente OLÁSOLO ALONSO, H., «El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la CPI en materia de participación de víctimas», *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, 2011.

1875. En su «Respuesta de CCBE a la propuesta de directiva de la Comisión sobre el establecimiento de normas mínimas para los derechos, asistencia y protección de las víctimas de delitos» (octubre de 2011).

1876. Respuesta del CCBE cit.

ser víctimas de un delito, en fraude de la justicia, de la sociedad y del acusado, así como en caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre por inexistencia de los hechos.¹⁸⁷⁷ Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que en su caso procedan.

Pueden señalarse tres elementos fundamentales en el concepto de víctima:¹⁸⁷⁸

- un elemento en relación con los daños o pérdidas que pueden ser infligidos, y que conduce a distinguir distintos tipos de víctimas (daños físicos y psíquicos, materiales, políticos, jurídicos...), que pueden producirse por acciones positivas o por omisiones,
- un elemento de cercanía: junto a las víctimas que directamente han sufrido la vulneración, están las que la han sufrido indirectamente por su cercanía (la familia inmediata, los dependientes directos de la víctima y todas aquellas personas que han sufrido algún daño al prestar asistencia a la víctima o al intentar impedir la agresión),
- es indiferente para la condición de víctima que el autor sea identificado o no, o la existencia de alguna relación particular entre la víctima y el victimario.

1877. Artículo 35. Obligación de reembolso. 1. La persona que se hubiera beneficiado de subvenciones o ayudas percibidas por su condición de víctima y que hubiera sido objeto de alguna de las medidas de protección reguladas en esta Ley, vendrá obligada a reembolsar las cantidades recibidas en dicho concepto y al abono de los gastos causados a la Administración por sus actuaciones de reconocimiento, información, protección y apoyo, así como por los servicios prestados, con un incremento del interés legal del dinero aumentado en un 50 %, en los siguientes casos: *a)* Si fuera condenada por denuncia falsa o simulación de delito. *b)* Se dictare, con carácter firme, una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre en los que se declarase la inexistencia de los hechos denunciados. 2. El procedimiento de liquidación de la anterior obligación de reembolso y la determinación de las cuantías que puedan corresponder a cada concepto se determinarán reglamentariamente. 3. Esta disposición se aplicará sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

1878. CRUZ, L. M., «El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el Derecho Internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos», *Revista de Derecho Público*, UNED, n.º 77, 2010, pp.185-209, espec. pp. 195-196.

Los sistemas estatales nacionales de indemnización de las víctimas de delitos en la UE distinguen dos grupos de víctimas que pueden tener una indemnización estatal: las víctimas directas (persona contra la que se dirige el delito) y las indirectas (personas a su cargo y otros parientes de una víctima directa: hijos, cónyuge, excónyuge que recibiera alimentos de la víctima, padres ancianos o discapacitados de la víctima). Algunos Estados miembros cubren un tercer grupo de víctimas: transeúntes (personas accidentalmente alcanzadas por el delito) y los buenos samaritanos (personas que ayudan a la víctima, o a la Policía a prevenir un delito o a aprehender al delincuente).¹⁸⁷⁹

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

AA. VV., *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (dir. M. DE HOYOS SANCHO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ARANGÜENA FANEGO, C., «Eficacia transnacional de medidas de vigilancia y de protección», *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea* (dir. M. DE HOYOS SANCHO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 327-352.

— «Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección», *Derecho procesal en el espacio judicial europeo (Liber Amicorum Faustino Gutierrez-Alviz Conradi)*, Atelier, 2013, pp. 43-66.

— «La protección transnacional de la víctima por medio de la orden europea de vigilancia en el marco de las medidas cautelares no privativas de libertad aplicadas entre los Estados miembros de la Unión Europea», *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, n.º 12 de la Colección contra la violencia de género. Documentos. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, pp. 79-92.

¹⁸⁷⁹. Libro Verde «Indemnización a las víctimas de delitos», punto 3.2.1. «Víctimas indemnizables».

- BLÁZQUEZ PEINADO, D., «La Directiva 2012/29/UE. ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 46, 2013, pp. 897-934.
- CHOCRÓN GIRALDEZ, A. M.^a, «La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos», *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 12, 2013, pp. 37-58.
- DELGADO MARTÍN, J., «La protección de la víctima por el sistema penal», *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, C. ARANGÜENA FANEGO y A. SANZ MORAN (coords.), Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 386-410.
- FICHERA, M., « The status of the victim in European Union », *Eu crim*, n.º 2, 2011, pp. 79-82.
- FONSECA MORILLO, F., «Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal* (ARANGÜENA FANEGO, C., dir.), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 19-27.
- Forum National pour une politique en faveur des victimes: *Vos droits en tant que victimes d'infraction*, Bélgica, 2005.
- GALAIN PALERMO, P., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant Monografías 684, Valencia, 2010.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, M. J., «Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de delitos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1980-1981, 2005, pp.7-32.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., «La participación de la víctima del crimen en el sistema adversarial norteamericano», *Justicia 2014*, n.º 2, pp. 23-67.
- GORDILLO SANTANA, L. F. «Derechos y necesidades de las víctimas», colgado en la web de la Oficina de Atención a las Víctimas del Gobierno de La Rioja.
- HOYOS SANCHO, M. DE, «La armonización del Estatuto de las víctimas en la Unión Europea», *Garantías Constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, pp. 409-423.

- HOYOS SANCHO, M., «Reflexiones sobre la directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español», *Revista General del Derecho Procesal*, n.º 34 (2014).
- «La orden europea de protección: estudio de la iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección», *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Comares, Granada, 2011, pp. 251-268.
- JIMENO BULNES, M. (coord.), *Justicia versus Seguridad en el Espacio Judicial Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Monografías Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- MARTÍN RÍOS, P., «La exclusión de la mediación como manifestación de las «no-drop policies» en violencia de género: análisis de la cuestión a la luz de la Directiva 2012/29/UE», *Diario La Ley*, n.º 8016, de 5 de febrero de 2013.
- MAURO, C., «Protection des victimes d'infractions et droit européen (Cour de Justice de l'Union Européenne, 15 de septembre 2011, M. Gueye et Valentin Salmerón Sánchez, as. C-483/09 y 1/10) », *RAE-LEA* 2011/3, pp. 631-639.
- «Protection des victimes d'infractions et droit européen (Cour de Justice de l'Union Européenne, 12 juillet 2012, Maurizio Giovanardi e. a., as. C-79/11) », *RAE-LEA* 2012/3, pp. 661-670.
- MOLINA MANSILLA, M.^a C., «La protección de la víctima en el espacio europeo: la orden europea de protección», *La Ley Penal*, n.º 92, abril 2012.
- OCHOA CASTELEIRO, A. «La indemnización de la víctima en el proceso penal español y la nueva Directiva de la UE», *Good Practices for Protecting Victims. Inside and outside the criminal process. Working Paper*, 2013. Puede obtenerse en la web: www.protectingvictims.eu (última conexión el 16 de junio de 2014).
- OLÁSULO ALONSO, H., «El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la CPI en materia de participación de víctimas», *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, 2011.

- OTTENHOF, R., «Sulla tutela penale delle vittime», *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, abril-junio 2012, pp. 708-711.
- PEYRÓ LLOPIS, A., «La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección», *Revista de Derecho Europeo (REDE)*, n.º 46, 2013, pp. 9-28.
- Plan de trabajo (Resolución de la Comisión) para reforzar los derechos y la protección de las víctimas en particular en los procesos penales, de 10 de junio de 2011.
- REDING, V., «Le droit des victimes», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 2, 2011, editorial.
- SÁNCHEZ DOMINGO, B., «La cooperación judicial penal y el Tratado de Lisboa. El ejemplo de la Directiva 2011/92/UE en materia de pornografía infantil», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 44, 2013, pp. 279-305.
- SERRANO MASIP, M., «Análisis del Estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género», *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Dir. M. DE HOYOS SANCHO, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 719-770.
- «La víctima de violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal», *Revista General del Derecho Procesal*, n.º 29 (2013).
- TARDÓN OLMOS, M., «El Estatuto jurídico de la víctima», *Cuadernos de pensamiento político*, FAES, 2008, pp. 11-24.
- TOMÉ GARCÍA, J. A., «El estatuto de la víctima en el proceso penal según la DM del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001 y su incorporación en el ordenamiento procesal español», *El derecho procesal penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*, pp. 259-295, espec. p. 287.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B., «El Estatuto de la víctima en el proceso penal», *El proceso penal en la Unión Europea. Garantías esenciales*, M. DE HOYOS SANCHO, coord., Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 307-331.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA DE 2011

PROF.^a DR.^a CATY VIDALES RODRÍGUEZ
Profesora titular de Derecho Penal
Universitat Jaume I

SUMARIO: I. LA ATENCIÓN A LA VÍCTIMA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA.- II. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA.- III. EL PROYECTO DE VIDA DE LA VÍCTIMA COMO CRITERIO DE REPARACIÓN DEL DAÑO.- BIBLIOGRAFÍA.

Nunca hubiera querido tener que escribir estas líneas. Quizás por eso me ha costado tanto elegir el tema, y ni siquiera tengo la seguridad de haber acertado. Supongo que el Prof. Gómez Colomer esperaba de mí que abordase alguna cuestión relacionada con las víctimas en el ordenamiento jurídico-penal español y, de ser esa su intención, me temo que va a verse inevitablemente defraudado. En mi defensa, puedo alegar que estuve barajando algunas posibilidades pero, no siendo especialista en la materia, me pareció que escaso tributo podía rendir al homenajado. Por ello he optado, aun a riesgo de parecer atrevida, por ocuparme de la atención a la víctima que se le dispensa en el Anteproyecto de Código Penal de Guatemala de 2011.

Debo reconocer que en esta decisión han pesado dos razones. La primera es que, gracias al Prof. Gómez Colomer, tuve la ocasión de colaborar en la elaboración del citado texto, y ello me brindó la oportunidad de conocer más a César. La segunda es que el extraordinario papel que se le concede a la víctima en el mismo obedece, sin duda, a la obra del Dr. Barrientos. De este modo, en la elección confluyen los motivos personales y los académicos y, en consecuencia, me permite poner de manifiesto, por un lado, el afecto que le profesaba y, por otro, la admiración y el respeto que me merece su trayectoria profesional.

Bien, pues, una vez justificada la elección del tema, procedo a su desarrollo.

I. LA ATENCIÓN A LA VÍCTIMA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE GUATEMALA

Lo primero que cabe destacar es el inusitado interés que se muestra hacia la víctima del delito. Esta preocupación queda patente desde el inicio del articulado de la Parte General. En efecto, en el capítulo I del título I (Principios Generales); en concreto, en el art. 3 se reconoce como principio general el restablecimiento del orden social, disponiéndose que «la reparación a la víctima debe, en lo humanamente posible, restablecer las condiciones y circunstancias anteriores al delito, y la sanción penal reafirmar, en quien deba cumplirla, el respeto al bien jurídico afectado».

Vemos, pues, que antepone —o cuanto menos, iguala— la reparación a la víctima y la resocialización del delincuente. Atendidos los límites propuestos, no puedo detenerme en este aspecto, pero no quiero dejar de apuntar una idea. Y es que uno de los motivos que explican el olvido o el apartamiento de la víctima es la extendida idea de que los derechos de esta han de significar la cercenación de los derechos y garantías del victimario. Esta conclusión, sin embargo, no es obligada. Como en nuestro país ha puesto de manifiesto Alonso Rimo, es posible un entendimiento distinto. Un entendimiento, si se quiere *integrador*

que, básicamente consiste en concebir los derechos de las víctimas de forma complementaria y no disyuntiva respecto de los derechos del delincuente. De lo que se trata es, por tanto, de contemplar los derechos de las víctimas desde la perspectiva garantista que rige la aplicación del Derecho penal.¹⁸⁸⁰ Esta idea conciliadora es, precisamente, la que parece transmitir la ubicación en un único precepto de las dos perspectivas aludidas.

La preferencia o, insisto, cuanto menos equiparación, queda reflejada, de nuevo, en el capítulo II (Principios especiales). En esta ocasión, los principios mínimos para las víctimas — Sección Primera— vuelven a situarse por delante de los que se le reconocen al imputado; esto es, los principios de legalidad, de culpabilidad, de *ne bis in idem* y de humanidad de las penas. Más concretamente, el art. 6 establece que «todo delito o falta tiene como consecuencia la reparación efectiva y digna de la víctima, conforme a las disposiciones de este Código, así como de los tratados y convenciones sobre derechos humanos relativos a esta materia».

No puede dejar de señalarse que, cuanto menos, resulta curioso el sistema acogido en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Se opta y, desde luego, eso no es nada extraordinario, por distinguir entre agravantes y atenuantes. Lo que sí constituye una mayor novedad es el hecho de que las agravantes lo sean por condición de las víctimas, mientras que para rebajar la pena se atiende a la condición del agresor.

Respecto de las causas que pueden dar lugar a una exasperación punitiva, se hace referencia a la especial vulnerabilidad de la víctima, a la gravedad de los daños causados o a la mayor violencia ejercida. De este modo, el art. 28 considera víctimas vulnerables a la «niña, niño, adolescente, mujer, persona de la tercera edad, persona con preferencia sexual distinta o persona con discapacidad». Por su parte, el art. 29, considera que merece una sanción más severa el hecho de que, atendido

1880. ALONSO RIMO, A., *Manual de victimología*. VV. AA. (coord. BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J. M.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 309 y ss.

un dictamen pericial, se le haya producido a la víctima, por sus condiciones personales, un mayor daño mental, emocional o físico. Idéntico tratamiento deben merecer, a tenor de lo dispuesto en el art. 30, aquellos casos en los que se hayan ocasionado daños permanentes o irreparables. Según el citado precepto, «hay daños permanentes cuando la lesión subsista por el resto de vida de la víctima», mientras que será irreparable «cuando ninguna acción posterior pueda restablecer el bien jurídico afectado». Por último, en aplicación del art. 31, supondrá una agravación del castigo el ejercicio de «violencia física o psicológica innecesaria para la obtención del resultado; o cuando, la violencia ejercida sea de tal magnitud que afecta a la víctima, más de los resultados propios del delito».

Como ha quedado dicho, las causas de aminoración de la respuesta penal vienen condicionadas por el agresor; sin embargo, en el art. 32 se hace una alusión a la víctima. En efecto, el precepto se refiere al riesgo incrementado; es decir, «cuando exista una acción u omisión imprudente o ilegítima de la víctima, para incrementar la posibilidad de creación o realización del riesgo no permitido». Se acogen, en consecuencia, las tesis victimodogmáticas que otorgan relevancia penal a la contribución de la víctima a su propia victimización.

Por lo que al *concepto* de víctima se refiere, encontramos una definición en el art. 45, es decir, dentro del título dedicado a los intervinientes en el delito. Interesa destacar que resulta curiosa esta ubicación por cuanto parece reflejar los primeros postulados de la victimología que, desde la obra de Von Hentig titulada *El criminal y su víctima*, en la que se acoge la tesis de la víctima-precipitación, se habla de pareja criminal.¹⁸⁸¹ Volviendo a la definición, según el precepto citado, es víctima la «persona individual o jurídica que ha sufrido daños físicos, mentales, emocionales, pérdida económica o menoscabo de derechos por la realización del delito. Además, y según las circunstancias del caso, la expresión víctima incluye:

1881. VON HENTIG, H., *The Criminal and his Victim*. Yale University Press. New Haven, 1948.

1. parientes dentro de los grados de ley o conviviente de la víctima directa, en delitos contra la vida y en aquellos cuya ausencia de la víctima directa los posiciona en esta categoría;
2. asociaciones o consejos comunitarios o sectoriales, cuando se vean afectados».

Así pues, se adopta un concepto amplio de víctima, comprensivo no solo de la víctima indirecta, sino también de la víctima colectiva.

II. LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LA VÍCTIMA

Como no podía ser de otro modo, la preocupación por resarcir a la víctima queda plasmada de modo especial en la amplia regulación que se confiere a la reparación del daño. En efecto, el título IV, dedicado a las consecuencias del delito, comienza con un capítulo dedicado a los efectos respecto de la víctima. El primero de estos preceptos, el artículo 51, establece que la *reparación*, se contempla en el artículo 51. En dicha norma se afirma que la «reparación implica, en la medida de lo posible, con un enfoque holístico, el restablecimiento de las condiciones anteriores a la realización del delito, con el objeto de hacer desaparecer los efectos de la lesión al bien jurídico. Para decidir sobre la reparación deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

1. proyecto de vida de la víctima para los delitos que la afecten;
2. imagen, dignidad e integridad de la víctima;
3. prestigio y confianza del servicio, marca o comercio, para los delitos que la afecten;
4. trabajo, estudio, familia y grupos sociales;
5. cambio de condiciones de vida;
6. no debe implicar empobrecimiento ni enriquecimiento de la víctima.

La reparación comprende su naturaleza material e inmaterial. La primera consiste en la restitución e indemnización; la segunda, en la rehabilitación de la víctima y los pronunciamientos simbólicos».

La *restitución* consiste, según se afirma en el art. 52, en la devolución del mismo bien sustraído u otro de similares calidades y características, a la víctima, con abono de los deterioros y menoscabos que establezca el juez.

Por su parte, en el art. 53, se habla de *indemnización* en referencia a la compensación pecuniaria y equitativa por los efectos del delito, que produjeron daño emergente, lucro cesante o ambos.

Por *rehabilitación* debe entenderse la atención y asistencia médica, psicológica, social, educativa, laboral y familiar, para que la víctima se reincorpore a su vida cotidiana y reconstruya su proyecto de vida, tal y como dispone el art. 54.

El art. 55 se refiere a los *pronunciamientos simbólicos* entendiendo por tales el reconocimiento social e institucional de la víctima, según el tipo de afectación, con el objeto de dignificarla.

Por último, el art. 56 establece la obligación de reparar a la víctima de conformidad a las disposiciones anteriores. Y, en caso de insolvencia comprobada en los delitos cometidos por empleados y funcionarios públicos o con graves violaciones a derechos humanos, así como en la impostergable, necesaria e inmediata reparación, el Estado será solidariamente responsable.

Como puede verse, se trata de conseguir una reparación integral a quien ha sido víctima de un delito. Pues bien, de esta regulación interesa destacar las referencias al *proyecto de vida*; no solo por la relativa novedad de este concepto, sino también por la importancia que se le confiere al mencionarse en tres sentidos distintos. De este modo, es el primer criterio que debe tomarse en consideración para señalar la reparación del daño. En segundo lugar, la rehabilitación de la víctima ha de ir dirigida, según dispone el ya citado art. 54, a la reconstrucción del proyecto de vida. Y, finalmente, dentro de las circunstancias modificativas, el art. 35 permite agravar la responsabilidad penal «cuando pueda probarse que por las condiciones personales de la víctima, el delito le

ha producido un mayor daño mental, emocional o físico, que incida en su proyecto de vida».

La importancia que se le confiere a tal proyecto obliga a hacer una referencia, necesariamente escueta en esta sede, a su significado, a su protección y a su eventual reparación; aspectos estos de los que paso a ocuparme.

III. EL PROYECTO DE VIDA DE LA VÍCTIMA COMO CRITERIO DE REPARACIÓN DEL DAÑO

La protección del proyecto de vida surge ante la necesidad de intentar conseguir una reparación integral a la víctima del delito.¹⁸⁸² Constituye, por tanto, un paso más en el abandono del enfoque puramente patrimonialista de la reparación del daño y a progresiva situación del ser humano como centro de la protección jurídica. Fernández Sessarego, el principal impulsor de esta nueva categoría, define el proyecto de vida como la expresión objetiva de la libertad en que ontológicamente consiste el ser humano.¹⁸⁸³ Es, para este autor, el destino que una persona otorga a su propia vida como ejercicio de su libertad de decisión.

Vendría a coincidir con lo que en la doctrina y en la jurisprudencia argentina se denomina «frustración del desarrollo pleno de vida» y, asimismo, sería un concepto parcialmente coincidente al discutido «daño existencial» acuñado por la doctrina y la jurisprudencia italiana.¹⁸⁸⁴ En definitiva, podría identificarse con el *derecho al libre desarrollo de la personalidad* al que se refiere el art. 10 de la Constitución española o el *desarrollo integral de la persona* que junto a la vida, la libertad, la

1882. Al respecto, puede verse FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., «Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño al proyecto de vida' y 'daño moral'» en *Foro Jurídico*, año 1, n.º 2, 2003; pp. 33 y ss. Disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecaautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF.

1883. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., *op. y loc. cit.*

1884. Al respecto puede verse, CENDON, P. y ZIVIC, P., *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilit  civile*. Ed. Giuffr . Milán, 2000; PONZANELLI, G., *Critica del danno esistenziale*. Ed. Cedam. Padua, 2003; ZIVIZ, P., *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*. Giuffr , Milán, 1999.

justicia, la seguridad y la paz deben ser garantizados por el Estado, en atención a lo dispuesto en el art. 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Pues bien, no cabe duda de que el proyecto de vida, así definido, puede ser dañado; es más, en opinión de Fernández Sessarego, se trata de la perturbación más grave que se puede causar a una persona por cuanto que impide la realización existencial libremente elegida¹⁸⁸⁵ y, por eso trasciende de una mera modificación psicológica pudiendo llegar, incluso, a comprometer el propio ser.¹⁸⁸⁶

La posibilidad de que pueda causarse un daño de tal entidad ha sido expresamente admitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera ocasión en la que se alude al Proyecto de vida es en el caso *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*. La víctima estuvo detenida ilegalmente durante cinco años, período en el que fue reiteradamente sometida a vejaciones y torturada. Se alude a dicho proyecto como «la realización integral de la persona afectada considerando su vocación, aptitudes, circunstancia, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas» (apartado 147) y se reconoce, además, que a la víctima se le impidió «la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico» (apartado 152). En consecuencia, como reconocen los magistrados Cañado Trindade y Abreu Burelli en el voto particular que formulan, «el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino» (apartado 15). Sin embargo, pese a ese explícito reconocimiento, la Corte no entra a valorar la posible reparación del daño al

1885. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., «El ‘daño a la persona’ en el Código Civil de 1984», en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Editorial Cultural Cuzco S. A., Lima, 1995, p. 202.

1886. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., «¿Existe un daño al proyecto de vida?», disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>, p. 4.

proyecto de vida por cuanto que «la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo» (apartado 153).

La primera vez que la Corte señala una indemnización por daño al proyecto de vida es con ocasión de la sentencia de 3 de diciembre de 2001, recaída en el caso Luis Alberto Cantoral Benavides vs. Perú. En esta ocasión el sujeto había sido encarcelado acusado de terrorismo y, posteriormente, fue absuelto. Durante la privación de libertad fue torturado, sometido a tratos inhumanos y degradantes y se le causaron intensos dolores corporales y graves sufrimientos emocionales. La Corte estableció un conjunto de compensaciones que van más allá del mero resarcimiento económico. Así, se ordena que se publique la parte resolutive de la Sentencia que condena a Perú, que se le conceda al Sr. Cantoral una beca de estudios superiores, que se cubran los gastos de manutención mientras se cursan esos estudios y, finalmente, que el Estado peruano realice un acto de desagravio público reconociendo su responsabilidad y garantizado que este tipo de hechos no se vuelva a repetir.

Más recientemente, en el caso Gutiérrez Soler vs. Colombia, sentencia de 12 de septiembre de 2005, el Tribunal reconoce el daño al proyecto de vida, pero considera que no es posible cuantificarlos en términos económicos. Los hechos, en este caso, consisten en que un coronel de la Policía detuvo a Gutiérrez Soler y fue sometido a tortura y tratos inhumanos y degradantes con el fin de que confesara su participación en un delito. La Corte, aunque admite que «ninguna forma de reparación podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privado»; dispone que la sentencia condenatoria ya es una forma de reparación y, entre otras medidas, obliga a investigar los hechos denunciados, a publicar la sentencia y a implementar un programa de análisis de la jurisprudencia el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en los cursos de formación para los servidores públicos de la jurisdicción penal militar y de la fuerza pública.

A la vista de estos pronunciamientos y otros en los que se hace alusión al proyecto de vida,¹⁸⁸⁷ puede concluirse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce —aunque tampoco han faltado opiniones críticas¹⁸⁸⁸— el daño al proyecto de vida vinculado a la idea de realización personal integral. Como afirma Galdámez Zelada, la Corte ha reconocido que se trata de una categoría autónoma, determinada por la responsabilidad del Estado y que se produce cuando una violación a los derechos humanos altera las posibilidades de desarrollo de una persona, no en cuanto a lo que dejó de percibir como consecuencia de la violación, sino respecto a lo que ella pudo llegar a ser.¹⁸⁸⁹ Ahora bien, el problema surge respecto de su posible reparación; ya que, como hemos visto, en ocasiones, omite pronunciarse sobre tal cuestión; en otras señala una compensación e, incluso, ha llegado a considerar que su indemnización debe hacerse integrada en el más amplio concepto de daño moral.¹⁸⁹⁰

Por lo general, estos fallos han sido bien acogidos por parte de la doctrina ya que, a decir de algunos autores, vienen a consolidar el sistema de protección de los derechos humanos. En ese sentido, Rousset Siri

1887. Baste citar a título de ejemplo, *Myrna Mack Chang contra Guatemala* de 25 de noviembre de 2003, *Ticona Estrada contra Bolivia*, de 27 de noviembre de 2008, o *Gelman contra Uruguay*, de 24 de febrero de 2010. Al respecto, puede verse, FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., «El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid, Civitas, 2003; M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

1888. En efecto, el juez Oliver Jackman, en el voto particular emitido en el caso Gutiérrez Soler contra Colombia no comparte la creación de una nueva categoría de daño distinta al daño moral o inmaterial. Afirma que la consideración del daño al proyecto de vida es «artificial y una creación que no responde a una necesidad jurídica identificable» (párrafo 4).

1889. GALDÁMEZ ZELADA, L., «Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de derechos humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones», *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 34, n.º 3, 2007, p. 454.

1890. Así sucede en el caso *Niños de la Calle contra Guatemala*, sentencia de 26 de mayo de 2001.

afirma que esta protección no consiste en declarar la responsabilidad internacional de un Estado, sino en tratar de conseguir la plena reparación de quienes fueron víctimas.¹⁸⁹¹ Pero, también ha habido quien ha puesto de manifiesto los inconvenientes de la adopción de un concepto tan indeterminado. En este sentido, León Hilario lo califica de «espejismo jurídico» y lo califica de incierto, cambiante e invaluable.¹⁸⁹²

Desde luego, no está en mi ánimo mediar en esta polémica. Ni tan siquiera voy a cuestionar la autonomía del daño al proyecto de vida respecto de la más clásica categoría de daño moral.¹⁸⁹³ Se entenderá que, como todas las instituciones novedosas, no puede sustraerse a cierta y, por otra parte, lógica controversia. Con esta alusión al proyecto de vida y su posible protección jurídica lo único que he pretendido es poner de manifiesto que el Anteproyecto de Código Penal guatemalteco de 2011 es el primer texto de estas características que se refiere expresamente a este interés.¹⁸⁹⁴ Mucho me temo que a esta inclusión no haya sido ajena la honda preocupación del Dr. Barrientos por las víctimas del delito. Ni que decir tiene que mal homenaje le haría si me atreviese a cuestionar el acierto y la conveniencia de la introducción de tal medida; creo, sin

1891. ROUSSET SIRI, A. J., «El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 1, 2011, p. 61. Disponible en <http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf>.

1892. LEÓN HILARIO, L., «Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros automatismos de la magistratura peruana»; disponible en <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Leon.pdf>.

1893. Varios son los criterios que, según FERNÁNDEZ SESSAREGO, sirven para diferenciar ambos conceptos. En primer lugar, el daño moral afecta a la psique y a los sentimientos, pero no a la parte existencial, ni a la libertad. En segundo lugar, el daño moral no tiene porqué tener una prolongación temporal tan extensa como el daño al proyecto de vida que puede comprometer el futuro de la personas porque la víctima ha perdido en gran medida, su propia identidad. Por último, el daño al proyecto de vida es objetivo porque se relaciona con la trayectoria existencial de la víctima, mientras que el daño moral es un daño subjetivo en cuanto *precium doloris*. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., «Deslinde conceptual...», *op. cit.*, p. 72.

1894. Es cierto que el daño al proyecto de vida se considera incluido en el daño a la persona al que se refiere el artículo 1984 del Código Civil peruano y también se aludía a él en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998, pero nunca antes se había plasmado en un texto de naturaleza penal.

embargo, que sí se sentiría honrado si se contribuye a fomentar un debate que, como consecuencia de la discusión jurídica, permita avanzar en el largo camino que aún queda por recorrer hasta llegar a la reparación integral de quienes han sido víctimas de un delito.

Nada más. Muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO RIMO, A., *Manual de victimología*. V.V. A.A. (coord. BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. y TAMARIT SUMALLA, J. M.), Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- CENDON, P. y ZIVIC, P., *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Giuffré, Milán, 2000.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., «El ‘daño a la persona’ en el Código Civil de 1984», en Libro Homenaje a José León Barandiarán, Editorial Cultural Cuzco S. A., Lima, 1995.
- «Deslinde conceptual entre ‘daño a la persona’, ‘daño al proyecto de vida’ y ‘daño moral’» en Foro Jurídico, año 1, n.º 2, 2003; disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF.
 - «El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid, Civitas, 2003.
 - «¿Existe un daño al proyecto de vida?», disponible en <http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>.
- GALDÁMEZ ZELADA, L., «Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de derechos humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.º 3, 2007.
- LEÓN HILARIO, L., «Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros automatismos de la magistratura peruana»; disponible en <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2008/Leon.pdf>.

- M'CAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008.
- PONZANELLI, G., *Critica del danno esistenziale*, Cedam, Padua, 2003.
- ROUSSET SIRI, A. J., «El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n.º 1, 2011, p. 61. Disponible en <http://www.cladh.org/wp-content/uploads/2012/07/a1-n1-2011-art03.pdf>.
- VON HENTIG, H., *The Criminal and his Victim*, Yale University Press, New Haven, 1948.
- ZIVIZ, P., *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Giufre. Milán, 1999.

GRACIAS, CÉSAR

ÍNDICE

IMPLEMENTACIÓN DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL PARA HACER MÁS EFICAZ Y GARANTISTA LA JUSTICIA PENAL¹⁸⁹⁵

DR. CÉSAR RICARDO CRISÓSTOMO BARRIENTOS PELLECCER¹⁸⁹⁶

Presidente de la Cámara Penal

Corte Suprema de Justicia de Guatemala

Inmediatamente a la vigencia del Decreto legislativo n.º 18-2010, en medio de grandes limitaciones económicas, logísticas, de espacio, pero además bajo la presión de que entró en vigencia un día después de su publicación en el Diario Oficial (es decir, sin posibilidades de un proceso de preparación de condiciones, capacitación e implementación)¹⁸⁹⁷

1895. NOTA DEL COORDINADOR: Este es el último artículo escrito por el Dr. César Barrientos. Me lo entregó en mano en Ciudad de Guatemala tres semanas antes de fallecer. Me pidió que lo revisara para publicarlo, con mis observaciones, en su país. Por las razones conocidas no ha podido ser, pero deseo que se publique porque, aunque inacabado y no corregido, demuestra que trabajó hasta el último minuto de su vida en pro de un mundo mejor a través de la justicia penal.

1896. Doctor en Derecho por la Universitat Jaume I de Castellón, magistrado vocal II y presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia.

1897. Decreto n.º 18-2010 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 26. Vigencia. El presente decreto fue declarado de urgencia nacional con el voto favorable de más de las dos terceras partes del número total de diputados que integran el Congreso de la República, aprobado en un solo debate y entrara en vigencia el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

el proceso de modernización oral de la justicia penal cobró renovados impulsos.

Aunque la Corte Suprema de Justicia de Guatemala desde el 2004 había venido trabajando la gestión oral del despacho judicial con el protagonismo de jueces y la comunidad internacional, el reto y las exigencias de las reformas de la administración del despacho judicial y la gestión oral por audiencias tienen tanta importancia que debieron impulsarse desde el inicio de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal de Guatemala, en 1994. Su tardanza explica en gran parte las dificultades y la inestabilidad del nuevo sistema procesal.

La Cámara Penal que presidió (2009-2013) definió y publicó decisiones de política judicial clasificadas en ejes programáticos de trabajo en los que destacan actividades de fortalecimiento orgánico, administrativo y funcional de la justicia oral; la generación de estadísticas judiciales confiables para medir el cumplimiento de los objetivos previstos mediante herramientas tecnológicas; capacitación y especialización de jueces; facilitación del acceso a la justicia, con especial atención de creación de condiciones de igualdad procesal a las víctimas.

Para facilitar la reforma en la gestión del despacho judicial delineada en el Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales Penales¹⁸⁹⁸ y desarrollada en el Decreto 18-2010 del Congreso de la República, se crearon mesas de trabajo interinstitucionales (con la participación de jueces, fiscales, defensores públicos y técnicos en administración de despachos de planificación e informática), de las cuales derivaron en protocolos, acuerdos y reglamentos para reorganizar los juzgados de turno, crear los juzgados liquidadores para enfrentar el rezago judicial, juzgados pluripersonales de primera instancia y de ejecución.

Se dictó el Acuerdo n.º 20-2011, Reglamento del Sistema de Gestión de Tribunales, para decretar el uso obligatorio del sistema informático y poder establecer datos objetivos de laboriosidad y eficiencia de los juzgados penales; el Acuerdo n.º 8-2012, para implementar el Servicio Nacional de Facilitadores Judiciales en la República de Guatemala; y el Acuerdo n.º 46-2012, para la reestructuración de los

1898. Acuerdo n.º 24-2005 de la Corte Suprema de Justicia.

Centros Administrativos de Gestión Penal de la República de Guatemala, entre otros.

Por otra parte, conscientes de la importancia de la libertad personal y la prohibición de la detención arbitraria, así como de los requisitos y controles de toda privación de libertad (legalidad material y procesal, legitimidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la privación de libertad), y para dar cumplimiento al art. 73 del Código Procesal Penal, se creó el Registro Central de Detenidos, mediante el Acuerdo n.º 5-2012, con el objeto brindar información a cualquier persona natural o jurídica que lo requiera sobre las personas que se encuentren detenidas, lo que puede hacerse por vía directa en oficinas del Organismo Judicial, por teléfono o mediante consulta electrónica o cualquier otra tecnología disponible.

También en cumplimiento al art. 216 del mismo cuerpo legal, mediante Acuerdo n.º 13-2012, se reglamenta el derecho que tiene el testigo, cuando no reside o no se halla en el lugar donde debe prestar declaración, o en sus proximidades, a obtener los gastos de viáticos por comparecer a prestar testimonio, a través de establecer las normas que estiman y determinan el procedimiento para la indemnización de gastos de viáticos a testigos en el ámbito penal.

Asimismo, de conformidad con el art. 288 del Código Procesal Penal, por medio del Acuerdo n.º 4-2013, se reglamenta el control que deben efectuar los jueces de ejecución sobre la observancia de las imposiciones e instrucciones dictadas por los jueces de primera instancia al emitirse resoluciones judiciales de suspensión condicional de la persecución penal, para garantizar su debido cumplimiento y el fin de prevención especial que persigue dicha institución procesal.

Se aprobó el Acuerdo Marco Interinstitucional para la Implementación efectiva de las Reformas al Código Procesal Penal, suscrito entre la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ministerio Público e Instituto de la Defensa Pública Penal y el Acuerdo Marco entre la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ministerio Público, Instituto de la Defensa Pública Penal y el Ministerio de Gobernación para la Implementación de las Video Declaraciones, entre otros.

Expresa la reestructuración y preocupación por la eficiencia de la justicia, la Cámara Penal preparó y presentó el proyecto de ley, que hoy constituye el Decreto legislativo n.º 7-2011, en cuya Exposición de Motivos se afirma:

El Código Procesal Penal, decreto legislativo 51-92, sentó las bases de un enjuiciamiento acusatorio [...]. Pero como costo pionero dicho Código ha debido atravesar, desde su vigencia en 1994, a la fecha una serie de modificaciones normativas, algunas de ellas de involución y otras como el reciente decreto legislativo 18-2010, de gran alcance y significación, al consolidar la oralidad y los principios que le son propios (inmediación, concentración, contradicción y oralidad) como forma predominante de las actuaciones procesales.¹⁸⁹⁹

Advierte asimismo la Exposición de Motivos que «después de dieciséis años, estamos en la etapa final de readecuaciones procedimentales. La iniciativa de ley, y posteriormente Decreto del Congreso de la República 7-2011, debería cerrar los cambios legislativos debido a que se ha alcanzado por fin la cultura, los procedimientos y la administración propios del sistema oral».¹⁹⁰⁰

Esta declaración de cierre de reformas legislativas propuestas por el Poder Judicial para alcanzar la normativa idónea y propia del sistema acusatorio connota, en efecto, el establecimiento de un juzgamiento eficiente y en tiempo, con procedimientos expeditos, transparentes, adversariales y públicos. Sin embargo, cabe considerar cuatro situaciones:

1. Los riesgos de que las nuevas formas procesales, como por ejemplo, entre otros, la declaración por medios audiovisuales de comunicación (art. 218 bis del CPP) y el anticipo de prueba (art. 317 del CPP) puedan lesionar garantías judiciales (art. 8

1899. Exposición de motivos de la Iniciativa de Ley elaborada por la Corte Suprema de Justicia, remitida al Congreso de la República el 13 de septiembre de 2010 que forma parte del expediente núm. 4273 de la Dirección Legislativa, Control de Inicativas.

1900. *Ibid.*

de la Convención Americana de Derechos Humanos) como el derecho de defensa, el derecho a conocer en forma previa y detallada los términos de la acusación, y el derecho de la defensa a interrogar a los testigos y peritos. Los jueces como garantes de la Constitución y de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos deben estar muy atentos y asegurar su cumplimiento, así como evitar su desmesura y abuso.

2. Peligro de la involución del proceso penal garantista por la inclinación en el medio a los excesivos formalismos, que puede ocasionar el retorno a la escritura.
3. La deficiente regulación procesal del sistema de impugnaciones, afectada por el vacío provocado por la falta del recurso de apelación genérica, que impide revisar los hechos del juicio y, por lo mismo, la falta de cumplimiento dentro del sistema de justicia de Guatemala de lo ordenado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece como garantía procesal fundamental dicho medio de impugnación.¹⁹⁰¹ Lo cual debe matizarse por la inmediación que obliga a que el tribunal de sentencia conozca en única instancia en el sistema acusatorio. La utilización del amparo judicial como tercera instancia y táctica dilatoria del proceso penal.
4. Que el sistema acusatorio se desarrolla mediante audiencias ceñidas a los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración, prácticas que se perfeccionan y avanzan rápidamente por su adecuación, a la tecnología y al constante aprovechamiento de la experiencia y la ciencia, lo que es difícil de aceptar en el medio jurídico nacional, caracterizado por la sujeción a normas escritas que evolucionan con mayor lentitud.

1901. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) Artículo 8... 2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

5. El sistema acusatorio latinoamericano y el nacional, concretamente, constituyen una mezcla de los sistemas anglosajón y continental, y por lo mismo han seguido un camino genéricamente particular, lo que tiene ventajas cuando acogen lo mejor de cada uno, pero que provocan serias desventajas, como en el caso de los procedimientos relativos a excusas y recusaciones de jueces y magistrados, en las que colisionan normas de derecho escrito con las principios de la oralidad, verbigracia, artículos 66 y 150 bis del Código Procesal Penal y 122, 123, 135 y 136 de la ley del Organismo Judicial de Guatemala.

La Cámara Penal elaboró un proyecto de ley complementario del Decreto del Congreso 18-2010, actualmente el Decreto 7-2011 del Congreso de la República el cual fue sometido por la Comisión de Asuntos Legislativos del Congreso de la República, presidida por la diputada Nineth Montenegro, a rigurosa consulta de los operadores del sector y de la sociedad civil, representada por los grupos interesados en el fortalecimiento del sistema de justicia.

Dicha Comisión trabajó con seriedad técnica y visión de justicia. Con el dictamen favorable, fue aprobada por el pleno y transformada en el Decreto en referencia, el 28 de abril del año 2011.

Los ejes de los Decretos números 18-2010 y 7-2011 del Congreso de la República

El art. 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece como principal obligación del Estado asegurar a sus habitantes, la vida, la libertad, la seguridad, la justicia y condiciones para el desarrollo integral de las personas.

La justicia, como valor ético y social, principio jurídico, derecho fundamental, razón y causa de la convivencia social en armonía, en lo que se refiere al Poder Judicial se convierte en la obligación de otorgar tutela judicial efectiva de derechos e intereses públicos y privados penalmente protegidos, y solucionar conflictos mediante el ejercicio de la

jurisdicción. El proceso penal puede definirse como un método lógico para asegurar en la mayor medida posible la solución justa y oportuna de un conflicto penal.

Es decir, que para fines de la función jurisdiccional se debe entender la justicia formalmente como «garantía de sometimiento a un procedimiento judicial imparcial»¹⁹⁰² y materialmente como sujeción a las decisiones dictadas fundadas en normas sustantivas como resultado de un proceso judicial; por lo mismo, su concreción es tarea fundamental que corresponde a cada juez y magistrado, para aplicar la ley con respeto a la dignidad humana y del principio de igualdad para todas las personas.

La Corte Suprema de Justicia, como órgano rector del Poder Judicial, además de las funciones jurisdiccionales, debe crear y promover condiciones para que los jueces puedan cumplir la misión asignada en la división de poderes que caracterizan el Estado republicano.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia o las Cámaras que la integran por razón de competencia, deben, además de ejercer jurisdicción, impulsar planes, programas y decisiones de política judicial, entre otras medidas, para facilitar:

1. el acceso a la justicia;
2. la resolución oportuna de conflictos planteados en plazos razonables;
3. el cumplimiento de las reglas del debido proceso;
4. la promoción de procedimientos expeditos y transparentes;
5. la distribución eficiente de la competencia de los juzgados y tribunales;
6. el ejercicio imparcial e independiente de la judicatura;
7. condiciones para la dirección del proceso judicial por parte de los jueces penales, el seguimiento y registro de casos;
8. la gestión oral del despacho judicial, propio del sistema acusatorio;
9. la capacitación continua de jueces;

1902. Pérez Luño, Antonio Enrique. *Teoría del Derecho*., Tecnos, 10.^a ed., Madrid, España, 2011, p. 221.

10. la creación de condiciones adecuadas de trabajo para quienes laboran en el servicio judicial;
11. la implementación y aplicación de las leyes, acuerdos, reglamentos y demás disposiciones legales relativas a la función jurisdiccional, y
12. la formulación de proyecto de ley en materia de su función y competencia.

Los decretos del Congreso de la República en estudio se dirigen a promover la creación de condiciones para mejorar el acceso a la justicia penal, mediante el fortalecimiento institucional, la consolidación del sistema adversaria oral y la mejor utilización de los recursos humanos, físicos y económicos del poder judicial, entre otros, con el objetivo de agilizar los plazos procesales y evitar la mora judicial.

Para el mejor conocimiento y comprensión de la reforma legislativa de referencia puede afirmarse que tiene seis ejes transversales, los que citamos a continuación:

1. mejorar el acceso a la justicia penal y consolidar el sistema acusatorio;
2. crear el procedimiento para delitos menos graves y asignar la competencia a los juzgados de paz con la finalidad de fortalecer la presencia de la justicia en todo el territorio nacional;
3. fortalecer al Ministerio Público e impulsar las soluciones alternas al proceso penal;
4. mejorar la tutela judicial efectiva mediante la competencia de delitos graves a jueces de sentencia unipersonales, medida que tiende a una mejor racionalización de la estructuración de los juzgados y tribunales de sentencia;
5. propiciar condiciones para el cumplimiento de los plazos procesales, mayor eficacia, transparencia y fiscalización en la actuación de la justicia penal, y
6. optimización de la división del trabajo judicial.

Previo a desarrollar los ejes relacionados, es importante destacar que ha surgido una nueva clasificación de delitos en Guatemala con motivo de la ley comentada y del Decreto del Congreso de la República núm. 21-2009, Ley de competencia penal en procesos de mayor riesgo, siendo esta:

1. Delitos más graves o de mayor riesgo. Establecidos en el art. 3 de la Ley de competencia penal de procesos de mayor riesgo, de los cuales conocen los juzgados de primera instancia y tribunales de sentencia de mayor riesgo, cuando lo requiere el fiscal general de la República y jefe del Ministerio Público, art. 4, y así lo decreta la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia. Cuando no se solicita el traslado de los procesos por estos delitos, conocen los tribunales de sentencia, art. 48 del Código Procesal Penal.
2. Delitos graves, que son aquellos, que tienen una pena de hasta quince años de prisión, cuya competencia corresponde a los jueces de sentencia que conocen unipersonalmente, art. 48 del Código Procesal Penal.
3. Delitos públicos dependientes de instancia particular, de los que conocen, si tienen pena mayor de cinco años los jueces de sentencia y si la pena es menor de cinco los jueces de paz, excepto los delitos contemplados en la Ley contra la Narcoactividad, arts. 44 b) y 48 del Código Procesal Penal.
4. Delitos menos graves, sancionados con una pena de prisión de hasta cinco años, de los cuales conocen los jueces de paz, quienes juzgaran, además, las faltas, art. 44 del Código Procesal Penal.

Debido a la falta de fiscales y defensores públicos se determinó que el conocimiento del proceso por estos delitos fuera iniciado gradualmente, según los recursos del Estado, por lo que según el Acuerdo Interinstitucional para la Determinación Gradual de la Circunscripción Territorial de Aplicación de los Procedimientos para Delitos Menos Graves por los Juzgados de Paz de Conformidad con las Reformas al Código Procesal Penal

contenidas en el Decreto n.º 7-2011 del Congreso de la República Penal, que fue celebrado el trece de Julio del año dos mil trece entre el Organismo Judicial, el Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal, se inició la primera fase en el Juzgado de Paz Penal de Faltas de Turno y dos Juzgados de Paz Penal de Guatemala, asimismo la segunda fase de implementación se establece para la circunscripción territorial del municipio de Villa Nueva, y las circunscripciones territoriales de los departamentos de Sacatepéquez y Escuintla.

Además de establecer las circunscripciones territoriales en donde se empezará con la implementación, dicho acuerdo establece una serie de compromisos de las tres instituciones estatales (Organismo Judicial, Ministerio Público e Instituto de la Defensa Pública Penal), con el objeto que se cumpla respectivamente, con designar a los jueces de paz competentes para conocer del procedimiento para los delitos menos graves, organizar a las fiscalías y a las oficinas del Instituto de la Defensa Pública Penal de las circunscripciones territoriales seleccionadas para que desarrollen sus funciones dentro de los procedimientos menos graves, asimismo, facilitar el personal necesario y girar las instrucciones institucionales que permitan el funcionamiento operativo, el monitoreo y gestión de los casos.

Por otra parte, las instituciones firmantes, en coordinación con la Instancia Coordinadora para la Modernización del Sector Justicia, elaboraran un plan que establezca un mecanismo regional de implementación, su respectivo cronograma, así como los costos que representa para cada institución dicha obligación y definirán por medio de Acuerdos las circunscripciones territoriales donde continuará el proceso de aplicación progresiva del procedimiento para delitos menos graves; para el efecto acuerdan diseñar e implementar una estrategia conjunta, o separada, encaminada a la búsqueda de los recursos financieros necesarios.

Por último, acuerdan establecer una Comisión de seguimiento e implementación del procedimiento para delitos menos graves, la cual estará coordinada por la secretaria ejecutiva de la Instancia Coordinadora para la Modernización del Sector Justicia y se conformará por dos funcionarios de alto nivel de cada una de las instituciones firmantes,

un titular y un suplente, asimismo se conviene invitar al Ministerio de Gobernación para conformar dicha comisión, quien para el efecto, deberá designar al respectivo representante titular y suplente.

Desarrollo de los ejes transversales

Se introdujo en nuestro medio la experiencia de varios años alcanzada por diferentes países latinoamericanos en el proceso de elaboración e implementación de nuevos códigos procesales penales.

Nacieron también estos decretos del estudio del derecho comparado, del análisis de los resultados obtenidos por la normativa nacional vigente, de la comparación de los principios y objetivos de la reforma procesal y la práctica tribunalicia.

Surgieron como una propuesta desde la judicatura a la legislatura con el fin de buscar la realización de grandes fines de la reforma procesal penal que inició en Guatemala en 1992, mejorar las condiciones trabajo judicial, mayor aprovechamiento de recursos humanos y económicos.

Puede decirse que introducen al país en un nuevo y avanzado estadio de desarrollo procesal, pues consolidan el sistema acusatorio no solo al escoger normas apropiadas para los principios de oralidad, también porque organizan la oficina judicial adversarial, para dar fluidez a la justicia penal, según lo demuestran datos estadísticos que revelan el establecimiento de condiciones para cumplir con eficiencia y en plazos razonables los casos planteados ante los juzgados y tribunales penales.

Se puede decir que se han alcanzado condiciones para la eficacia del proceso penal oral guatemalteco, salvo, como se dijo, dentro de la fase de impugnaciones, caracterizada por excesivos recursos y el abuso del amparo constitucional, situación relacionada con la desconfianza en los jueces causada por falta de una verdadera carrera judicial, que otorgue la garantía de estabilidad judicial para el desarrollo de la judicatura independiente.

Todo ello, sin descartar la posibilidad de un nuevo Código Procesal Penal que simplificara los logros alcanzados, que aclarara las natura-

les contradicciones generadas por tantas modificaciones (catorce en ese momento).

Desde luego, y eso lo sabemos ahora, frente a la larga estabilidad normativa de los procedimientos dirigidos para regular procedimientos escritos, la oralidad provoca, como hemos dicho, que el derecho viva, se modifique, transforme y adecue a las buenas practicas y a los avances de la ciencia y la técnica, cuya dinámica es imposible dejar de considerar.

Ahora sabemos el por qué no existen códigos procesales en el sistema anglosajón, regido por la jurisprudencia y por principios flexibles que no se aplican de manera general, sino que concursan y se ponderan en cada caso concreto, según los hechos y circunstancias del juicio. Según la jurisprudencia norteamericana «Los principios legales inflexibles no están bien adaptados a tanta diversidad. Un simple principio no cubre todas las situaciones».¹⁹⁰³

El sistema judicial de Guatemala enfrentaba lo que Aristóteles califica como círculo vicioso: «La justicia necesita recursos para funcionar con eficiencia; pero para que otorguen los recursos se exige demostrar eficiencia judicial».¹⁹⁰⁴

¿Cómo romper el círculo? Corresponde a los jueces la responsabilidad de dignificar con su trabajo la justicia y abrir espacios de reconocimiento social con su esfuerzo, a lo que debe responderse con la creación y el cumplimiento obligado del Estado de otorgar recursos y condiciones para que se respete, proteja y garantice el acceso a la justicia y la estabilidad laboral en el ejercicio de la judicatura.

Con las innovaciones legislativas comentadas (los Decretos del Congreso 18-2010 y 72011) volvemos a estar en la primera línea de los cambios procesales en América Latina. Contamos con un proceso penal ceñido rigurosamente a los derechos y garantías de los procesados, capaz de dar cumplimiento al compromiso del Estado de una justicia

1903. *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213,103 S. CT. 2317, 74 Ed. 2d 525 (1983).

1904. Barrientos Pellecer, César Ricardo, *Los poderes judiciales, talón de Aquiles de la democracia*, Guatemala, 1996, Magna Terra Editores, 116 páginas.

pronta y oportuna, en el que las víctimas puedan ser escuchadas, ofrecer pruebas, impugnar, ser consideradas sujetos procesales, en fin, tomar el proceso penal en el estado en que se encuentre para hacer llegar al juicio sus temores, preocupaciones e intereses.

Con la transparencia de las actuaciones judiciales propias de la oralidad y sus principios, la sociedad está en la posibilidad de conocer la valía, el sentido, la prudencia y la capacidad de los jueces. Y más, la de ser el juez de los jueces.

El Decreto n.º 18-2010 del Congreso de la República ha consolidado el sistema de audiencias orales, simplificado los procedimientos, impulsado la inmediatez y la contradicción, profundizado la separación de las funciones de acusar y juzgar, facilitado la aplicación del principio de oportunidad y el ejercicio de la acción penal.

También en este campo, el Decreto n.º 7-2011 del Congreso de la República, ha venido a llenar necesidades y vacíos que la práctica de audiencias orales había evidenciado. En conclusión, se ha mejorado la eficiencia y racionalización de proceso penal.

A continuación pasamos a desarrollar los ejes transversales de las reformas al Código Procesal Penal, contenidas en los Decretos del Congreso de la República 18-2010 y 7-2011.

Primer Eje. Ampliación del acceso a la justicia y consolidación del sistema acusatorio

Los nuevos códigos procesales penales latinoamericanos de finales del siglo xx, el de Guatemala a la cabeza, dirigieron esfuerzos al aseguramiento de las garantías y derechos del imputado, lo anterior, debido a la inobservancia, cuando no violación, de las reglas del debido proceso en la persecución y sanción penal en los procedimientos penales durante los gobiernos autoritarios o democracias formales que, salvo excepciones, caracterizaron en el pasado inmediato el Estado latinoamericano.

La democracia que se instalaba en las últimas décadas del siglo pasado encontró, además de procesamientos de espaldas a los principios

constitucionales, dificultades para el acceso a la justicia, lo que implicaba, además, debilidad para resolver conflictos y alcanzar la tutela judicial efectiva. Procedimientos lentos, mora judicial, excesivo formalismo, falta de intermediación judicial, falta de motivación de las decisiones judiciales, ausencia de condiciones para la independencia judicial, caracterizaban la justicia penal.

Como se ha dicho, los nuevos códigos procesales penales se preocuparon en primer lugar por evitar la manipulación de la persecución penal vía violación de garantías procesales de los imputados. Había que introducir las reglas creadas por la civilización en los tratados y acuerdos internacionales, en evolución desde finales de la Segunda Guerra Mundial, reglas contenidas como meras declaraciones en nuestras constituciones para garantizar los derechos humanos.

En el pasado inmediato, la más de las veces, las normas fundamentales solo fueron simples aspiraciones. Su respeto en el proceso judicial penal es uno de los grandes logros de nuestras democracias, aunque la experiencia demuestra que la legalidad está en juego cada día y que los riesgos de arbitrariedad y actuación al margen de la ley siempre existen.

Acceso a la justicia de las víctimas como parte del proceso penal

Por regla, la propuesta original de regulación referente a la participación de las víctimas en los procesos penales centroamericanos derivados del Modelo Procesal Penal para Iberoamérica, limita o restringe la participación de las víctimas en el proceso penal, situación que provocó la continuación de la marginación de los afectados directamente por el delito en la realización de la justicia penal.

En otras palabras se mantuvo la presencia limitada de víctimas en el proceso penal y, más, fue disminuida, por la derogación de la acción popular que obligaba a los jueces a recibir denuncias y «proceder a abrir la instrucción», con lo cual prácticamente continuó en los nuevos códigos procesales como «un nadie», como lo calificara el Lcdo. Carlos Francisco Sodi, tal se ve en los comentarios al *Código*

*de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de México en 1946.*¹⁹⁰⁵

El riesgo de la participación de las víctimas y querellantes en el proceso penal es que puedan introducir sentimientos de venganza, castigo y otros sentimientos negativos que afectan el sentido del Derecho penal, que en relación a los procesados es la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y la posible participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia y la ejecución de la misma (art. 5 del Código Procesal Penal) y respecto a las penas privativas de libertad el fin esencial es la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5.6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos).

En el primer supuesto pueden afectar la autonomía y objetividad del Ministerio Público y, en el segundo, desvirtuar el sentido ético-político de los límites de la pena penal y los criterios de su determinación legal. Como bien se desprende de las afirmaciones de Ferrajoli en su conocida obra *Derecho y Razón*, al referirse a la pena: «Cuándo y cómo castigar, las pretensiones de víctimas y querellantes es fácil, sin tener obligación de lo contrario, fundarse en sentimientos y conceptos sustancialistas de que «la pena debe igualar al delito y constituir por tanto un mal de la misma naturaleza de intensidad».¹⁹⁰⁶ Lo que puede volver al derecho, asegura el iusfilósofo a concepciones retributivas de la pena y a la misma ley del talión.

Estos peligros habían provocado históricamente el papel limitado de las víctimas y querellantes en el proceso penal, medida extrema que corrige nuestra legislación, pero que igual puede causar grave afectación si el Ministerio Público debilita o abandona el sentido de la acción penal otorgada constitucionalmente. Igual, puede causar graves violaciones a los principios, objetivos y fines del Derecho penal de las democracias republicanas, basadas en el respeto de los derechos humanos, si los jueces dejan de verificar, comprobar y hacer efectivos los presu-

1905. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Derecho Procesal penal mexicano*, Porrúa, México, 1985.

1906. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, S. A., España, 1995, p. 388.

puestos y fines esenciales de las penas «empíricamente verificables y refutables».¹⁹⁰⁷

Al analizar esta situación encontramos que todas las constituciones centroamericanas consagran como principio, deber y razón del Estado de derecho a la justicia; pero solo la de Nicaragua, establece como derecho individual, en el art. 34, junto a los derechos de todo procesado, último párrafo, que: «el ofendido será tenido como parte en los juicios desde el inicio de los mismos y en todas sus instancias».

Por lo que en ese país la regulación de la situación procesal de las víctimas fue la excepción citada al asegurar al ciudadano, tanto en su condición de acusado como en su condición de víctima, la plenitud de sus derechos fundamentales.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica plantea en la Exposición de Motivos que salvo delitos de acción privada, las víctimas deben adecuar su función a «colaborar en la persecución penal pública, con el órgano estatal específico», es decir como querellante adhesivo, cuya acción y desarrollo depende de la que ejerza el encargado de la acción penal pública.

Como un punto de novedosa apertura, el Modelo permite que las asociaciones que defienden intereses sociales o particulares puedan constituirse como querellante colaborador en los delitos difusos, que son aquellos que afectan a numerosas personas y que por lo mismo es difícil individualizarlas, alternativa que es concebida como *actio civis et populo*.

Con mayor o menor rigurosidad los códigos centroamericanos siguieron los lineamientos que condicionan la participación de las víctimas y que priorizan el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público.

En consecuencia, y hasta las modificaciones legislativas comentadas de nuestro Código Procesal Penal o por medio de recursos constitucionales, en los procesos penales centroamericanos, todo lo que podía hacer la víctima, aparte de reclamar responsabilidades civiles, era colaborar y coadyuvar con el fiscal, literalmente pegarse a la acusación oficial.

1907. *Ibid.*, p. 43.

Pero estaba sometido a severas condiciones y restricciones violatorias del principio de igualdad ante la ley.

Como ejemplo, antes de la reforma del art. 117 (Decreto n.º 7-2011 del Congreso de la República) de nuestro Código Procesal, la víctima estaba obligada a solicitar su conformación procesal como acusador adhesivo, según el art. 118, antes de que el Ministerio Público requiriera la apertura del juicio o el sobreseimiento, si lo pedía después de esa oportunidad, el juez debía rechazar, sin más trámite, su participación procesal, lo cual lo dejaba fuera del proceso penal.

Y lo más grave del calvario, tornado exactamente del art. 82 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, y que en el Código Procesal Penal de Guatemala fue el art. 119, ya derogado por el Decreto n.º 7-2011 del Congreso de la República, era establecer como supuestos de desistimiento y abandono de la acción adhesiva del agraviado o víctima el que:

1. no comparezca si fue citado a prestar declaración o a la realización de un medio de prueba para cuya práctica sea necesaria su presencia;
2. no exprese conclusiones sobre el procedimiento preparatorio, y
3. no ofrezca prueba para el debate, no concurra al mismo, se ausente de él o no concurra al pronunciamiento de la sentencia.

Y no satisfecha la regulación procesal dominante en Latinoamérica con las severas exigencias y consecuencias de la resolución que declara el abandono, no procedía contra esta recurso alguno, a lo que se agregaba el mandato al juez de establecer una multa que debería ser pagada por quien abandonara la querrela.

Como consecuencia se había producido en el nuevo proceso penal, como señala José María Tijerino, la «neutralización de la víctima y expropiación de la víctima del conflicto penal».

¿En qué se fundaba la decisión procesal, que incluso avalé como coautor del Código Procesal Penal de Guatemala? (Para equilibrar tal aseveración, puedo afirmar que también impulsé la reforma procesal sobre el papel de la víctima en el Decreto n.º 7-2011 y en el Código

Procesal Penal de Nicaragua). ¿Por qué tanta severidad y concentración de la acción penal exclusivamente en el órgano acusador del Estado? Y que, desde luego, impulsé en la iniciativa de ley que dio origen al decreto legislativo comentado.

La respuesta es compleja, inciden numerosas circunstancias, entre ellas la debilidad de las víctimas para impulsar el proceso penal, el peligro de transformar el proceso penal en un conflicto de intereses privados; el temor de que acuerdos y convenios secretos impidieran la satisfacción de los intereses sociales en juego, el desequilibrio dentro del proceso que podrían provocar víctimas muy poderosas, los sentimientos de odio, venganza y rencor que podían motivar la acción penal particular, el que llegara un momento en que se priorizaran sobre las pretensiones del Ministerio Público la satisfacción particular... Hay muchas respuestas, pero procesales, destacamos:

1. El Derecho de castigar o *ius puniendi* corresponde a la sociedad.
2. En el proceso penal están en juego derechos fundamentales cuya observancia, protección y garantía corresponde al Estado, tal es el caso de la intimidad, la dignidad, la libertad, la morada, la igualdad, etc. La petición de limitación de los mismos no puede quedar en manos de particulares.
3. El sistema acusatorio es adversarial, es decir, que el proceso se activa y desarrolla a petición de parte y la naturaleza pública de los bienes, derechos y valores penales tutelados no pueden quedar limitados a la voluntad de los particulares.
4. La acción penal es de orden público, uno de los objetivos principales de la participación de las víctimas en el proceso penal es el resarcimiento del daño particular provocado por el delito.
5. El fin del proceso penal es la averiguación de la existencia de un hecho y de las circunstancias en que pudo ser cometido, la acción penal debe ser objetiva, es decir basada en hechos fácticos, de imputación y culpabilidad verificables de manera ininterrumpida, no puede, por lo tanto, suspenderse ni cesar, salvo los presupuestos establecidos en ley.

Como contrapartida al cierre o disminución del acceso a la justicia de las víctimas, los Códigos Procesales Penales centroamericanos abrieron espacios nuevos de atención social, psicológica y médica a las víctimas, actividad que encargaron al Ministerio Público. Pero el hecho es que el Modelo y sus derivados siguieron un camino que en años posteriores ha abierto al Derecho internacional.

El Código Procesal Penal de Nicaragua, el último de los nuevos códigos centroamericanos adoptó el sendero correcto, y La Exposición de Motivos declara que:

Para evitar el monopolio de la acción penal, se permite a la víctima y a cualquier otra persona la posibilidad de ejercer la acción penal, con o sin la participación del órgano acusador del Estado. Conforme el principio constitucional, según el cual el ofendido será tenido como parte en los juicios desde su inicio y en todas sus instancias, se le permite, aun sin constituirse formalmente en acusador, formular solicitudes, participar activamente en las diligencias procesales, interponer recursos y acceder a un fácil mecanismo para el resarcimiento de los daños y perjuicios provenientes del delito.

Y se legisló en consecuencia, como se ve en el art. 109 en el que define como víctima u ofendido no solo a las personas directamente ofendidas por el delito, sino que se reguló, sin fianza de calumnia, pues para eso está el riguroso control de la etapa intermedia de calificación de la acusación, que: «Cualquier persona natural o jurídica podrá acusar ante los tribunales de justicia un delito de acción pública, incluyendo los delitos cometidos por funcionarios públicos».

Dieciocho años después de la promulgación del Código Procesal Penal de Guatemala, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia propuso y logró en lo que hoy constituye el Decreto del Congreso de la República 7-2011 la redirección del proceso penal guatemalteco en la relación a las víctimas y, por lo mismo, la constitucionalización y adecuación al Derecho Internacional.

El Decreto legislativo n.º 7-2011 consagra el nuevo principio procesal de atención a las víctimas, ubicando su consideración como parte de los fines del proceso penal. Precisamente el art. 1, que reforma el 5 del Código Procesal Penal, que hace referencia a los fines del proceso

penal, establece que la víctima o el agraviado, es como el imputado, sujeto procesal y por lo mismo tiene derecho a la tutela judicial efectiva, y que en aplicación de las reglas del debido proceso, se debe responder a las legítimas pretensiones de ambos. Recordemos que el debido proceso trata de evitar un juicio injusto.

La víctima, conforme a la reforma procesal comentada, tiene los siguientes derechos en el proceso penal guatemalteco:

1. Ejercer la acción penal en el proceso penal iniciado a requerimiento del Ministerio Público, quien es el titular de la acción penal pública y responsable de su objetividad y autonomía, por lo mismo, puede participar como querellante adhesivo, conjunto, subsidiario o simplemente como acusador autónomo en los delitos de acción pública, sin que ello afecte el monopolio acusatorio de la acción penal, que constitucionalmente, según el art. 251, pertenece al Ministerio Público. Pero el que toma las decisiones fundamentales que conducen al desarrollo del proceso penal es el órgano acusador del Estado.

Los jueces deben reconducir los naturales sentimientos negativos de las víctimas y querellantes, los conceptos, criterios subjetivos y juicios de valor y éticos que los mueven a los hechos y circunstancias, pruebas y normas jurídicas construidas por el Derecho penal contemporáneo.

El giro humanitario consiste en asegurar de modo efectivo la participación voluntaria de la víctima en el proceso penal, sin que ello afecte los fines, funciones y poderes de la persecución oficial de los delitos públicos.

Es bueno resaltar que esencialmente lo buscado en la reforma procesal fue que la víctima pudiera participar en el proceso penal en la reproducción intelectual del hecho como testigo, como acusador coadyuvante y como actor civil.

2. Ser querellante particular o exclusivo, en los delitos privados, de acción penal a instancia particular y en los delitos en que el Ministerio Público convierta la acción pública en privada en favor del agraviado.

3. Derecho a la reparación y a la solución del conflicto penal.
4. Derecho a las garantías del proceso penal y a la igualdad de partes.

La actuación de las víctimas en el proceso penal se abrió, en consecuencia, pero ¿cómo hacer para lograr, en los casos de los delitos menos graves, el inicio de un proceso penal sin mecanismos que hicieran obligada la actuación o respuesta del Ministerio Público? Y más aún, ¿cómo hacerlo sin un procedimiento específico, sin un órgano competente que lo instruya?

De todos es conocida, la dificultad para cumplir con los principios de oficialidad y de necesidad de la acción penal, que hacen obligatorio un proceso penal, debido a la debilidad institucional de cualquier país en el mundo para atender todos los conflictos sociales planteados al sector justicia, lo cual deriva en desatención de denuncias causadas por hechos delictivos, las que han aumentado en Guatemala por la cultura de violencia, la conflictividad social y el crecimiento demográfico, así como por la mejora del acceso a la justicia.

Se hacía necesario, para viabilizar el acceso a la justicia, además de fijar los derechos de las víctimas en el proceso penal, obligar la respuesta del órgano encargado de la acción penal a las denuncias de la comisión de hechos delictivos planteadas por particulares y había que efectivizar el principio de oportunidad, lo que implicaba establecer procedimientos sencillos para:

1. asegurar el ejercicio de la acción penal pública ante la denuncia de delitos graves, y
2. establecer formas para impulsar la solución alterna de conflictos penales y expeditar los casos planteados por la posible comisión de delitos menos graves, para lo cual había y, además, era necesario, un procedimiento específico ante los jueces de paz.

Y esa es una de las decisiones principales de política judicial del Decreto legislativo n.º 7-2011.

Los problemas del proceso penal continental son comunes y similares en los distintos países, tanto que las respuestas de solución adoptadas en uno pueden servir en los demás, sin que ello descarte la creatividad y la consideración de las circunstancias peculiares de cada realidad nacional.

Alemania fue el primer país que promulgó, en 1975, una reforma procesal penal que sirvió de fuente directa al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Pero, cuando Maier, De la Rúa, Pelligrini y Bernal Cuéllar habían concluido su propuesta latinoamericana y, por lo tanto, no podían contar con la experiencia de la Ordenanza Procesal Penal Alemana [*Strafprozeßordnung* (StPO)].

Debido a que el Ministerio Público desatendía las denuncias en Alemania se facultó a las víctimas, agraviados u ofendidos por delitos a impulsar un trámite judicial cuando se produjera el uso indebido del principio de oportunidad, dejare de promover una salida alterna o no se persiguere o dejare de perseguir un delito por parte del órgano acusador. Los objetivos: propiciar y controlar el ejercicio de la acción penal e impulsar la conversión de la acción pública en privada.

Para lograr el ejercicio o declinación de la acción penal en los casos autorizados por la ley, un órgano jurisdiccional recibe la información de la víctima sobre la falta de respuesta y ordena en su caso la promoción al órgano oficial encargado de la investigación y persecución de delitos.

En Guatemala muchas denuncias quedaban sin respuesta, debido en parte al vacío dejado por la derogatoria de la acción popular continua y, por lo mismo, hacía falta facilitar o promover el apoyo de los jueces de paz, cuyo origen histórico se vincula al municipio español implementado en la colonia y a los conceptos liberales de formación del Estado nacional de derecho, para abrir la justicia de los casos sencillos en todos los municipios del país.

Se tendió así un puente entre la judicatura de paz y el Ministerio Público para conjugar la discrecionalidad de la acción penal publica en los casos previstos por la ley con la posibilidad de resolver conflictos menores, con la participación y control de legalidad de los jueces de paz en todo el territorio.

El ámbito de competencia material incluye todos los delitos sancionados con pena de hasta cinco años de prisión, y por pura lógica y sentido común todos los tipos penales sancionados con multa, además por los principios de *favor rei* y de analogía procesal, cuando favorece al reo la solución alterna a la pena, la brevedad y simplicidad del procedimiento.

Los arts. 5 y 6 del Decreto n.º 7-2011 del Congreso de la República, que se refieren a los arts. 108 y 108 bis del Código Procesal Penal, otorgan competencia a los jueces de paz para: *a*) pedir informes al Ministerio Público sobre la actuación derivada de una denuncia y obligar el ejercicio de la acción o las opciones alternas del principio de oportunidad en delitos menos graves, y *b*) intervenir y apoyar a los fiscales en la atención de los miles de casos de delitos menos graves (los sancionados con multa y con hasta cinco años de prisión) que se plantean en todo el país.

Conforme a este artículo pueden preverse dos procedimientos:

1. el denunciante que no obtiene una respuesta del Ministerio Público por delitos menos graves la reclama ante al juez de paz, o
2. el Ministerio Público al recibir la denuncia de un delito menos grave requiere al juez de paz ejercer las facultades otorgadas en el art. 552 bis del Código Procesal Penal.

Si en un plazo no mayor de quince días después de recibida la denuncia por delitos menos graves, el Ministerio Público no informa a la víctima u ofendido de lo actuado y de la decisión asumida (ejercer la acción, discriminar, investigar, desestimar...) esta podrá acudir al juez de paz del lugar donde se cometió el hecho delictivo para obligar a que se le brinde información, pero más aún, solicitar o propiciar la conversión de la acción penal o su disposición. Los jueces de paz, luego de recibir el informe del fiscal, pueden fijar un plazo de treinta días para que el Ministerio Público informe sobre los nuevos avances en la investigación o los acuerdos sobre la solución alterna del conflicto penal.

Más que un control de la acción, se trata de un pase legal que permite al órgano acusador agilizar la competencia e intervención de los

juzgados de paz para que puedan practicar alguna de las actuaciones establecidas en los incisos *a)* al *d)* del art. 552 bis del Código Procesal Penal, siendo estas: aplicar el principio de oportunidad conforme el art. 25 del referido cuerpo legal, celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia particular.

Funciones que coexisten con las de recibir la primera declaración del imputado, dictar las medidas de coerción personal y levantar cadáveres si no hubiera delegación del Ministerio Público.

Se trata una nueva institución procesal para abrir la competencia de participación judicial en la aplicación del principio de oportunidad, con el fin de enfrentar la lentitud y dilación de casos sencillos, en virtud del escaso daño social producido por delitos menos graves, lo que determina la falta de interés público en su persecución, garantizando la posibilidad de priorizar la pronta reparación de la víctima, la resolución del conflicto penal y de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas de prisión, entre otros, con la finalidad de favorecer de inmediato la reinserción social del hechor y restaurar el orden social con efectos de persuasión individual y general.

Hay que advertir en todo caso, que conforme al art. 251 de la Constitución Política de la República, la acción penal corresponde con exclusividad al Ministerio Público y que la decisión en cuanto a su declinación o disposición esta en el campo de los poderes legales asignados a la institución.

Se trata también de generar condiciones para que el Ministerio Público dirija sus principales esfuerzos a los delitos de mayor gravedad.

El proceso penal guatemalteco entró a la etapa de madurez con el papel asignado a las víctimas como sujetos procesales, esa es la virtud del art. 117, que se cita a continuación:

Agraviado. Este Código denomina agraviado:

1. A la víctima afectada por la comisión del delito.
2. Al cónyuge, a los padres y a los hijos de la víctima, y a la persona que con viva con ella en el momento de cometerse el delito.

3. A los representantes de una sociedad por los delitos cometidos contra la misma y a los socios respecto a los cometidos por quienes la dirijan, administren o controlen.
4. A las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses.

El agraviado, aun cuando no se haya constituido como querellante adhesivo de conformidad con el presente Código, tiene derecho a:

1. Ser informado sobre los derechos que le asisten en el procedimiento penal.
2. Recibir asistencia médica, psico-social, o cualquier otra que tenga por objeto reducir las secuelas del hecho delictivo.
3. Que el Ministerio Público escuche su opinión en el procedimiento, fundamentalmente antes de las decisiones definitivas o de las provisionales que implican clausura o extinción de la persecución penal.
4. A ser informado; conveniente y oportunamente, de las decisiones fiscales y judiciales, e invitado a las audiencias en las que su opinión pueda ser vertida.
5. A recibir resarcimiento y/o reparación por los daños recibidos.
6. A recibir protección cuando su integridad física corra peligro, como consecuencia de la persecución penal en contra del sindicado.
7. A que existan mecanismos que disminuyan los riesgos de victimización secundaria durante el proceso penal.

El Ministerio Público estará obligado a garantizar estos derechos por medio de sus órganos correspondientes, pudiendo para el efecto realizar convenios con instituciones públicas o privadas.

Las facultades del agraviado, establecidas en los arts. 117 y 5 del Código Procesal Penal vigente, propuestas respectivamente, en las reformas contenidas en los Decretos del Congreso de la República 18-2010 y 7-2011, sustentan la afirmación de que formalmente se abrió el acceso a la justicia en Guatemala, al regular la participación en condiciones de igualdad de la víctima en el proceso penal como sujeto procesal y declarar que las reglas del debido proceso deben responder a las legítimas pretensiones del imputado y agraviado.

La acumulación de la acción civil en el proceso penal

Siendo que el delito es fuente de obligaciones penales, por razones de economía procesal y para agilizar la Administración de Justicia (y mejorarla) el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica permite el ejercicio de la acción civil resarcitoria en el proceso penal contra los autores y partícipes del delito y en su caso contra quien resulte civilmente responsable.

La acumulación de la acción civil a la acción penal en el proceso penal es posible mientras esté pendiente y en desarrollo la persecución penal, ya que sobreseído, clausurado, archivado el proceso penal, paralizada o suspendida la acción penal, por regla, y salvo la declaración de que debe resolverse primero la acción civil, esta también cesará.

La condición para la acumulación radica en que los daños y perjuicios que se reclaman hayan surgido del hecho punible que se procesa.

El delito no produce más efecto que la pena y las medidas de seguridad y corrección. Pero, como citamos, la acción u omisión delictiva es fuente de obligaciones civiles, cuando lesiona derechos o intereses privados o de la sociedad en los delitos difusos.

La conexión de las acciones heterogéneas extiende al juez penal competencia para actuar de conformidad con normas no penales, a pesar de que tienen naturaleza diversa y que se rigen por principios diferentes. Naturalmente la acción reparadora solo puede seguirse por quien ha resultado afectado directamente por el delito, su representante legal o sus herederos, en los límites de la cuota hereditaria. Procederá aún y cuando el imputado penalmente no estuviere individualizado y podrá dirigirse contra quien por previsión directa de la ley deba responder por el daño causado por el delito. El tercero civilmente responsable o quien considere que puede serlo podrá intervenir en el procedimiento constituyéndose voluntariamente en él.

La instancia civil es ajena a la querrela y, según el Código Tipo, debe presentarse antes de que el Ministerio Público requiera la apertura del juicio o debate y gozará desde su intervención en el procedimiento de todas las facultades concedidas al imputado para su defensa civil.

La propuesta del Modelo fue adoptada por Guatemala en los arts. 124 al 140 del Código Procesal Penal de 1994, regulación que fue sustituida totalmente por el Decreto del Congreso de la República n.º 7-2011, como veremos a continuación.

Los años de la vigencia original demostraron de manera inequívoca lo inconveniente del desarrollo paralelo de la acción penal y civil en el proceso penal. En síntesis se trajeron por ese medio todos los problemas y complicaciones de la acción civil ajenos a la naturaleza del proceso penal. Al extremo que las disposiciones relativas a la reparación civil no tuvieron mayor positividad.

La legislación procesal penal de Honduras (arts. 49 al 53) y la de Nicaragua (arts. 81 al 87), que siguió el ejemplo hondureño y lo perfeccionó, optaron por un procedimiento distinto al propuesto por el Modelo, pero partieron de su válida propuesta: acumularon las acciones penal y civil, con la particularidad que esta última se ejerce hasta que se resuelve primero la penal y, por lo mismo, a partir de la sentencia o el sobreseimiento firme se expedita la reclamación por daños y perjuicios, creando al efecto un procedimiento adversarial específico.

Una vez firme la sentencia condenatoria, absolutoria, o el sobreseimiento, en los supuestos en los que se haya declarado la exención de responsabilidad penal sin exención de la civil conforme el Código Penal, o decretada la suspensión condicional de la persecución penal, la víctima o el ofendido, o en su caso la Procuraduría General de la Nación, cuando la reparación corresponda al Estado, pueden formular ante el juez que dicta la sentencia penal, la solicitud de restitución, siempre que no hubiera ordenado ya la sentencia condenatoria. La solicitud comprenderá el requerimiento de la tasación de los daños y perjuicios, según proceda.

La solicitud debe contener los requisitos similares a una demanda de restitución por daños y perjuicios y por lo mismo debe expresar en forma concreta la reparación que se demanda, debe individualizar la cuantía reclamada y acompañar las pruebas que se propone practicar para tasar los daños y perjuicios alegados y su relación de causalidad con el hecho ilícito atribuido al autor declarado como tal en la sentencia

penal, sea o no responsable penalmente del delito, como en los casos de la existencia de causas de inculpabilidad o de justificación de la responsabilidad penal o del representante legal del autor en situación de inimputabilidad.

El juez examinará la solicitud y si reúne los presupuestos procesales requeridos le dará trámite (si no la devuelve para la corrección de defectos, siempre que esté fundada la reclamación por tratarse de la víctima del delito por el cual fue condenado el ahora demandado civilmente en el proceso penal) y señalará audiencia, en la que si fracasa la conciliación, recibirá inmediatamente la contestación y ofrecimiento de pruebas de la parte demandada y posteriormente, en la misma audiencia, abre a prueba y se reciben los alegatos y fundamento de las pretensiones.

Dentro del tercer día se dicta sentencia. La prescripción para deducir la responsabilidad civil por medio del procedimiento especial penal prescribe en un año después de haber adquirido el carácter de firme la sentencia penal o el auto de suspensión condicional de la persecución penal.

Paradójicamente en ninguno de los dos países tiene mayor relevancia este procedimiento. En Honduras porque las sentencias se cuentan por gotas y en Nicaragua porque funciona en parte el principio de oportunidad, y en los dos países la mayoría de condenados son personas de escasos recursos. La Procuraduría General de la Nación, con la negligencia normal que cauteriza el funcionamiento público en nuestro medio, tampoco actúa.

Pero el procedimiento es expedito, por el sistema de audiencias orales, públicas y contradictorias. Era pues necesario continuar el proceso de perfeccionamiento de los objetivos y procedimientos para establecer las responsabilidades civiles derivadas de la comisión de hechos delictivos en el proceso penal y es lo que hizo Guatemala en el decreto legislativo que se comenta.

La práctica informa que hubiese sido mejor concentrar la audiencia de reparación y celebrarla inmediatamente al pronunciamiento de la sentencia determinado en el art. 390 del Código Procesal Penal, es decir al final del juicio oral.

La reparación integral de las víctimas

El Decreto del Congreso de la República 7-2011 reorganizó y transformó la regulación relativa a la reparación privada, la acción civil y al actor civil contenida en los arts. 124 al 134 del Código Procesal Penal, al efecto establece dos grandes avances en la reparación de las víctimas en Latinoamérica, primero, en relación al alcance y contenido del derecho a la reparación civil en el proceso penal y, segundo, en cuanto al procedimiento para obtener la reparación.

En cuanto al alcance y contenido de las responsabilidades civiles derivadas de la comisión de hechos delictivos, tradicionalmente la reparación comprendía la indemnización pecuniaria por los daños y perjuicios sufridos por un hecho delictivo y consistía exclusivamente en el pago de una cantidad de dinero equivalente a las pérdidas sufridas en el patrimonio, o las dejadas de percibir como consecuencia de un ilícito penal.

Esta visión, propia del derecho civil que equipara a la víctima de un delito a la persona perjudicada por el incumplimiento de una obligación civil, ha sido superada sobre todo a través de las sentencias dictadas, en nuestro caso, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barrios Altos vs. Perú, del 14 de marzo del 2001, y otras que le siguen hasta formar jurisprudencia internacional, se han pronunciado reiteradamente sobre la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción plena, garantías de no repetición del delito, la reparación del daño, todo lo cual incluye, entre otras, la garantía de la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad.

En igual sentido, el Estatuto de Roma ratificado por Guatemala en el 2012¹⁹⁰⁸ regula en el art. 75 la reparación integral. Como resultado, las obligaciones de reparación conllevan la plena e íntegra restitución *restitutio in integrum*, que consiste, si es posible, en el restablecimiento al estado o situación anterior de la víctima a la comisión del delito.

1908. Decreto n.º 3-2012 del Congreso de la República, publicado en el *Diario de Centro América*, entró en vigencia el 22 de febrero de 2012.

Incluso, en delitos cometidos por servidores públicos, el Estado responsable es obligado solidariamente a reparar las consecuencias de delitos que violan derechos humanos por el incumplimiento del deber de protegerlos.

El resarcimiento a que están obligados los condenados penalmente o los terceros responsables de la conducta del delincuente a favor de las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo.

Aunque es difícil hacer una lista de *números clausus* de lo que comprende la reparación integral porque también depende de la intensidad del daño y del tipo de hecho delictivo a manera de ejemplo, se puede mencionar:

1. la devolución de los bienes;
2. el pago de los daños o pérdidas sufridas en el patrimonio;
3. el reembolso de los gastos efectuados como consecuencia de la victimización;
4. la prestación de servicios para la restitución al estado anterior del delito, la recuperación y atención de la salud física, emocional y mental de las víctimas, gastos de reubicación;
5. la restitución de derechos;
6. el establecimiento de condiciones de seguridad y protección a la intimidad de la víctima, de su familia y medidas contra represalias y acciones contra la vida privada de los afectados por el delito;
7. la reincorporación social de las víctimas;
8. derecho a una indemnización justa, pronta y proporcional;
9. la insuficiencia del componente económico, pues se trata de un derecho complejo;
10. efectos *inter comunis*, cuando el daño se extiende a casos análogos o similares, y
11. satisfacción médica, psicosocial y medidas simbólicas para la rehabilitación de las víctimas.

Si se trata de hechos difusos como los que causan daños al ambiente y donde no hay una víctima individualizada, el resarcimiento compren-

derá en la medida de lo posible la reparación de los daños sociales, la rehabilitación del ambiente, la construcción o reconstrucción de la infraestructura pública dañada.

El cambio de alcance y contenido del Código persigue reparar y restaurar objetivamente los daños del delito.

El procedimiento de reparación

Como se dijo arriba, la acumulación de la acción civil y penal en el proceso penal con la intención de resolverlas en la misma sentencia no dio los resultados esperados. Los fines públicos y privados de las acciones acumuladas colisionan de manera que se tramitan en detrimento de la solución pronta y oportuna del conflicto penal.

Honduras, Nicaragua y Colombia, entre otros países, con el propósito de descongestionar el proceso penal adoptaron la vía incidental para el reclamo de la reparación civil proveniente del delito, se trata de un procedimiento monitorio, simple, que no es solo de carácter patrimonial pues podrían tomarse en cuenta otras vías de reparación acordes al nuevo alcance y contenido del concepto, como se ha visto en párrafos anteriores.

Alejada de los criterios y reglas rigurosas del derecho privado, la nueva regulación de la acción civil en el proceso penal busca abrir las puertas a una justa y pronta reparación proveniente de hechos delictivos y diferenciar entre los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento de obligaciones civiles de los que se derivan de la comisión de delitos.

El procedimiento que adoptó Guatemala, con las modificaciones contenidas en el art. 124 del Código Procesal Penal, recuperó, como puede apreciarse, la experiencia de otros países y avanzó, al perfeccionarla. Las víctimas solo podrán presentar reclamo de reparación cuando la sentencia condenatoria está *en firme*, que es una figura distinta a la sentencia firme, puesto que se trata de un procedimiento inmediato, cuando aún no procede contra la sentencia el recurso de apelación especial.

Inmediatamente a la declaración de la responsabilidad penal, antes de que cause firmeza la sentencia que la establece, se tramita a continuación a solicitud de parte una audiencia de reparación civil. El objetivo es que ambas decisiones de responsabilidad penal y civil puedan revisarse o reverse en un único recurso de apelación especial y ejecutarse al mismo tiempo. Se trata, como hemos dicho, de una medida de aceleramiento de procesos penales.

Sin perjuicio de la solicitud de adopción en el proceso penal de medidas cautelares que permitan asegurar bienes suficientes del procesado para cubrir la reparación civil, a petición de las víctimas o del Ministerio Público (que está obligado como lo determina el último párrafo del art. 117 del Código Procesal Penal a garantizar los derechos de los agraviados).

Inmediatamente de leída la sentencia de responsabilidad penal en la audiencia de debate a petición de parte o de oficio, en ese mismo acto, el juez o tribunal convocará dentro del tercer día a una audiencia de reparación, a la que deberán llegar los sujetos procesales, así como el tercero civilmente demandado y toda aquella persona que pueda aparecer como responsable civil con base en la ley o en relación contractual, con sus respectivos medios probatorios, que serán practicados en el acto, el cual concluirá con la decisión del juez, puesto que la procedencia esté determinada por la responsabilidad penal declarada.

La reforma deja sin embargo un vacío, ¿qué ocurre cuando la sentencia declara la exención de la responsabilidad penal por alguna causa que la exime, pero no existe exención de la civil?, por ejemplo, un estado de necesidad que obligó causar daños a bienes de tercero, o se decreta la suspensión condicional de la persecución penal. En ambos casos, dado la vinculación al proceso penal, en las que el delito, como hecho, es la fuente de obligaciones, en atención al derecho humano de las víctimas y la simplificación del procedimiento, esta vía incidental es la que igualmente procede.

El agraviado deberá poner en conocimiento de forma concreta antes de la realización de la audiencia al condenado o los presuntos responsables civiles la pretensión de restitución, reparación del daño o indemnización por perjuicios, determinando en forma individualizada la

cuantía correspondiente a la reparación reclamada y señalar los medios de prueba que propone y que presentará para su práctica, para tasar los daños y perjuicios alegados y su relación de causalidad con el hecho ilícito. Los requeridos civilmente asistirán a la audiencia por si o por sus representados, en la que presentaran sus alegatos y sus propios medios de prueba de descargo, los que deberán llevar a la audiencia. Recibida la prueba, se resolverá lo procedente.

El día y hora señalados, el juez realizará la audiencia, con los asistentes, iniciando con la celebración de un trámite de conciliación. De lograrse acuerdo, su contenido se incorporará en la resolución definitiva. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.

La falta de comparecencia del solicitante en forma injustificada implicará el abandono de la solicitud, su archivo y la condenatoria en costas. Podrá plantear desde luego la reparación en la vía civil.

Si injustificadamente no comparece alguno o algunos de los presuntos responsables civiles, se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. El o los que no comparezcan quedarán vinculados a las resultas de la resolución de restitución, tasación del daño o perjuicio. El juez podrá estimar o desestimar, totalmente o parcialmente las pretensiones planteadas en la misma audiencia. La resolución contendrá:

1. nombre y generales de ley del solicitante y, en su caso, de su apoderado legal;
2. nombre y generales de ley de la o las personas declaradas responsables civiles;
3. la orden de restituir, o reparar los daños o indemnizar los perjuicios, con su descripción concreta y detallada, y su monto exacto;
4. la orden de embargar bienes suficientes para responder por la restitución, reparación o indemnización, y las costas, o cualquier otra medida cautelar de carácter real, y
5. en lo no previsto en cuanto al aseguramiento de los bienes que servirán de garantía de la responsabilidad civil derivada de la

infracción penal, se estará a lo dispuesto en el Código Procesal Civil y Mercantil.

Si la resolución no es recurrida o si habiéndolo sido es confirmada, quedará firme y el juez, a solicitud de parte, ejecutará la decisión siguiendo el procedimiento para la ejecución de sentencias establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil. Los terceros condenados civilmente quedan obligados, al quedar firme la sentencia penal condenatoria, a cumplir con la resolución, sin perjuicio del derecho de repetir contra los directamente obligados, en juicio ordinario civil posterior.

Desde luego queda abierta la vía civil si no se utilizara la prescrita en el art. 124 del Código Procesal Penal modificado por el Decreto n.º 7-2011 del Congreso de la República, para reclamar por la vía ordinaria la reclamación derivada.

Segundo Eje. Competencia a los jueces de paz para conocer delitos menos graves y apoyar el control de la investigación penal en la etapa preparatoria del proceso penal

Sabido es que la mayoría de conflictos en una población pequeña o de segunda categoría (aldea, caserío, paraje, cantón, barrio, zona, colonia, lotificación, parcelamiento urbano o agrario, microregión, finca, y demás formas de ordenamiento territorial definidas localmente, artículo 4 del Código Municipal, Decreto n.º 12-2002 del Congreso de la República) son de escasa gravedad, pero que su desatención degenera en frustración, confrontación y violencia.

La funcionalidad e incidencia en la armonía social de los juzgados de paz desde la época colonial y en la vida independiente de Guatemala, hasta antes de la guerra interna y la consolidación del sistema de partidos políticos (1985), es ampliamente reconocida.

El juzgado de paz estaba a cargo del alcalde municipal, lo que en 1985 ya no era recomendable debido a la división de poderes y a exigencias propias de la independencia y la imparcialidad judicial, y así lo regulo la actual Constitución Política de la República (art. 207).

En cuanto a la decisión de la condición de ser abogado activo para ejercer el cargo, esta fue adoptada por el Organismo Judicial, a través de su ratificación en la Ley de la Carrera Judicial (arts. 15 y 56 del Decreto n.º 41-99 del Congreso de la República) y se trata por lo mismo de una decisión de política judicial cuya desventaja fue dificultar la solución de casos sencillos a conflictos que tradicionalmente se resolvían según la costumbre del lugar, principios de convivencia o reglas de sentido común aceptadas por las partes.

El sistema acusatorio exige la dirección técnica del juez del proceso judicial entre partes, lo que excluye al lego, pero además, la imposibilidad por razones económicas de contar con un fiscal y un defensor público llevó a la expropiación de la justicia de paz de la competencia penal, lo que ha contribuido al vacío institucional en casi todos los municipios del interior del país, que no sean cabeceras departamentales.

La falta de recursos para que en los juzgados de paz funcionara el sistema adversarial para conocer delitos menos graves provocó la decisión de reducir la competencia a los jueces de paz, suprimiéndose la función histórica pacificadora y preventiva de conflictos graves y con ello se afectó la capacidad de recibir, tramitar y resolver denuncias, de dictar medidas de coerción urgentes, y por ende, se perdió el poder coactivo para citar, para conciliar o en todo caso advertir, llamar la atención, restaurar la cordialidad. Circunstancia que explica, en parte, la ausencia de juicios de faltas.

Y todos los casos sin respuesta local:

1. se mandaron al Ministerio Público, a los juzgados de primera instancia departamentales o simplemente no encontraron lugar de acogimiento y respuesta. La gran cantidad de expedientes «archivados», evidencian el desastroso resultado.¹⁹⁰⁹
2. asimismo las personas, por razones de distancia, de tiempo, pecuniarias, desistieron de denunciar o impulsar en las cabe-

1909. Todas las judicaturas de Primera Instancia Penal archivaron en el año 2008 un total de 50,111 expedientes; en el año 2009 un total de 59,240, en el año 2010 un total de 58,164) fuente: Centro de Informática, Desarrollo y Estadística Judicial (CIDEJ), Formato estadístico Penal-1, 23 de septiembre del año 2013.

ceras departamentales la comisión de delitos graves o menos graves.

Ese vacío de justicia provocado por no destinar fondos suficientes a la justicia y que llevó a la desactivación de la justicia de paz, está en la base del quebrantamiento de los vínculos nacionales, de la inseguridad y la violencia que nos afecta todos los días.

Las medidas alternas a la pena y persecución penal señaladas para dar repuesta a casos simples carecen de sentido mientras no se permita la intervención de la figura histórica mediadora de las cuestiones de menor o escasa relevancia social, los jueces de paz, que son órganos judiciales unipersonales con jurisdicción en un municipio, en el que la mayoría de las veces no hay juzgados de instancia. Esa competencia es la que retoma y posibilita la reforma legislativa comentada.

En todos los municipios del país los hombres y mujeres que fungen como tal han sido marginados de la función constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado. La justicia se ha centralizado con las consecuencias negativas señaladas arriba.

Todas las Cortes Supremas de Justicia desde 1994 buscaron reactivar la justicia de paz, pero o no encontraron respuesta en el Poder Legislativo, o la propuesta fue de imposible cumplimiento, tal es el caso del Decreto legislativo n.º 51-2002, que obligaba a la duplicación de juzgados de paz, de 340 a 680, para que conocieran unos de las fases de preparación e intermedia y otros de la etapa de juicio. Las víctimas y los problemas por delitos menos graves debieron seguir sin atención.

Solo una fórmula de sentido común, en la que el mismo juez de paz conozca de las diferentes etapas del proceso que se instruye a petición de parte, podía ser acogida porque no requiere inversiones nuevas sino redistribución del trabajo judicial, aprovechando el personal existente y la capacidad instalada en el poder judicial.

Y eso es lo que manda el Decreto del Congreso de la República n.º 7-2011. Se trata, entonces, de una propuesta dirigida a solucionar los más graves problemas del sistema penal. Hemos aprendido en estos años la certeza del aforismo contenida en la exposición de motivos del

Código Modelo para Iberoamérica: «todo sistema judicial ineficaz multiplica los conflictos sociales y, por ende, ahonda las situaciones críticas... y tras ellas renace la violencia agazapada que amenaza a nuestros pueblos».¹⁹¹⁰

Como sabemos, existen juzgados de paz en todos los municipios del país; sin embargo, esta estructura y la capacidad de los jueces y de su personal, como se explicó arriba, ha sido subutilizada.

Las estadísticas lo comprueban,¹⁹¹¹ a pesar del esfuerzo de los jueces de paz, no contaban con mecanismos ni procedimientos.

Sin poder coactivo, ni competencia penal para delitos menos graves, la justicia de paz perdió fuerza y ello debilitó la observancia de las leyes en las poblaciones donde no había juez de instancia, es decir, casi todas, menos, por regla, las cabeceras departamentales.

Por otra parte, era imprescindible potenciar la conversión de la acción penal pública en privada por el Ministerio Público, simplificado el trámite, para que pueda decidirlo así el órgano acusador otorgando la misma, inmediatamente de recibida la denuncia.

La Judicatura de Primera Instancia se vio sobrepasada con casos penales de menor importancia, casi todo lo que proviene de municipios se archivó, hasta que las personas dejaron de denunciar, y con ello la sensación de abandono institucional y de falta de presencia del Estado de derecho liberó la intolerancia y dejó espacios a poderes ilícitos que hoy amenazan a todos.

El art. 465 ter del Código Procesal Penal, 13 del Decreto 7-2011 del Congreso de la República, crea para que conozca la judicatura de paz, una nueva forma de procedimiento abreviado para delitos menos graves, aquellos sancionados con pena de prisión máxima de hasta cinco años o de multa, excepto los contemplados en la Ley contra la Narcoactividad, art. 44 b) del Código Procesal Penal.

1910. Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Exposición de Motivos. Argentina, 1989. Editorial Hammurabi, p. 14.

1911. (Todas las judicaturas de Paz han generado en el año 2008 un total de 15.885 sentencias en juicio de faltas; en el año 2009 un total de 15,331, en el año 2010 un total de 13.719; en 2011 un total de 12.669) fuente: Centro de Informática, Desarrollo y Estadística Judicial (CIDEJ), Formato estadístico Sentencias-2, 23 de septiembre de 2013.

Pero como no hay recursos para que un fiscal y un defensor público sean nombrados en cada juzgado de paz, la reforma establece que este procedimiento entrará en vigencia de manera progresiva en la medida en que se designen los funcionarios descritos, lo que depende de las asignaciones presupuestarias.

Será entonces una cuestión de determinación del significado para la convivencia en armonía del papel de la justicia de paz, es decir, de voluntad política, lo que haga depender la implementación de esta reforma.

No es en realidad una cuestión de limitación de recursos asignados al Poder Judicial, al Ministerio Público y la Defensa Pública, sino decisión de dar cumplimiento al deber del Estado de asegurar la justicia como derecho humano sustancial. Los altos beneficios de la paz en el desarrollo económico no tienen comparación con los que se asignan para enfrentar la violencia y la impunidad.

Con la reforma comentada son tres los procedimientos abreviados, a saber:

1. el abreviado tradicional, art. 465 del Código Procesal Penal: no hay necesidad de juicio oral, porque no hay contradictorio, el acusado acepta los hechos;
2. el procedimiento simplificado, art. 465 bis del Código Procesal Penal: no hace falta investigación posterior o complementaria, debido a que se tiene en el momento de iniciar el proceso penal por lo que puede obviarse la etapa preparatoria, ya con todos los elementos de prueba se puede hacer que se inicie el juicio con la acusación, y;
3. el procedimiento para delitos menos graves, art. 465 ter del Código Procesal Penal, para delitos sancionados con hasta cinco años de prisión y/o con multa.

El procedimiento para delitos menos graves

Este procedimiento podrá efectuarse ante los jueces de paz en donde formalmente, por acuerdo de la Corte Suprema de Justicia, el Ministe-

rio Público y la Defensa Pública Penal se hayan designado fiscal y defensor público para asegurar el debido proceso y el sistema acusatorio, en los siguientes supuestos:

1. El Ministerio Público haya convertido la acción penal pública en privada y el querellante y el acusado se apersonen al juicio penal abreviado asistidos para su defensa por abogados liberales en el ejercicio de su profesión o del servicio público de defensa.
2. El Ministerio Público ejerza directamente la acción en delitos menos graves en los juzgados en los que exista defensa pública penal o pueda asegurarse defensa técnica profesional al imputado.

La regla de trato diferente de casos penales en razón de la gravedad de los delitos por los que se instruye es aceptada en teoría y doctrina procesal penal y por simple sentido común.

La doctrina penal contemporánea considera adecuado y positivo que los casos sencillos o de delitos de menor gravedad, es decir aquellos que afectan sobre todo a la víctima y en los que la sociedad se da por satisfecha con que esta alcance la solución del conflicto, mediante la aplicación del principio de oportunidad o un proceso simplificado.

Había necesidad de hacer acopio de la experiencia de más de 16 años de implementación del sistema acusatorio en Guatemala y aprender de las simplificaciones de la gestión de audiencias para lograr, en el Decreto del Congreso n.º 18-2010 y los perfeccionamientos acusatorios del n.º 7-2011; instituir un proceso verdaderamente adversarial.

El procedimiento para delitos menos graves consta de tres actos fundamentales, la instancia de parte (el ejercicio de la acción penal) y dos audiencias, concentradas, contradictorias, orales y

- a) El inicio del proceso con la presentación de la acusación fiscal o la querrela del agraviado. El juez de paz deberá comprobar conforme las reglas generales del proceso penal si se trata de un hecho delictivo, si es de su competencia tanto material como

territorial y si la petición contiene los requisitos establecidos en la ley.

- b)* Audiencia de conocimiento de cargos. Dentro de los diez días de presentada la querrela o la acusación, el juez de paz convocará a los sujetos procesales (ofendido, acusador, imputado y al abogado defensor público si hubiere) a una audiencia para dar a conocer a los imputados los hechos atribuidos.

Si en el lugar no hubiera defensor público, en la resolución que cita a la audiencia, el juez deberá requerir al imputado que comparezca asistido por un abogado de su confianza.

- c)* Oídas las partes sobre la imputación planteada el juez podrá desestimar la causa por no constituir delito el hecho atribuido o por no existir indicios racionales de imputación. Abrir a juicio, estableciendo los hechos concretos sobre el que versará. De inmediato, procederá a admitir o rechazar la prueba ofrecida que será presentada y probada en el debate, que se realizará dentro de los veinte días siguientes.

- d)* Audiencia de debate ordenada con reglas claras y sencillas de sustanciación relativas a: *a)* identificación de sujetos procesales e Instrucciones o advertencias preliminares; *b)* alegaciones inculpatorias y de exculpación y defensa; *c)* práctica de la prueba, con examen directo y contra examen de testigos y peritos, incorporando a través de ellos la prueba documental y material, con lo que no habrá lectura de documentos; *d)* alegatos finales de cada uno, del acusador o querellante y el acusado a través de su abogado defensor, el acusado, es quien, desde luego, tiene la última palabra, y *e)* la sentencia relatada, dictada inmediatamente a las alegaciones finales.

Habremos de romper con otro mito. La sentencia del sistema inquisitivo no puede ser la misma que la del sistema acusatorio, aquella formalista, detallada en extremo, que requiere copiar lo actuado en el proceso, con citas doctrinales, exhaustivas reconstrucciones del debate. Se trata de una sentencia motivada claramente en forma sencilla en lo que se refiere a lo que el juez valora y da por probado por inducción,

y luego la deducción de la norma general que aplica al hecho probado.

Por tratarse de un juicio adversarial basado en la inmediación y la prohibición de la *reformatio in peius*, lo adecuado sería que no tuviera cabida recurso de impugnación alguno, pero conforme al Pacto de Nueva York y de San José, la apelación es un derecho humano obligado. Por lo mismo, será conocido por la Sala de Apelaciones competente, para lo cual deberá la Corte Suprema de Justicia emitir el acuerdo correspondiente, como lo hizo ya para los juzgados Primero y Quinto de Paz Penal de la ciudad de Guatemala (actualmente Juzgado Primero Pluripersonal de Paz Penal de la ciudad de Guatemala) y del municipio de Mixco, ya que a ella le compete la determinación de la competencia de los jueces.¹⁹¹²

Funciones coercitivas y primera declaración

Conforme el art. 297 del Código Procesal Penal cualquier persona deberá comunicar, por escrito u oralmente a la Policía, al Ministerio Público o a un tribunal el conocimiento que tuviere acerca de la comisión de un delito de acción pública.

Igualmente, están obligados a denunciar los funcionarios y empleados públicos que conozcan de un hecho de apariencia delictiva en ejercicio de sus funciones y los médicos o quienes ejerzan el arte de curar por delitos contra la vida y la integridad de las personas, salvo que pese sobre ellos la obligación de guardar secreto, así como los que tengan el cuidado y manejo, la administración o control de bienes o intereses de una entidad, institución o persona (art. 298 Código Procesal Penal).

1912. Artículo 9 del Acuerdo n.º 26-2011 de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el *Diario de Centro América*, entró en vigencia el 1 de septiembre de 2011 y establece que se designa a la Sala Primera de la Corte de Apelaciones como la competente para conocer de la apelación que se presente contra las resoluciones dictadas por los jueces de paz que pongan fin al proceso o en los que se decreta prisión preventiva. Esto en consonancia con los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala a través de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Las denuncias se presentan al Ministerio Público, que es el órgano encargado de ejercer la acción penal por mandato constitucional. A dicho órgano le compete determinar si desestima la denuncia, para lo cual requiere autorización judicial; puede ejercer la acción penal iniciando la investigación, utilizar un procedimiento abreviado o discriminar el caso conforme el principio de oportunidad.

Ningún país puede atender todas las denuncias o, por lo menos atenderlas de igual manera, por lo que se establecen mecanismos diferentes de salida de casos o diferentes competencias para los juzgados con la finalidad de separar el conocimiento de los casos graves, menos graves y las faltas.

El Decreto legislativo n.º 79-97 estableció la potestad de los jueces de paz de conocer a prevención por delitos graves en los lugares donde no hubiera juzgado de primera instancia, este, en consecuencia, debe dictar la aprehensión solicitada por el Ministerio Público, conocer sobre la primera comparecencia de un detenido y hasta recibir la primera declaración del imputado, conforme los arts. 81 al 91 del Código Procesal Penal, podrá asimismo autorizar y practicar actos de investigación urgentes solicitados por el órgano acusador.

Pero, inmediatamente debe remitir el caso al juez de instancia que controla o debe controlar la investigación, por lo que no podrá dictar auto de procesamiento ni dictar las medidas sustitutivas contenidas en los arts. 254 al 280 del Código Procesal Penal.

Lo anterior conforme el art. 44, especialmente los incisos *c*), *d*), *e*) y *j*) del Código Procesal Penal.

El problema es que muy probablemente no pueda el imputado elegir un abogado defensor (por no haber en la localidad) o el juez designar uno de oficio (por no haber defensoría pública local), en este caso, si es un delito grave y el imputado está detenido, hará la intimación correspondiente, en todos los casos de delitos graves mantendrá la aprehensión y remitirá el expediente al juez de instancia competente, que controla la investigación.

Si se trata de un delito menos grave, pero no existe en la localidad fiscal ni defensa pública, igual, hace la intimación, y remite el caso al juez de instancia, pues solo tendrá competencia para tramitar el proce-

dimiento respectivo hasta que se establezcan las condiciones adversariales, lo que ocurrirá, como hemos visto, por acuerdos graduales entre las instituciones del sector justicia. Lo anterior, a menos de que tanto el acusador como el imputado actúen asesorados por abogados liberales en el ejercicio de su profesión.

El acusador puede ser el órgano estatal que ejerce la acción penal o preferentemente al que el Ministerio Público ha conferido la conversión de la acción o si se tratare de un delito de acción privada o de instancia particular, con pena de hasta cinco años de prisión o multa.

El juez de paz recibirá la querrela, si procede le dará trámite, convocará a la audiencia que ordena el procedimiento para delitos menos graves con los apercibimientos de ley, si el acusado asiste sin abogado, si no hubiere de oficio, remitirá el proceso al juzgado de primera instancia competente.

En los delitos menos graves de competencia de la judicatura de paz, se realizarán diligencias de conciliación, se resolverá sobre la prisión preventiva, que es excepcional, y se dictarán medidas sustitutivas para asegurar la presencia del inculpado en el proceso penal.

Los peligros de fuga y de obstrucción deben ser atenuados con medidas sustitutivas, salvo que fuera imposible porque el imputado no tenga domicilio ni antecedentes conocidos o que su comportamiento hiciera previsible la falta de voluntad de someterse a juicio penal.

Tercer Eje. Fortalecimiento del Ministerio Público

El aumento demográfico y de la delincuencia exige el fortalecimiento del Ministerio Público, sin embargo la institución no cuenta con los recursos económicos necesarios.

Hemos dicho que el Decreto legislativo n.º 7-2011 buscaba, además, potenciar los recursos humanos y simplificar los procedimientos. Se necesitan recursos para funcionar; pero no los asignan. ¿Dónde empezar? Aprovechar lo que se tiene, promover un mayor compromiso en el cargo y crear procedimientos concentrados, rápidos, con los menores costos. Esta es la propuesta de la decimoquinta reforma del Código

Procesal Penal, que toca problemas claves de la justicia penal y ofrece respuestas viables para consolidar el sistema acusatorio.

El art. 107 bis del Código Procesal Penal se reformó para autorizar a los auxiliares fiscales, que sean abogados, intervenir en todas las instancias del proceso penal, sin restricción alguna, con lo que se cuadruplica el potencial del Ministerio Público, debido a que hasta ahora ese valioso recurso humano no podía actuar directamente en el proceso penal.

Mientras que en el art. 465 bis del Código Procesal Penal se adiciona un nuevo procedimiento abreviado que hacía innecesaria la etapa de debate, porque no había contradictorio, el procesado admitía los hechos. Ahora, en el nuevo procedimiento no hay etapa de investigación ni intermedia, se empieza con una audiencia de cargos, porque:

1. se trata de delitos flagrantes, o
2. de supuestos en los que en el momento de la citación o la aprehensión requerida por el Ministerio Público, ya cuenta con todos los elementos de prueba que dan sustento a la acusación.

Supuesto uno. Delitos flagrantes. Es aceptado en la doctrina y en las diversas legislaciones que los delitos flagrantes son aquellos en que el autor de un aparente hecho calificado en la ley como delictivo es sorprendido en el momento de preparación, ejecución o que habiéndose cometido, el autor sea encontrado en el lugar o en el área inmediata con efectos, instrumentos, vestigios o indicios que permitan presumir su participación en el hecho.

Se trata de ilícitos penales que se están cometiendo o acaban de cometer y los partícipes son detenidos en el acto o como consecuencia de la persecución inmediata. En estos casos no se requiere mayor investigación o puede obtenerse rápidamente porque el detenido *in flagranti* es hallado con efectos, instrumentos, vestigios, elementos del delito, hecho que generalmente fue presenciado por testigos. Los informes, pruebas de alcoholemia, exámenes para detectar la presencia de drogas tóxicas y similares, igual pueden acopiarse mediante diligencias urgentes.

Este procedimiento, por lógica, no es aplicable cuando sea procedente acordar la reserva de las actuaciones a la investigación y enjuiciamiento de delitos conexos.

Supuesto dos. Delitos en los que el Ministerio Público ha reunido todos los objetos, instrumentos y pruebas necesarios para fundar la acusación. Esta posibilidad se encontraba ya establecida en el Código Procesal Penal guatemalteco, pues el art. 334 original, y sin modificaciones, determina como único requisito previo a la presentación de la acusación que se haya tornado la declaración del imputado por razones de intimación y de ejercicio del derecho de defensa: «En ningún momento el Ministerio Público acusará sin antes haber dado al imputado suficiente oportunidad de declarar».

Lo anterior significa que concluidas las diligencias urgentes resulta que no es necesaria la etapa de investigación, debido a que la acusación puede sustentarse, porque al contrario del procedimiento inquisitivo, el acusatorio puede obviar o resumir etapas, como ya bien sabemos. Pero no existía un procedimiento específico que lo facultara.

Este procedimiento abreviado simplificado y concentrado no afecta el derecho de defensa, ni las garantías del debido proceso, lo que se acelera es el juicio oral. Su incoación se plantea antes del inicio de la primera declaración del imputado, o en la audiencia que para intimar requiera el Ministerio Público antes del vencimiento del plazo de control judicial a que se refiere el art. 324 bis del Código Procesal Penal.

Por lo que el órgano acusador tiene ahora la siguiente alternativa, siempre y cuando estime que la investigación practicada proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento: *a)* solicita el procedimiento simplificado, y *b)* formula la petición de apertura a juicio con la acusación pertinente.

La parte referida a la petición de la aplicación de procedimiento simplificado y de la imposición al acusado de la imputación de cargos, se rige por el art. 465 bis, numeral uno del Código Procesal Penal. Momento procesal que implica además, conceder, si se solicita un tiempo al procesado para preparar la defensa y comunicación

previa a la víctima o agraviado para que se enteren de la propuesta del fiscal.

Si el imputado o su defensa no pidieran tiempo para preparar la defensa técnica y las víctimas o agraviados estuvieron en la audiencia, se procederá a practicar a continuación la audiencia para resolver sobre la solicitud de procedimiento simplificado, conforme al numeral dos del art. 465 bis del Código Procesal Penal.

Si se pide un tiempo para preparar la defensa, se entenderá que se refiere a las facultades contenidas en el art. 315 del Código Procesal Penal relativo a la proposición de diligencias de investigación, que deben reunir requisitos de oportunidad, pertinencia y utilidad.

El plazo de su práctica deberá ser fijado en el acto, así como la fecha de la nueva audiencia para decidir la solicitud respectiva, que siempre habrá de ser mucho menor a los tres meses que dura la investigación, puesto que lo contrario sería anular la razón y el sentido de este procedimiento.

Recordemos que la defensa tiene toda la oportunidad de preparación, porque para el efecto se ofrece el juicio oral y público, audiencia en que podrá refutar, argumentar, contradecir, probar y expresar todas las alegaciones pertinentes y en la que, desde luego, la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público. De ahí que la propuesta de practicar ciertos medios de investigación podrá ser rechazada por el Ministerio Público, en cuyo caso se recurrirá al juez de paz o de instancia para que valore la necesidad de su práctica.

En el acto mismo de esa primera audiencia proceden las diligencias propias a que se refiere el numeral dos del artículo referido (identificación del imputado: imputación con cargos del fiscal con referencia al hecho que se atribuye y los órganos de prueba con que pretende probar la atribución, intervención del imputado y su defensa, del querellante y del actor civil).

A continuación, el juez determinará si archiva, sobresee, desestima el proceso o si dicta prisión preventiva o una medida cautelar distinta para asegurar la presencia del imputado en el proceso y, a continuación, en lugar del auto de procesamiento, la decisión razonada de declarar

la apertura del juicio oral y público conforme el art. 342 del Código Procesal Penal.

Para que pueda optar el Ministerio Público por este procedimiento, se requiere primero haber realizado las diligencias urgentes y necesarias, contar con los informes médicos legales y peritajes necesarios, si fuere el caso con la tasación de bienes y, en fin, haber acopiado los elementos probatorios que permitan requerir, abreviando la investigación, directamente la apertura del juicio porque la imputación tiene sustento suficiente y cuenta con medios necesarios para poder probarlo, lo que permite citar a una persona a un juicio oral y público por la imputación razonable de la comisión de un hecho delictivo.

Si la petición fiscal de procedimiento simplificado se hiciera en la primera declaración, el juez a continuación, si procede, decidirá sobre la prisión preventiva o dictará una medida sustitutiva y el auto de procesamiento correspondiente y en la misma resolución, si no tuviere que hacerlo en otra debido a la petición de tiempo para la defensa del imputado, dictará la procedencia o no de lo solicitado. Si declara con lugar la abreviación del procedimiento, declarará la apertura del juicio, conforme a las normas comunes del proceso penal.

Desestimación de oficio

Se modifica el art. 310 del Código Procesal Penal, para hacer depender la desestimación de la acción penal al Ministerio Público en los casos en que considere que el hecho no es constitutivo de delito o no se pueda proceder.

En efecto, el artículo señalado antes de la reforma procesal obligaba al órgano acusador solicitar al juez de primera instancia el archivo de la denuncia, querrela o la prevención policial cuando el hecho de manera manifiesta se consideraba como no constitutivo de delito, no punible de perseguir o no se pudiera proceder. El juez en una función propia de la acusación era quien decidía unilateralmente si era procedente la decisión fiscal. El desistimiento de alguna manera de hecho tenía efectos similares al sobreseimiento, la víctima o agraviado no tenían nada que

decir al respecto. Se trataba de una diligencia de mera mecánica formal judicial.

El Decreto n.º 7-2011 del Congreso de la República, en aplicación del art. 251 de la Constitución Política de la República que atribuye la acción penal al Ministerio Público, faculta solicitar la desestimación de la *notitia criminis* en el plazo de 20 días desde su recepción, lo que deberá hacer saber al denunciante y a la víctima y agraviado.

Como forma de control, porque todo poder debe ser limitado para no ser arbitrario, al denunciante, la víctima o el agraviado se les confiere la facultad de recurrir dentro de los diez días siguientes a la comunicación del desistimiento, ante al juez competente para objetar la decisión fiscal. Al efecto, el juez señalará una audiencia oral bilateral para escuchar los argumentos del denunciante y del fiscal del caso, y determinar si procede o no el desistimiento. Si considera que debe continuar la persecución penal, ordenará al Ministerio Público realizar la investigación pertinente y la asignación de un fiscal distinto para su instrucción. Cuando no exista una víctima individualizada, el fiscal no podrá solicitar la desestimación.

El desistimiento no impedirá reabrir el expediente o practicar nuevas actuaciones cuando aparezcan nuevas evidencias, huellas, indicios u otras circunstancias que permitan considerar que el hecho era delictivo o permitan proceder a la averiguación y persecución penal.

Esta modificación tiene relación con el fin de la reforma de abrir el acceso a la justicia porque impide desestimaciones indebidas, sin que por ello se afecte la potestad de desistir que compete al órgano acusador, cuyas decisiones, quedan bajo control judicial específicamente cuando exista oposición del denunciante, víctima o agraviado.

Cuarto Eje. Profundización de la oralidad

La incidencia de la redistribución administrativa del despacho judicial en la oralidad

La antigua oficina judicial. Pero la nueva cultura y el sistema de audiencias no eran suficientes. Faltaba lo más importante, el rompimiento

de la oficina judicial de raigambre colonial causa de la confusión y del laberinto administrativo denunciado tantas veces: el juez aislado, los auxiliares judiciales encargados del control del proceso y de la propia jurisdicción, trámites burocráticos innecesarios.

El grupo motor occidental reorganizó el despacho judicial para que pudiera funcionar la gestión por audiencias. Sustituyen arraigadas prácticas ceñidas de hecho al reglamento interior de tribunales penales dado en la Casa del Gobierno del dictador Jorge Ubico en 1934, Decreto n.º 1568 de la Presidencia de la República, que definía las atribuciones, funciones y obligaciones de la oficina judicial de juzgados y tribunales, organizados exclusivamente para recibir solicitudes escritas y resolver igualmente.

El funcionamiento histórico era así: los secretarios recibían los escritos y solicitudes (en realidad, otros subalternos), seguidamente los oficiales o demás auxiliares del tribunal llevaban personalmente los procesos (art. 67.1 del referido reglamento) redactaban las resoluciones y levantaban las actas de prueba, y practicaban diligencias (sin presencia del juez); con la documentación referida se formaban expedientes por orden de fecha y debidamente foliados y se inventariaban sin que el juez conociese, la más de las veces, a las partes ni sus pretensiones, ni recibiera la prueba. Los oficiales proyectaban la sentencia que pasaban para firma al juez (lo que se conocía como despacho judicial).

Cuando trabajé en tribunales en los años setenta del siglo pasado, se procedía en forma parecida, salvo excepciones en los ramos laboral y de familia donde prevalecía cierta oralidad (cierta porque todo constaba en actas levantadas en el tribunal, la más de las veces sin la presencia del juez, igualmente, los oficiales resolvían).

A pesar de que el Código Procesal Penal entró en vigencia en 1994, continuó en vigencia el Reglamento General de Tribunales de la dictadura de Ubico referido de 1934; Fue en el Acuerdo 36-2004 de la Suprema de Justicia cuando se derogó, pero la «nueva» regulación, en lugar de adecuarse a la oralidad, se consolidó el sistema escrito. Y con el la estructura de recepción y resolución de memoriales.

El Reglamento General de Tribunales del año 2004, repite las formas y organización de juzgados propios del sistema inquisitivo, como ejemplo, se hace referencia a los artículos siguientes:

- 51 inciso *a*), de acuerdo con el cual es atribución de los oficiales de los tribunales de justicia: «Tramitar los procesos o actuaciones y demás expedientes que se les asigne, así como diligenciar los exhortos, despachos y las comisiones que requieren otros tribunales»¹⁹¹³ (por ejemplo recibir testigos),
- 53 *a*), «corresponde a los oficiales elaborar proyectos de resoluciones de acuerdo con instrucciones del titular del tribunal», lo que en la práctica suponía que no era el juez quien resolvía.

Como se ve, la delegación de funciones judiciales, propia del sistema inquisitivo «derogado», fue ratificada en el Reglamento Interior de Tribunales Penales del año 2004 por la Corte Suprema de Justicia con desprecio del sistema oral establecido en el Código Procesal Penal en el año 1994.

Fue así «reivindicada» vía normativa secundaria la escritura sobre la oralidad establecida en ley, por lo que dicha reglamentación anacrónica no era funcional ni idónea para la justicia adversarial ni la publicidad y oralidad propias del principio acusatorio.

No fue sino hasta en el Acuerdo 24-2005 de la Corte Suprema de Justicia cuando se emitió el actual e importante Reglamento Interior de Juzgados y Tribunales Penales. Pero no se pudo implementar sino tiempo después (2009-2013) por diversas razones, una de ellas, la oposición en el medio forense a la posibilidad de resolver en audiencias orales, sin una normativa específica del Código Procesal Penal que así lo estableciera.

A pesar de que las etapas del nuevo proceso penal, preparatoria, intermedia y de debate, se estructuraron formalmente como audiencias

1913. Reglamento General de Tribunales, Acuerdo 36-2004 de la Corte Suprema de justicia. Artículo 51.

orales concentradas, el proceso penal guatemalteco derivó en la desconcentración de actuaciones escritas, salvo el debate oral.

Es el Decreto legislativo n.º 18-2010, el que crea las normas que se requieren para la aplicación del Reglamento de Tribunales Penales, al permitir que las peticiones de las partes puedan presentarse oralmente directamente en los juzgados y tribunales penales, los que deberán resolverlas en audiencias unilaterales y bilaterales, inmediatamente a las exposiciones y pruebas (si no fueren asuntos de mero derecho) como se lee en el art. 109 del Código Procesal Penal, que fue reformado para el efecto señalado.

El segundo párrafo del citado artículo señala textualmente: «El requerimiento de audiencia se podrá hacer de la forma más expedita, utilizando para el efecto el teléfono, fax, correo electrónico o cualquier otro medio que lo facilite». Como se ve, no se excluye la escritura, porque puede ser el medio más expedito que facilite una audiencia.

No hay un sistema absolutamente oral, el sentido común indica que las partes pueden requerir al tribunal de la forma que consideren expedita el proceso y el planteamiento de sus argumentos, sin que afecte la intermediación judicial. Será el juez el que decida si llama a audiencia unilateral para analizar el escrito o si es suficiente para, previa notificación de la solicitud escrita, convocar a una audiencia biliteral.

Redistribución administrativa. Por delante lo más difícil, vencer las resistencias y modificar las prácticas inquisitivas de la oficina judicial. Institucionalizar el despacho judicial oral.

Las leyes por sí solas no cambian la realidad y el Código Procesal Penal, aún diez años después (2004) seguía aplicándose conforme los procedimientos propios de la oficina colonial.

Cuando los jueces motores plantearon el desenvolvimiento del proceso penal por audiencias, uno de los principales argumentos de oposición era la supuesta inconstitucional de la propuesta. Como si no lo fuera la delegación de la función de juzgar en auxiliares judiciales.

La premisa fundamental del razonamiento tradicional era que la escritura en el procedimiento penal era insustituible. Lo es excepcionalmente, entre lo más importante: la acusación (art. 332 bis del Código

Procesal Penal), la sentencia (art. 390 del Código Procesal Penal), la apelación especial y el recurso de casación (arts. 418 y 443 del Código Procesal Penal).

Los jueces del occidente del país plantearon una nueva estructura organizacional de la oficina judicial para permitir la división del trabajo acorde a la oralidad y al sentido común. La finalidad: promover la productividad de los juzgados y tribunales, evitar la mora judicial, optimizar los recursos materiales y humanos del Organismo Judicial, agilizar los plazos procesales, mejor atención a los usuarios, consolidar el sistema acusatorio. Pero sobre todo establecer y mantener la comunicación personal, directa y accesible del juez con las partes como requisito del ejercicio de la jurisdicción, en la práctica de la totalidad de los medios de prueba y en la petición y resolución de las diligencias, incidencias y demás solicitudes presentadas en el curso del proceso penal.

A la pregunta de ¿qué debían hacer el secretario y los auxiliares de justicia para romper el tribunal kafkiano?,¹⁹¹⁴ la respuesta fue simple: hacer realidad en la práctica diaria tribunalicia penal los principios que rigen la oralidad, mediante la creación de un ambiente adecuado a la intermediación oral del juez y las partes y los canales de comunicación fluida entre ellos y los auxiliares judiciales, mediante una organización laboral dirigida a atender los requerimientos de atención al público, comunicación judicial y asistencia al despacho judicial.

Si el sistema de administración de justicia debía funcionar en audiencias orales públicas, concentradas, contradictorias, en las que solo el juez podía resolver las peticiones orales, había que redefinir la división del trabajo judicial.

Se planteó en consecuencia una nueva organización del trabajo de los auxiliares judiciales lo que amplió la participación y difusión de la nueva cultura a los demás auxiliares de justicia.

El movimiento cultural entró a la fase de la transformación del trabajo diario para asegurar la oralidad y sus principios.

1914. Funcionamiento administrativo judicial absurdamente complicado, burocratizado.

La organización que decidieron fue lógica y entendible. Dividieron la oficina judicial así:

1. Sección de atención al público.
2. Sección de comunicaciones y notificaciones.
3. Sección de audiencias.
4. El secretario del juzgado o tribunal como gerente del despacho judicial.

Todo para permitir y facilitar el trabajo del juez sin delegaciones en la jurisdicción. Se trata de un compromiso de efectividad y transparencia de los que operan la justicia con el Estado de derecho para garantizar el debido proceso y fortalecer el proceso penal.

1. *Sección de atención al público.* Los abogados y sus clientes que tenían que ir de escritorio en escritorio para solicitar información sobre el estado de la causa y gestionar la respuesta de sus solicitudes escritas ante auxiliares judiciales, no tendrían que hacerlo más.

Parte de los auxiliares, oficiales específicos fueron asignados a funciones de atención al público en el lugar más cercano a la entrada de las instalaciones físicas del juzgado. A ellos les corresponde dar ingreso a las solicitudes escritas en los excepcionales casos en que la ley lo exige. Informar a las partes o interesados sobre el estado del proceso, dar las indicaciones necesarias, poner a la vista documentos y proporcionar copias.

2. *Sección de comunicaciones y notificaciones.* A otros auxiliares judiciales se les asignó recibir y registrar las peticiones de audiencias orales, convocar a los sujetos procesales que intervienen en las mismas, mediante citación por el medio más rápido. Esta decisión pasó, igualmente a formar parte del Decreto n.º 18-2010, mediante la reforma del art. 160 del Código Procesal Penal.

«*Artículo 160. Comunicaciones.* Toda decisión jurisdiccional se tendrá en el sistema de audiencias por comunicada en el mo-

mento de la audiencia oral en que se emita, sin necesidad de acto posterior alguno».

«Las citaciones y convocatorias a audiencia se podrán realizar de la forma más expedita, sea por teléfono, fax, correo electrónico u otra forma que facilite y asegure la realización de la audiencia».

El valor de esta disposición, como se dijo, es que (re)naturaliza el sentido de los actos de comunicación tradicionalmente considerados como solemnes revestidos de extremos formalismos. La forma pasa a ser simplemente la fácil y ágil conductora del fin del proceso: la resolución justa y en plazos razonables del conflicto. Se abandona la confusión de la forma como fin.

Es reconocida la afirmación de Carnelutti de que el proceso judicial se encuentra sometido en su regulación y desarrollo a la relación entre la técnica y el derecho,¹⁹¹⁵ por lo que es aceptada la utilización de medios más modernos y expeditivos que rompen la complejidad y disminuyen los plazos procesales.

Guatemala no podía mantener el sistema de notificaciones propio del siglo XIX. Como requisitos lógicos se establecen la comprobación de la identificación del que transmite y del destinatario y cita la fecha y hora en que se hizo la comunicación.

3. *Sección de Audiencias.* Como de su nombre se infiere, una parte de los auxiliares judiciales tienen como función preparar, registrar y asistir al juez y a los sujetos procesales en las diligencias judiciales que siempre están a cargo del juez, quien las dirige, practica y resuelve personalmente.

El secretario judicial. Todos los auxiliares judiciales en el juicio adversarial trabajan para posibilitar al juez la organización, realización y ejecución de audiencias judiciales.

El secretario que antes tenía como funciones judiciales principales en los reglamentos generales de tribunales de 1934 y 2004:

1915. Carnelutti, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. II, Editorial Uteha, Argentina, 1944, p. 398.

- a) Certificar la firma del juez en actas y resoluciones judiciales: Actualmente no tiene caso certificar la voz del juez, quien actúa y resuelve en directa intermediación de los demás sujetos procesales.
- b) Vigilar que los oficiales del juzgado o tribunal resolvieran los escritos y practicaran las diligencias y actuaciones judiciales. Como sabemos, la tramitación de escritos se redujo considerablemente.

Al devolver al juez la jurisdicción exclusiva, todas las funciones de organización y funcionamiento del despacho judicial, garantizar la calidad de la gestión y la eficiencia del servicio judicial, corresponden al secretario. En tal sentido se le califica como gerente del despacho judicial, es decir el encargado de la coordinación del despacho judicial, de la dirección y disposición de las diferentes unidades laborales hacia la realización de audiencias.

Funciones del juez. Al juez le corresponde con exclusividad, sin posibilidades de delegación, resolver en audiencias públicas y declarar el derecho en los casos sometidos a su competencia.

La jurisdicción es una función pública exclusiva e indelegable de los jueces que consiste en resolver y ejecutar las resoluciones judiciales dictadas en los procesos judiciales sometidos a su competencia. Implica también la dirección del proceso penal, que se desarrolla y ejerce en las diferentes etapas de preparación de la acción penal, de calificación de la acusación y determinación del hecho del juicio. Se ejerce, también, durante la discusión de pretensiones, presentación y recepción de pruebas, sigue la fase de decisión y, por último, de ejecución de lo juzgado.

El juez expedita el proceso penal a través de diversas resoluciones judiciales a requerimiento del fiscal o solicitadas por las partes, hasta la sentencia definitiva.

La dirección judicial implica el deber del juez de vigilar y hacer cumplir los principios constitucionales del debido proceso y asegurar el cumplimiento de los presupuestos procesales (condiciones y requisitos esenciales y previos del procesamiento), conducir el proceso, hasta

la resolución justa del conflicto que lo motiva, como una relación institucional basada en el diálogo respetuoso entre el Poder Judicial y los sujetos procesales, con el fin de tutelar los intereses, derechos y bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal.

Sinopsis del inicio de la profundización de la oralidad

Entramos al sistema acusatorio con los procedimientos y la cultura propia de las formas escritas e inquisitivas de juzgar. El Código Procesal Penal decretó los principios del sistema acusatorio, pero mantuvo segmentos, normas, criterios y disposiciones propias del sistema inquisitivo. Escriturizamos la oralidad, dicen que hicimos en Guatemala juristas de otras naciones. El Decreto legislativo n.º 18-2010, que nació del cambio cultural y del compromiso de jueces del occidente del país, consolido la gestión oral del despacho judicial.

Las reformas procesales contenidas en el Decreto legislativo n.º 18-2010 profundizan la oralidad y abren paso al sistema adversarial (sistema por medio del cual, se desarrolla el proceso penal por audiencias a través de reglas claras y fijas de dialogo racional, que permiten plantear y discutir: pretensiones, hechos, pruebas y derechos alegados directamente ante el juez), como se instituye en el art. 109 del Código Procesal Penal, reformado por el Decreto n.º 18-2010 del Congreso de la República, que establece en el primer párrafo:

Artículo 109. Peticiones. El Ministerio Público, al igual que los demos sujetos procesales, hará todos los requerimientos en audiencia oral, unilateral o bilateral, según sea el caso, debiendo ser claros y concisos, demostrando y argumentando su pretensión.

Esta decisión normativa nacida primero de la práctica judicial y del sentido común, posteriormente se convierte en ley; ratifica la inmediatez obligada entre el juez y las partes, lo que exige la concentración, continuidad y contradicción de diligencias judiciales, confronta de lleno la decimonónica postura extrema del formalismo escrito, en el que

las actas probaban por sí mismas y de manera exclusiva toda la realidad procesal y, en consecuencia, lo que no constaba en ellas, como el aforismo romano, no eran de este mundo (*quo non est in actis, nos est in hoc mundo*), simplemente no existe lo que no está escrito. Lo cierto es que los jueces suprimieron la escritura y no pasó nada.

Como consecuencia, el expediente ha iniciado un camino que conduce a su extinción o por lo menos a su considerable reducción, esto en contra de que como reunión sucesiva de todos los escritos y actuaciones era el *sanctum sanctorum* del procesamiento penal.

Las ventajas de la relativización de las actas y el que baste su levantamiento conteniendo un resumen sucinto de una diligencia judicial se aprecia por ejemplo en el reformado art. 150 del Código Procesal Penal que ordena que sea el Ministerio Público quien lleve el registro de las actuaciones realizadas durante la investigación y que el juez solo conserve los originales de los autos por los cuales ordenó una medida sustitutiva, una prueba anticipada o una diligencia urgente. No se juzgará ya el expediente, sino los argumentos y pruebas de las partes planteados en contradicción.

Por otra parte, el trámite oral de los incidentes (150 bis del Código Procesal Penal) excusas y recusaciones (66 y 77 Código Procesal Penal), que incluye el procedimiento de los obstáculos a la persecución penal (291 al 296 Código Procesal Penal), limita las posibilidades de manipulación y obstrucción del proceso penal.

El esquema de fijar las actuaciones judiciales por escrito como requisito de validez, se trasladó a la grabación de las actuaciones, permitido en el art. 146 del Código Procesal Penal que señala que «las audiencias orales, unilaterales o bilaterales, podrán ser grabadas en formato de audio y o video, o cualquier otra forma de registro que garantice su fidelidad».

Las exhaustivas actas judiciales se sustituyeron por actas sucintas, a lo cual se refiere el art. 147 del Código Procesal Penal, a las que se acompaña en disco compacto, pero ahora «lo que no esta grabado o no se graba no existe», lo que evidencia una concepción peyorativa de la intermediación judicial y de la única instancia.

La intermediación judicial. La intermediación procesal consiste en el obligado contacto personal, directo en el tiempo y espacio, entre el juez y las partes, que al efecto se comuniquen oralmente y por regla en audiencia pública en un proceso judicial, en el que, además, los medios de prueba se practican sin delegación por el juez que las conoce y decide sobre el valor que tienen en la reconstrucción del hecho que juzga.

La comunicación virtual plantea una interesante modalidad informática adoptada por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo 31-2009¹⁹¹⁶ que desarrolla los arts. 218 bis y 218 ter del Código Procesal Penal (reforma contenida en el Decreto del Congreso de la República n.º 17-2009), que se refieren a la declaración por medios audiovisuales de comunicación y al procedimiento respectivos, diligencias que también fueron implementadas antes de la regulación legislativa, también por jueces del grupo motor.

La decisión del desarrollo del proceso por audiencias fue para evitar la intermediación de auxiliares judiciales y para promover la formulación personal de las peticiones de las partes o de sus abogados al juez y el contacto de este con todas las diligencias y actuaciones probatorias. Esta relación directa y de estrecha comunicación con las partes y los órganos de prueba es la que permite recoger al juez las impresiones y valoraciones que sustentan el convencimiento del juicio de absolución o condena.

La intermediación aún no alcanza del todo en nuestro medio el significado que le atribuye el sistema oral, que es el conocimiento de los hechos del juicio en única instancia, en virtud del cual la sentencia no podría modificarse vía apelación especial o casación, salvo evidentes violaciones a la sana crítica razonada, lo que se regula en el art. 430 del Código Procesal Penal relativo a la intangibilidad de la prueba. En

1916. Reglamento para el Desarrollo de las Declaraciones por videoconferencia reguladas en las reformas al Código Procesal Penal, Decreto n.º 51-92 del Congreso de la República, contenidas en la Ley de Fortalecimiento de la Persecución Penal, Decreto n.º 17-2009 del Congreso de la República, mediante el cual se norman los aspectos relativos al diligenciamiento de las declaraciones por video conferencias con la finalidad de cumplir con los principios de fidelidad e integridad de la declaración y garantizar a las partes el adecuado ejercicio de sus derechos procesales.

virtud de la cual solo pueden reexaminarse los motivos de fondo (error *in iudicando*) y de forma (error *in procedendo*), como vemos en los arts. 419 y 420 del mismo cuerpo legal.

En el caso Fermín Ramírez Ordoñez,¹⁹¹⁷ la Corte Interamericana de Derechos Humanos no declaró como violatorio de las reglas del debido proceso el sistema de recursos establecido en el Código Procesal Penal guatemalteco, pero la apelación, de acuerdo al Pacto de San José crea un vacío, que por cierto riñe con el sistema acusatorio que rechaza la revisión de los hechos.

Publicidad. Relevante es también la ampliación de la publicidad a todas las etapas procesales, salvo que estén en riesgo intereses de orden público en la investigación y la dignidad humana de víctimas (art. 314 del Código Procesal Penal), con lo cual se garantiza:

1. El derecho a la información, al permitir la participación de los medios de comunicación.
2. El derecho a una defensa técnica, en todas las audiencias de un proceso penal en las que participe el imputado. Es deber del juzgado o tribunal por tratarse de un derecho fundamental obligatorio asignar al procesado un abogado de oficio cuando ese no elija a uno de su confianza para que ejerza la defensa material como requisito del debido proceso.

Este derecho se tiene desde la primera comparecencia, para lo cual el juez al que se presente el sindicado aprehendido promoverá los medios necesarios para que en la diligencia pueda estar presente un defensor (arts. 81, 82 y 83 del Código Procesal Penal).

Igual procederá el juez en casos de producirse el abandono sin justa causa de la defensa, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurra el profesional del derecho. El reemplazo será inmediato para no afectar las actuaciones procesales en curso (art. 103 del Código Procesal Penal).

1917. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 20 de junio de 2005.

El aseguramiento de la defensa en juicio sirve a la equidad y el derecho de igualdad, porque el acusado tiene en su contra al órgano acusador del Estado y sin asistencia letrada estaría en grave desventaja, puesto que no podría contradecir o presentar alegaciones fundadas ni pruebas; sirve la defensa al principio constitucional de ser oído en juicio, y a la imparcialidad de la justicia, así como al desarrollo del proceso con las formalidades técnicas que implica.

3. El derecho de control social, pues todas las personas que así lo deseen pueden presenciar las audiencias públicas y formar sus propias opiniones.
4. El derecho de publicidad que garantiza el cumplimiento del derecho procesal y material.
5. El derecho a ser tratado en las audiencias con respeto de la dignidad humana y de que sean los jueces directamente, sin delegación de funciones, los que dirijan y resuelvan las actuaciones procesales.

En virtud de que no hay derechos absolutos, como se expresó arriba, el juez debe ponderar el derecho de la personalidad y la dignidad humana y la obligación del Estado de buscar la verdad, principios que prevalecen sobre la publicidad (casos de niños víctimas, allanamientos de morada y diligencias similares), que de publicitarse comprometen las posibilidades de los fines del proceso penal (art. 5 Código Procesal Penal).

Sistema de audiencias. Fueron jueces guatemaltecos, los que iniciaron en el 2005 «un proceso de cambio en la forma de organizar el despacho judicial y de toma de decisiones en la etapa preparatoria e intermedia del proceso penal, apuntando a la realización de audiencias orales como metodología de decisión judicial. A través de este trabajo se buscaba la calidad de las decisiones y los tiempos para la toma de las mismas en todas las etapas del procedimiento».¹⁹¹⁸

1918. Leticia Lorenzo y Elvyn Díaz, *Implementación del Modelo de Gestión por audiencias en Guatemala. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Reformas de*

Puede asegurarse que al resolver oralmente en audiencias peticiones planteadas de la misma forma, los jueces produjeron una dinámica de aceleración de plazos procesales.

Numerosos dogmas debieron de romperse, verbigracia los relativos a las prácticas de comunicación entre el juzgador y los sujetos procesales, hasta entonces, excesivamente formales, rígidas y conservadoras. Toda notificación, aunque fuera de una resolución para agregar a sus antecedentes un escrito o comparecer a una audiencia, se podía convertir en una violación de relevancia constitucional o procesal, aunque se tratara de defectos intrascendentes, como lo son la falta del señalamiento de la hora de entrega de la cédula o en el acta de asentamiento efectuada por el notificador.

El acuerdo entre los operadores del sector justicia del occidente del país redimensionó conceptos y redujo las citaciones y convocatorias a audiencias como actos de comunicación, que pueden efectuarse de la forma más expedita y sin mayor formalidad (hoy art. 160 del Código Procesal Penal)

Correlativamente, como en el segundo párrafo del art. 109 del Código Procesal Penal, las solicitudes fueron desinformalizadas: «El requerimiento de audiencia se podrá hacer de la forma más expedita, utilizando para el efecto el teléfono, fax, correo electrónico o cualquier otro medio que lo facilite».

En un proceso penal pueden plantearse diversas peticiones orales que ameriten la convocatoria del juez a audiencia unilateral (por ejemplo: solicitar una medida urgente de investigación, cautelar o de seguridad) o bilateral verbigracia, (revisión o cesación medida cautelar). Los jueces resuelven en presencia de una o de las dos partes, en este último caso previa contradicción, peticiones sobre diligencias urgentes, pruebas anticipadas, medidas cautelares, incidentes, etc., caracterizan el proceso penal que se mueve a petición de parte, sobre todo de quien ejerce la acción penal.

Destacan las cuestiones incidentales, la más de las veces de carácter procesal, por ejemplo lo relativo a recusaciones (art. 66 del CPP), la

la Justicia en América Latina. Experiencias de innovación. Equipo Editorial: Andrea Cabezón, P., Santiago de Chile, 2010, p. 11.

cuestión de prejudicialidad (art. 294 del CPP), las excepciones que se oponen al progreso de la acción penal o civil (art. 295), que también deberán ser planteadas, probadas y resueltas en el curso de la audiencia en que se produzcan por el principio de concentración, o en la que se convoque al efecto, si se solicitaren fuera de audiencia.

El procedimiento mediante audiencias orales, propio del sistema acusatorio, persigue oponer los argumentos y reclamaciones de las partes, pruebas, cuando proceda, en presencia del juez que resuelve conforme a derecho en el mismo acto y en forma oral. Tiene mucho que ver con el cumplimiento oportuno de los plazos procesales y la dirección eficiente del proceso penal. Los jueces deben estar atentos para evitar el abuso de las audiencias con fines de obstrucción, confusión y desnaturalización del mismo proceso penal.

Recordemos que el proceso penal guatemalteco se expedita en cinco audiencias orales fundamentales: la presentación del detenido ante autoridad competente, la primera declaración y la decisión sobre el procesamiento penal, así como la necesidad de decretar la prisión preventiva o medidas que la sustituyan (etapa de investigación); la calificación de la acusación y la declaración de apertura a juicio, así como el ofrecimiento y determinación de pruebas (etapa intermedia) y el debate (etapa de juicio).

En la medida de lo lógico y factible, deben los jueces procurar la concentración procesal de solicitudes incidentales en cada una de las principales audiencias principales de la etapa procesal en que se plantean y resuelven.

Las llamadas audiencias unilaterales no son otra cosa que audiencias realizadas ante el juez a solicitud del fiscal para hacer ver las causas probables que justifican autorizar o controlar la investigación de actuaciones que por razones de urgencia o reserva no puedan darse a conocer o postergarse: por ejemplo, una petición para permitir un allanamiento de morada, la orden de detención, la grabación de conversaciones telefónicas, etc. Como excepción la defensa puede también solicitar una audiencia unilateral para reclamar información, copias de documentos, constancias procesales, etc.

Un ejemplo de audiencia bilateral fuera de las cinco audiencias señaladas, es la revisión de las medidas de coerción personal a que se

refiere el art. 277 del Código Procesal Penal, la que puede practicarse en cualquier momento del procedimiento, siempre que hubieren variado las circunstancias que la originaron.

Consolidación de la profundización de la oralidad

El compromiso con la justicia y la necesidad de la oralidad en la práctica judicial para dar cumplimiento a los principios que inspiran la legislación procesal guatemalteca, marcan esta nueva fase de evolución procesal que completa el nuevo Decreto legislativo, el n.º 7-2011, que profundiza esa concepción, como se ve en los arts. 10 y 11 que modifican el 368 y 378 para facilitar la oralidad en las actuaciones de fiscales, defensores, peritos y testigos en el proceso penal.

En la reforma al 368, el juez o tribunal de sentencia luego de constatar la presencia de las partes, así como de los demás sujetos procesales (testigos, peritos e interpretes) que deben tomar parte en el debate y de advertir al acusado la importancia y significado del juicio y de lo que va a suceder (que se argumentará, discutirá, probará y juzgará sobre el hecho concreto de la acusación y en su caso determinará la responsabilidad penal y las consecuencias punitivas que de ella se desprendan), concederá la palabra, en su orden, a la parte acusadora y luego a la defensa para que presenten oralmente sus alegatos de apertura.

Esta norma es una especie de reconocimiento a las técnicas de litigación adquiridas en el juicio oral en nuestro medio. Mucho hemos aprendido sobre el tema, como ejemplo de los diversos esfuerzos y estudios de capacitación, encontramos el del Instituto de la Defensa Pública Penal que afirma: «La teoría del caso se constituye en ese ejercicio intelectual y de abstracción que busca con esfuerzo y máximo provecho, la concatenación entre la fundamentación fáctica, probatoria y jurídica en la búsqueda constante de esa reconstrucción histórica adscrita a un proceso penal».¹⁹¹⁹

1919. Instituto de la Defensa Pública Penal. Teoría del caso. www.sribd.com/doc/5462516/Teoria-del-Caso.

Los fiscales y defensores trabajan técnicamente, pero por un rezago inquisitivo no tenían la oportunidad de presentar cómo habían construido y definido el caso ante el órgano judicial sentenciador ni su visión estratégica, que es la brújula de cada parte y del juicio. En la apertura del debate se leía la acusación y el auto de apertura al juicio, la defensa no tenía en este momento una intervención, porque a continuación de la lectura declaraba el acusado, y hasta los miembros del tribunal pueden formularle preguntas (práctica cada vez menos utilizada por su naturaleza inquisitiva), luego seguía la práctica de la prueba en la forma ordenada en la ley, sin prioridad alguna, la definía la ley. El debate carecía de orientación precisa y como consecuencia se producían esfuerzos sin sentido ni utilidad para la acusación o la defensa, con las consecuencias de pérdida de tiempo y esfuerzos.

Ni el tribunal de sentencia, ni el imputado y la víctima tenían explicación ni orientación sobre la estrategia procesal, es decir, sobre las proposiciones relevantes fácticas (hecho que se atribuye), jurídicas (consecuencias jurídicas) y probatorias (reconstrucción de hechos) de la acusación y la defensa sobre las que versaba el juicio.

La lectura de la acusación no permitía el relato sencillo, detallado pero resumido del hecho punible que se juzga, de los antecedentes, de cómo y por qué fue amenazado o lesionado un bien jurídico, del móvil, de por qué es antijurídico el hecho juzgado, de las consecuencias de la acción ilícita, ni un panorama de lo que se pretende probar en el juicio, ni de los medios de prueba que se presentaron para el efecto; es decir, no había una previa explicación de qué se busca probar en el debate y de cuál es su significación jurídica.

Tampoco la defensa tenía una oportunidad técnica de réplica y planteamiento del caso desde el inicio del debate que le permitiera dar a conocer también en forma resumida su versión sobre los hechos de la acusación, de los fundamentos jurídicos en que basa su postura; de su versión sobre la defensa, es decir, si ha ido dirigida a probar: la inexistencia del hecho o falta de participación de su defendido, la inocencia, la atipicidad, la antijuridicidad, causas de justificación, inculpabilidad, falta de responsabilidad penal y de si presentará prueba o solo le basta, porque no tiene obligación de probar la inocencia, rebatir la que pre-

sente la fiscalía, resumidamente cuáles son los argumentos jurídicos procesales, materiales y de hecho en que basará la defensa en juicio.

Se trata de una oportunidad en la que se hará del conocimiento del juzgador los fundamentos importantes que apoyan la posición del fiscal y defensor en el juicio y de cómo desarrollaron procesalmente sus posiciones de hecho y derecho en el mismo. Como vemos, al igual que en todas las audiencias se limita la lectura, salvo de la doctrina, normas o jurisprudencia aplicable o datos técnicos, cifras y otros similares de utilidad para la exposición de argumentos que se plantean.

Suficiente hay escrito en el medio sobre las características de la teoría del caso, útil para orientar la actividad argumentativa y probatoria, así como para facilitar la actuación de quienes la elaboran y de aquellos a los que se presenta. Por lo mismo, ha de formularse y presentarse en forma sencilla, lógica, creíble y siempre sustentada jurídicamente. Desde luego, aunque sirve a todos, incluso al público, quien más se sirve de la teoría del caso es quien la presenta, porque le servirá para planificar, organizar y dirigir sus argumentos, refutaciones, interrogatorios, contrainterrogatorios, alegatos de apertura, organización y conducción de la prueba, la que podrá ser de manera cronológica, temática o estratégica. Desde luego servirá para los alegatos finales. El propósito es hacer ver hacia dónde dirigirá su actuación para alcanzar la resolución de condena o de inocencia que se persigue, según sea fiscal o defensor. Lo que no sirve a la teoría del caso sobra, no tiene sentido, no es motivo de prueba, de juicio ni de contradicción.

Artículo 378. Interrogatorio y contrainterrogatorio de testigos

El principal medio de prueba en nuestro medio y en los procesos orales en cualquier lugar del mundo donde se realicen es, sin duda, la declaración de testigos, ello aunque la prueba científica avance. Los testigos son aquellas personas que tienen conocimiento personal, vía sensorial, por regla, del hecho delictivo que se juzga o de hechos significativos de su preparación, ejecución u otro dato de interés para la verdad que se pretende sobre el hecho juzgado como fin del proceso

penal. Desde que entró en vigencia el Código Procesal Penal los testigos se presentan a declarar en el debate, ahora conforme al art. 218 ter, igual que la peritación puede practicarse por medio audiovisual a través de videoconferencia.

La declaración testimonial, a pesar de la introducción del sistema oral en Guatemala, se había configurado con resguardos del antiguo sistema escrito en donde se le pedía al testigo que expusiera lo que sabía sobre el hecho juzgado, lo que impide o dificulta destacar o profundizar lo importante y sí dispersar al testigo o generar la falta de explicación, detalle, descripción de lo importante de un hecho para la acusación o la defensa; por ello, el Decreto legislativo n.º 7-2011 establece el interrogatorio y contrainterrogatorio directo, por el cual la parte que interroga o contrainterroga, formula y modera el interrogatorio a través de preguntas sencillas, concisas, claras y directas que giran alrededor del ¿Quién?, ¿Qué?, ¿Cuándo?, ¿Explique?, ¿Cómo?, ¿Dónde? describa, señale, etc. Las respuestas deberán ser igual de precisas, breves, sucintas.

Desde luego, no pueden hacerse preguntas capciosas e impertinentes, ni aquellas que lleven implícitamente la respuesta, es decir, sugestivas (salvo en el contrainterrogatorio del testigo hostil, prejuiciado, con dificultad para comprender o evidentemente a favor de la otra parte), tampoco que incriminen; al efecto, el abogado contraparte debe estar atento para objetar y el juez para moderar el interrogatorio en el ámbito de la legalidad, de la igualdad de partes y la ecofonía procesal, guiado por el propósito o fin de la prueba que el testigo declare lo que conoció sensorialmente de los hechos que motivan el juicio, sin intimidaciones ni agresiones para que el juez o tribunal pueda recibir información que corresponda a la realidad, a la verdad real, que es lo que se busca en el sistema oral, que le permita decidir con justicia el caso que se juzga.

Mucho habremos de aprender de los países donde se ha arraigado el sistema adversarial acusatorio sobre este tema procesal trascendente, sobre el que existe abundante experiencia, desarrollo doctrinal y numerosas reglas y técnicas de sentido común, principios tendientes a permitir la veracidad y espontaneidad de la declaración testimonial. Tendremos que hacer rápidamente acopio de esa experiencia y conocimientos. Recordemos que la actividad principal de interrogar y contrainterrogar

corresponde a las partes, el juez tiene una actividad más pasiva, pero atenta para evitar formalismos o que se desvirtúe el objeto de la misma, y por lo mismo ha de conducir la prueba al fin previsto, que no es más que el testigo describa lo que le consta para que se puedan establecer elementos de juicio que determinen la objetividad, veracidad, credibilidad y coherencia, con el fin de introducir en el proceso los hechos ocurridos en la realidad y elementos que permitan valorar correctamente la deposición.

Este tema para aprender en la práctica, esta práctica para realizar orientada por principios también tiene otra significación, estamos acostumbrados a que las normas lo digan todo, en el sistema acusatorio la vida del derecho se rige por principios que orientan la actuación, así habremos de elaborar las reglas de la conducción y práctica de los interrogatorios y contrainterrogatorios.

Quinto Eje. Impulso del proceso en plazos razonables

Un sistema de justicia es eficiente en la medida de su prontitud y eficaz en la medida en que logra resolver los conflictos sociales. Con la reforma del Código Procesal Penal contenida en el Decreto n.º 7-2011 del Congreso de la República, se busca la consolidación que dio inicio con el Decreto legislativo n.º 18-2010, de los principios de concentración, celeridad, concentración, contradicción y oralidad que rigen el sistema procesal acusatorio.

La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, del 25 de noviembre del 2000, así como otras han formado jurisprudencia internacional, pronunciándose reiteradamente sobre la garantía judicial que obliga al Estado de Guatemala a que toda persona durante la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra, sea juzgada en un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, puesto que, para considerar que la justicia penal es efectiva «es necesario que sea completa, no apenas selectiva, y es preciso que se realice dentro de un plazo razonable. De

lo contrario se incurriría en una impunidad absoluta o relativa, pero impunidad a fin de cuentas, que constituye el mejor “salvoconducto” para la violación de los derechos humanos». ¹⁹²⁰

Por lo anterior, con las reformas mencionadas se persigue a través de la mejor distribución de trabajo, de la reducción de procedimientos innecesarios dentro del proceso penal y de la creación de procedimientos específicos de naturaleza más expedita, permitir un mejor acceso a la justicia penal y potencializar su pronto cumplimiento.

Sexto Eje. Optimización de la división del trabajo

Los tribunales de sentencia integrados por tres jueces constituyen un gran avance y garantía de una «mejor, estudiada y meditada justicia». Tres jueces para dictar una sentencia aseguran credibilidad y frenan presiones. Sin embargo, como se quitó a los jueces de paz los casos menores, resulta que tres jueces ocupan la mayoría de su tiempo atendiendo debates no graves, con lo que se resta oportunidad para resolver casos graves, la justicia es tardía, con falta de oportunidad y sinceramente ningún país puede darse el lujo de tener tres jueces para conocer lo que conocía históricamente un juez de paz sin tardanzas ni problemas. El tribunal se integrará ahora con los tres jueces para conocer de asesinatos, plagios o secuestros, parricidios, feminicidios, delitos contemplados en la Ley Contra el Lavado de Dinero y Otros Activos, Ley Contra la Delincuencia Organizada, y de delitos con penas de más de quince años contemplados en leyes como Contra la Narcoactividad, Terrorismo y otros calificados como de mayor riesgo. Cuando no se trate de estos casos, los jueces de sentencia conocerán cada uno, por separado. Habrá mas tiempo y se racionalizan los recursos humanos, esto lo encontramos en el art. 3 del Decreto legislativo n.º 7-2011, que reforma el 48 del Código Procesal Penal.

1920. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Myrna Mack vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2002, página 9, apartado numeral romano v. párrafo 35.

Como vemos se trata de una propuesta legislativa importante, dedicada a superar uno por uno los problemas más graves de la reforma procesal penal. Los 16 artículos que integran el Decreto legislativo n.º 7-2011 son claves para mejorar la justicia penal en Guatemala. Debió darse más tiempo para entrar en vigencia, deben asignarse recursos al sistema de justicia, pero esencialmente los que operan la justicia deben aportar lo mejor de sí, aumentar el esfuerzo con que trabajan, organizarse mejor, asumir conscientemente la responsabilidad de trabajar por el bien común. Problemas de implementación habrán, los primeros, de carácter económico, lo demás de actitudes, de comprensión, de voluntad. Se parte de una premisa, Guatemala puede resolver los problemas que le aquejan si cambiamos lo esencial: la conducta, lo que cada quien aporta.

El sector justicia puede, debe hacer suya esta reforma y hacer, como se ha hecho para ofrecer una justicia con garantías del imputado, notables esfuerzos para que sea pronta, oportuna, descentralizada, todo ello en momentos en que una de las primeras y esenciales demandas de los guatemaltecos es la de justicia.

El sector justicia, a través de la instancia que lo coordina y de la Cámara Penal han hecho suyo el reto, el deber asignado. Ahora la justicia cuenta con mejores instrumentos. Pero los cambios serán graduales, a menos que el Estado decidiera priorizar recursos a lo que permite la vida pacífica y ordenada en una sociedad moderna: el respeto de las leyes y su sometimiento a ellas. Tarea de la judicatura y del sistema en general, cuando se transgreden y violan es restaurar la convivencia jurídica. *En buena medida, las reformas constituyen la solución de problemas que durante 17 años había detectado como coautor del Código Procesal Penal de Guatemala, de Honduras y Nicaragua.*

Pero la nueva ley requería, además de voluntad política, la determinación del Congreso Nacional de aumentar el presupuesto asignado al funcionamiento del sistema de justicia, porque las leyes por sí solas no cambian la realidad, pero ayudan a su transformación, y aunque los juzgados de paz existen y funcionan en las poblaciones más importantes del país, faltan fiscales y defensores públicos en más de 330. Lo que no ocurrió, por lo que en su defecto se ordenó la gradualidad de la aplicación de la ley.

En esencia, podemos afirmar que con todo lo anterior, se ha consolidado en nuestro medio el sistema acusatorio, que permite hacer más eficaz y garantista la justicia penal reduciendo a plazos mas razonables la administración de justicia.

Y que, por lo mismo:

- a) Se liberan obstáculos que dificultaban soluciones alternas de conflictos penales al proceso penal, mediante el potenciamiento de los procesos de enjuiciamiento rápido donde tiene cabida la discrecionalidad reglada del ejercicio de la acción penal (arts. 25, 25 bis, 25 ter, 25 quáter, 25 quinqués, 26, 27, 464, 465 bis 465 ter y 477 del Código Procesal Penal);
- b) se establece la competencia de los delitos menos graves a los jueces de paz (arts. 44 y 465 ter del Código Procesal Penal);
- c) se favorece la tutela de derechos penales mediante un proceso oral, sin dilaciones indebidas en plazos razonables (arts. 109, 146, 148, 150, 151, 150 bis, 160 y 169 del Código Procesal Penal), y
- d) se mejora la división, organización y distribución del trabajo en el sector justicia (arts. 47 y 48 del Código Procesal Penal).

El domingo 2 de marzo de 2014 César Crisóstomo Barrientos Pellecer, doctor por la Universitat Jaume I de Castellón (España) en 2008, dejó de existir en circunstancias trágicas. Era el presidente de la Cámara Penal (Sala de lo Penal) de la Corte Suprema (Tribunal Supremo) de Justicia de Guatemala.

Sus más allegados compañeros y amigos, entre los que se encuentran primeras figuras del Derecho Procesal Penal español, europeo y americano, le dedican este pequeño homenaje para perpetua memoria y que su obra nunca se olvide. Empeñado en la total democratización de la Justicia en su bello país, muy pocos con poder para hacerlo le apoyaron en su lucha. Estaba seriamente amenazado de muerte. Se quedó solo y aislado. Este libro dejará constancia para siempre de sus grandes valores personales, de su inmenso amor por Guatemala, de su creencia en que la verdadera Justicia era posible también en su tierra y de su incansable trabajo en pro de la defensa de la dignidad del ser humano, desde todos los aspectos jurídicos que en su prolífica vida tuvo que desarrollar.

Descanse en paz.