

CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL

REVISTA DE SEGURIDAD PUBLICA

NUMERO XXX

AÑO 2004

2.º EPOCA

LIBERTAD Y SEGURIDAD

José Pardos Aldea

EL PAPEL DE LA GUARDIA CIVIL EN EL SEPBLAC

Esteban Avila Solana

EL DESARROLLO DE LAS ESCALAS FACULTATIVAS EN LA GUARDIA CIVIL

Demetrio Recio Satué - Oscar Jesús Alamo Félix

EL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA FINANCIACION DEL TERRORISMO COMO AMENAZA A LA SEGURIDAD

José Andrés Campón Domínguez

DOSSIER

PERFIL Y TRATAMIENTO DEL MALTRATADOR FAMILIAR

Santiago Redondo Illescas - Antonio Andrés Pueyo

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE VIOLENCIA EN EL AMBITO FAMILIAR

Concepción Espejel Jorquera

VIOLENCIA DE GENERO

Angeles Alvarez Alvarez - Belén Martín Maria

DENUNCIAR LOS MALOS TRATOS

Pedro Núñez Morgades

MALOS TRATOS Y ALCOHOL

Francisco Pascual Pastor

LA SEGURIDAD DE LAS VICTIMAS FRENTE A LA VIOLENCIA DE GENERO

Angela Alemany Rojo

ESTUDIO SOBRE DIFERENTES ASPECTOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DOMESTICA

Juan Carlos González Sanmillán - Francisco José Alés Moreno - Pilar Elvira Piqueras Durán

ESTUDIOS

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

LIBROS

SUMARIO

Colaboraciones

Libertad y seguridad.

José Pardos Aldea

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ha servido de modelo de inspiración de nuestra Carta Magna, en su artículo 3 establece que “*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. El autor dedica una atención preferente al análisis de estos derechos de libertad y seguridad, dado su interés tanto individual como al confrontar su contenido.

El papel de la Guardia Civil en el SEPBLAC.

Esteban Ávila Solana

El presente artículo nos introduce en el papel que está desempeñando dentro y fuera de España el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias del Banco de España, así como la labor que está desarrollando la Guardia Civil en el citado Servicio con la creación de una Unidad adscrita al mismo.

Dossier

Perfil y tratamiento del maltratador familiar.

Santiago Redondo Illescas – Antonio Andrés Pueyo

Los autores miembros del Grupo de Estudios Avanzados en Violencia de la Facultad de Psicología de la Universidad de Barcelona, nos ponen de relieve la complejidad etiológica del maltrato en la pareja y nos exponen los modelos explicativos actuales que priorizan un determinado tipo de factores.

Modificaciones legislativas en materia de violencia en el ámbito familiar.

Concepción Espejel Jorquera

Desde la promulgación de la Ley 38/2002, que introdujo el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, se han producido en el último año diversas reformas legislativas tendentes a dar respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos a la violencia ejercida en el entorno familiar.

Violencia de género.

Ángeles Álvarez Álvarez – Belén Martín María

El artículo que se presenta analiza la definición de “*género*”, como punto de partida para abordar el problema de la violencia contra la mujer. Igualmente se nos plantean diversas actuaciones encaminadas, todas ellas, a la unificación de estadísticas a través de un Sistema Integrado de Información que estaría ubicado en un Observatorio Nacional de la Violencia.

Denunciar los malos tratos.

Pedro Nuñez Morgades

Detrás de una mujer maltratada hay casi siempre un niño o niña, que padecen igualmente las consecuencias del maltrato tanto sea físico como psicológico. Como Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, el autor se centra en su artículo en los menores que sufren directa o indirectamente el maltrato en el ámbito doméstico.

Malos tratos y alcohol.

Francisco Pascual Pastor

Los datos epidemiológicos varían según los diferentes estudios, pero casi todos coinciden en relacionar el consumo de alcohol y drogas con la violencia doméstica. Desde este enfoque se analiza el maltrato por el autor que es Asesor Técnico de la Federación de Alcohólicos Rehabilitados.

La seguridad de las víctimas frente a la violencia de género.

Ángela Alemany Rojo

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad desempeñan una gran labor en la contribución a erradicar la violencia de género. El recientemente aprobado 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 de género, es analizado conjuntamente con la información que debe ser facilitada a las víctimas de estos delitos

Estudio sobre diferentes aspectos relacionados con la violencia doméstica.

Juan C. González Sanmillán – Fco. José Alés Moreno – Pilar Elvira Piqueras Durán

Los autores del artículo, miembros del Centro de Análisis y Prospectiva de la Guardia Civil, hacen una referencia a la delimitación conceptual de los delitos relacionados con la violencia doméstica, así como las reformas normativas que se han ido introduciendo durante los últimos años.

Por otra parte, se hace un estudio del protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la protección de las víctimas de violencia doméstica, y de las últimas medidas adoptadas por el nuevo Gobierno con relación a este tema.

Estudios

El desarrollo de las Escalas Facultativas en la Guardia Civil.

Demetrio Recio Satué – Oscar Jesús Álamo Félix

La exigencia por parte de la sociedad de una mayor calidad en el servicio que presta la Administración, así como la necesidad de una continua especialización, obliga al Cuerpo a una paulatina adaptación y mayor cualificación de sus miembros. La creación de las escalas facultativas es la respuesta de esta necesidad.

El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo como amenazas a la seguridad.
José Andrés Campón Domínguez

Los flujos económicos de capitales y bienes son el motor y nexo de unión de las amenazas y peligros que acechan a nuestra sociedad. Sin el motor económico los grupos terroristas no podrán emprender ningún tipo de acción que pongan en peligro intereses vitales de los Estados.

Bibliografía y documentación

Libros

Legislación y Jurisprudencia
José García San Pedro

JOSE PARDOS ALDEA

General de Brigada de la Guardia Civil
Licenciado en Derecho

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1) establece un sistema de valores que, aplicado a la actividad de las instituciones y a la conducta de los ciudadanos, crea las condiciones necesarias para que cualquier persona pueda desarrollarse plenamente y disfrutar de una forma de vida acorde con la dignidad que posee. Los criterios que presidieron la redacción de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* pueden inspirar a cualquier legislador en su tarea de establecer un sistema jurídico idóneo para que todo ser dotado "de razón y conciencia" (2) pueda configurar su propio plan de vida y llevarlo a la práctica sin injerencias ilícitas.

Basta con reflexionar sobre el contenido de la *Declaración* para convencerse de que su filosofía es acertada. Nada puede objetarse a la afirmación de que "los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad" (3) o "todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (4) o "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (5).

La influencia de la *Declaración Universal* en el ordenamiento jurídico de los países democráticos es tan grande que las modernas Constituciones, al proclamar los derechos y libertades fundamentales de la persona, como ser individual o como miembro de una sociedad, recogen el contenido esencial de su articulado.

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* no impone obligaciones a los países que la suscribieron, pues, como proclama la propia Asamblea, su contenido constituye un ideal, "un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse" (6). Además de esa *Declaración Universal*, España ha ratificado el *Convenio para la Protección de*

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (7) y dos Pactos Internacionales: uno sobre Derechos civiles y políticos (8), y otro sobre Derechos económicos, sociales y culturales (9). Estos tres Convenios sí resultan de obligado cumplimiento para los Estados firmantes. Al ratificarlos, nuestro país incorporó el contenido de estos Pactos a su propio ordenamiento jurídico y se comprometió a dictar "las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos" (10) en ellos.

Los Pactos internacionales que garantizan el disfrute de determinados derechos reconocidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos actúan, en nuestro ordenamiento jurídico, de varias maneras: como normas que inspiraron el texto de nuestra Constitución (11); como normas de obligado cumplimiento porque se han incorporado directamente a nuestro ordenamiento jurídico (12); como normas de aplicación preferente respecto de las leyes nacionales sobre esta misma materia (13) y, por último, como normas de referencia para interpretar cuanto sobre derechos fundamentales y libertades públicas disponen nuestra Constitución y las leyes que la desarrollan (14).

Es de advertir que la Constitución se limita a proclamar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos. Ni la Constitución ni las leyes ni ningún poder público conceden a la persona derecho fundamental alguno. Simplemente, reconocen que esos derechos básicos pertenecen a la persona por el simple hecho de ser miembro de la especie humana; no es preciso cumplir ningún otro requisito. La Asamblea General de las Naciones Unidas o el poder constituyente español se limitaron a afirmar que determinados derechos son inherentes a todo ser dotado de razón, a definir el contenido sustantivo de esos derechos y a garantizar su disfrute en el mayor grado posible. Esos derechos acompañan siempre a la persona y han de ser eficaces en todo momento y lugar, especialmente cuando su titular se encuentra más necesitado de amparo. Si, como consecuencia de una conducta reprochable, parece necesario restringir el goce temporal de alguno de esos derechos, ha de ser una ley de

carácter orgánico la que determine qué causas justifican tal limitación, a qué derecho afectan, en qué forma y medida y durante cuánto tiempo. Y han de ser los Jueces y Tribunales quienes apliquen el contenido de esa ley a cada caso particular.

Todo ordenamiento jurídico, por detallado y preciso que sea, deja un amplio espacio al libre albedrío de los funcionarios policiales porque no se pueden regular todos los aspectos de la compleja actividad que desarrollan. En la forma en que se actúe en ese ámbito de tolerancia para la discrecionalidad policial, se ampliará o reducirá el grado en que los ciudadanos disfrutan realmente de sus derechos y libertades. En cualquier actividad existe margen suficiente para proyectar la manera de ser, la capacitación profesional y la ética de quien la desempeña; el talante con que los agentes responsables de la seguridad ejercen su profesión determina, en gran medida, el grado de respeto a la dignidad de la persona.

El hombre viene al mundo en un lugar determinado y en un ambiente jurídico, económico y cultural concreto; nace como varón o mujer y en el seno de una familia de la que recibe un color de piel y unos condicionantes sociales. Estas circunstancias son, en principio, ajenas a la voluntad y, por tanto, no pueden justificar discriminación alguna en el disfrute de los derechos fundamentales; el afectado no es responsable de ellas ni de los efectos inevitables que de ellas se deriven porque sin libertad no hay responsabilidad.

En este trabajo vamos a dedicar atención preferente al derecho a la libertad y al derecho a la seguridad. El interés que cada uno de esos dos derechos tiene por sí solo, se incrementa al confrontar su respectivo contenido. Durante muchos años, amplios sectores de opinión pública han venido entendiendo que la seguridad es el enemigo natural de la libertad. Afirmaban que la libertad se ve mutilada por la actividad pública destinada a garantizar la seguridad o, dicho de otro modo, que la seguridad colectiva no puede lograrse sino a costa de sacrificar una porción considerable de libertad individual. Se llegaba incluso a vincular la defensa de la libertad con aquellas ideas políticas especialmente interesadas por los asuntos sociales mientras que el mantenimiento de la seguridad se relacionaba princi-

palmente con el compromiso de preservar el orden público y la propiedad privada. La controversia sobre aspectos tan importantes de la vida en común no puede dejar indiferentes a quienes tienen atribuidas responsabilidades en el ámbito de la seguridad y al mismo tiempo han de garantizar, a los ciudadanos, el disfrute de su libertad en el mayor grado posible.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos se desentiende de la confrontación dialéctica entre libertad y seguridad y coloca esos dos derechos al mismo nivel cuando afirma que *"todo individuo tiene derecho a la ... libertad y a la seguridad"* (15). A veces nuestra Constitución también los cita juntos y así declara que es deseo de la nación española *"establecer la justicia, la libertad y la seguridad"* (16) y proclama que *"toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad"* (17).

El derecho a la libertad tiene su fundamento en el reconocimiento de la inteligencia que posee el ser humano, en el respeto a su facultad de percibir, interpretar y valorar las circunstancias del mundo que le rodea, en su capacidad de dar una respuesta personal a los estímulos recibidos y en su aptitud para diseñar y desarrollar su ciclo vital como ser dotado de razón. La libertad se opone a todo condicionamiento que obligue al ser humano a actuar de una manera impuesta arbitrariamente por otro; la libertad sitúa al hombre como observador consciente de su entorno y como titular de un abanico de posibilidades de hacer que le permite proyectar su voluntad sobre la realidad que le rodea.

La libertad es la facultad que tiene el hombre para obrar de una manera u otra o para no obrar; agota gran parte de su contenido en elegir entre las distintas alternativas que se presentan a la persona en cada momento. Elegir supone decidirse por alguna de las opciones posibles y, por tanto, renunciar a las demás. En el ejercicio de su libertad, cada individuo va tomando decisiones, muchas de las cuales generan efectos capaces de influir en su propio futuro.

No es frecuente que el hombre, como ser racional, diseñe su plan de vida en una sola ocasión, aunque existen decisiones fundamentales que marcarán intensamente el resto

de su vida. El hombre resulta condicionado por determinadas vicisitudes ajenas a su voluntad o derivadas de decisiones anteriores pero mantiene siempre un nivel de libertad suficiente para rechazar el determinismo; es responsable de su conducta en proporción al grado de libertad del que dispone para actuar en cada caso.

Las circunstancias económicas, intelectuales o culturales propias de cada persona determinan, en gran medida, la gama de opciones entre las que puede elegir. A mayor nivel de capacitación de un ciudadano, más profunda resulta la integración en su entorno y mayor es el número de alternativas que se presentan a su alcance en cada momento. No existe la igualdad absoluta entre los seres humanos. La naturaleza es un ejemplo permanente de diversidad y también lo es la realidad social como manifestación singular de esa misma naturaleza. Cada persona es una realidad irrepetible; no existen ni han existido ni existirán dos personas idénticas; cada proyecto de vida es único y exclusivo. Aristóteles dice que *"la igualdad es la identidad de atribuciones entre seres semejantes"* (18). Este filósofo no predica la identidad de los seres sino su semejanza; pero defiende la *"identidad de atribuciones"* —de facultades o posibilidades de hacer— como elemento esencial de la igualdad así entendida.

Ni nuestra Constitución ni el derecho positivo que la desarrolla proclaman la identidad formal, radical, o absoluta de las personas; se limitan a reconocer que *"los españoles son iguales ante la ley"* (19). Esa igualdad se consigue dictando leyes aplicables a todos y, si es preciso, estableciendo a su aplicación salvedades que también han de estar reguladas con criterios de generalidad.

El derecho a la libertad se manifiesta de diferentes formas: nuestra Constitución habla de libertad de cátedra (20), de libertad para elegir profesión (21) o lugar de residencia (22), de libertad para la creación artística (23), etc. Ese derecho puede disfrutarse en concurrencia con otras personas —como ocurre con la libertad de asociación o de reunión— o puede ser ejercido a título individual proyectándose bien hacia el exterior de la persona —como sucede con la libertad para circular por el territorio nacional— o bien hacia el interior de su

conciencia, en ese ámbito de intimidad que queda fuera del alcance de terceros.

En el caso de la libertad religiosa o política, por ejemplo, los poderes públicos pueden prohibir el culto público u omitir la convocatoria de elecciones generales, pero no alcanzan a impedir la rica actividad intelectual del hombre, como ser racional, en estas materias. Es conocido el pasaje en que Sancho Panza, como gobernador de la insula Barataria, interroga a un detenido para que diga la verdad bajo amenaza de hacerle dormir en el calabozo. El interpelado contesta:

"Presuponga vuestra merced que me manda llevar a la cárcel, y que en ella me echan grillos y cadenas, y que me meten en un calabozo, y se le ponen al alcaide graves penas si me deja salir, y que él lo cumple como se le manda; con todo esto, si yo no quiero dormir, y estarme despierto toda la noche, sin pegar pestaña "será vuestra merced bastante con todo su poder para hacerme dormir, si yo no quiero?" (24).

La Constitución y el ordenamiento jurídico que la desarrolla establecen un depurado sistema para proteger el disfrute de los derechos fundamentales frente a la injerencia arbitraria de los poderes públicos. Nuestra norma fundamental no tolera la pasividad de esos poderes en materia de derechos fundamentales y afirma que les *"corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas"* y les impone la obligación de *"remover los obstáculos que impidan o dificulten"* (25) la plenitud de su ejercicio.

Para ello, la Constitución asigna a los poderes públicos una serie de facultades interdependientes de manera que el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial se controlen mutuamente. Así, las Cortes Generales ejercen *"la potestad legislativa del Estado"* (26) y dictan las normas que han de asegurar la paz social, regular la convivencia entre los ciudadanos o garantizar la protección de los bienes de interés jurídico.

Nuestra Constitución impone ciertos límites al ejercicio de la actividad legislativa: ha de estar presidida por los principios de libertad, justicia e igualdad que figuran entre los *"valo-*

res superiores" (27) inspiradores del ordenamiento jurídico nacional y debe respetar el *"contenido esencial"* (28) de los derechos fundamentales pues tales derechos *"vinculan a todos los poderes públicos"* (29). Las Cortes no podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley que afecten a los derechos fundamentales o a las libertades públicas (30) y el Gobierno no puede dictar Decretos-leyes, en estas materias, ni aun en caso de extraordinaria y urgente necesidad (31).

Los Tribunales tutelan la actividad del poder ejecutivo; es decir, controlan el ejercicio de *"la potestad reglamentaria"* desplegada por el Gobierno y velan por la legalidad de *"la actuación administrativa"* en la gestión de los asuntos públicos y por el sometimiento de esa actividad a los *"fines que la justifican"* (32). *"El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados"* (33), que podrá exigir responsabilidad *"mediante la adopción, por mayoría absoluta, de la moción de censura"* (34).

En el ejercicio de su potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (35), los Jueces y Tribunales han de respetar el ordenamiento jurídico emanado de las Cortes. Para garantizar su libertad de acción, los Jueces y Magistrados *"no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas por la ley"* (36). Al definir los derechos fundamentales de la persona y las libertades públicas, el constituyente tuvo en cuenta los tratados internacionales ratificados por nuestro país; nuestra Constitución dice que *"las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"* (37). El Gobierno y las Cortes Generales han de tener presente el contenido de ese precepto en el momento de suscribir nuevos acuerdos sobre esta materia y los Jueces y Tribunales han de interpretar, a la luz de esos compromisos, las normas a aplicar en los casos, sobre derechos fundamentales, de que conozcan. Por si fuera poco, nuestra Constitución proclama que cualquier ciuda-

dano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales ante los "Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad" (38).

Ninguno de los derechos fundamentales tiene valor absoluto; su titular ha de ejercerlos en concurrencia con otros ciudadanos y este hecho les impone una alta dosis de relatividad; por eso, nuestra Constitución afirma que "el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" (39). El hombre, como ser racional y social, está llamado a convivir con sus semejantes a los que debe reconocer el mismo grado de libertad que para sí demanda. Es preciso dictar las normas que garanticen a los ciudadanos el ejercicio simultáneo de sus derechos fundamentales y esta labor queda reservada al poder legislativo. Las limitaciones que, en uso de esa facultad, se impongan al goce de los derechos fundamentales no pueden ser arbitrarias sino justificadas en el objetivo de alcanzar el bien común y en el de garantizar un disfrute de esos derechos tan amplio como sea posible. En términos generales, las personas jurídicas sólo pueden ejercer las actividades que les están expresamente permitidas por la ley mientras que las personas físicas pueden hacer todo lo que no les esté expresamente prohibido.

Para proteger los derechos fundamentales y las libertades públicas nuestra Constitución establece una serie de principios: de "legalidad", de "seguridad jurídica", de "publicidad de las normas", de "jerarquía normativa", de "irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de los derechos individuales" (40), etc. Aunque estos principios son válidos para la protección de todos los derechos fundamentales, prestaremos atención preferente a la tutela del derecho a la libertad física en cuanto situación de hecho necesaria para el ejercicio de otros derechos subjetivos. Sobre esta libertad se cargan muchas de las penas impuestas por los Jueces o Tribunales y, en cierta medida, recaen los efectos de la actividad policial.

El Código Penal, que establece penas de prisión, se ajusta a los principios impuestos por nuestra ley fundamental: está aprobado por una Ley Orgánica (41), afirma que "no será castigada ninguna acción u omisión que no

esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración" (42) y que "no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración" (43), ha sido publicado con las formalidades necesarias, respeta y protege los bienes jurídicos proclamados en la Constitución, reconoce que sólo "tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo" (44) y, además de respetar el principio de interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos, prohíbe su aplicación analógica al afirmar que "las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas" (45). La seguridad jurídica encuentra también reflejo en el Código Civil cuando declara que "las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario" (46).

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen asignada una de las misiones más gratificantes que define nuestra Constitución: la de "proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana" (47). En otro lugar, nuestra norma fundamental asigna al Estado la competencia absoluta sobre la seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezcan en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una Ley Orgánica" (48). El hecho de que el Gobierno asuma la función de garantizar la seguridad ciudadana obliga a los administrados, en cierta medida, a aceptar resignadamente el grado de satisfacción que, en esta materia, pueda o quiera proporcionarles el poder ejecutivo. Como consecuencia de ese monopolio en la prestación del servicio de seguridad pública nace, para los particulares, el "derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos" (49). Aún es más explícita la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando afirma que "los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes

de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" (50).

En el ámbito de la seguridad pública se manifiestan los aciertos y fracasos obtenidos en la aplicación de una serie de actuaciones político-administrativas que actúan en determinados momentos de la vida de cada ciudadano. Antes de que su conducta sea penalmente relevante, una persona ha estado sometida a los efectos de un ambiente familiar más o menos edificante, ha sido testigo del comportamiento de quienes ocupan distintos roles en el seno de su familia, se ha incorporado a un sistema educativo que trata de fomentar su desarrollo integral como persona y como ciudadano, ha podido asimilar una determinada escala de valores y un orden de prioridad en la satisfacción de necesidades y se ha relacionado con personas de distintas edades y criterios. Si tiene edad suficiente, puede haber adquirido una capacitación profesional y haber comprobado su aptitud para vivir honestamente de su esfuerzo manual o intelectual. Como consecuencia de esas circunstancias el individuo ha podido consolidar unas pautas de actuación que le permiten manifestarse como constructor de un orden social justo y pacífico o como generador de inseguridad. Una posible experiencia negativa de su vida en familia puede hacerle refractario a crear la suya propia o convertirle en un maltratador de su cónyuge o hijos; el fracaso en su proceso educativo o de capacitación profesional puede llevarle al uso de la violencia como forma de rechazo a la sociedad y convertirle en un delincuente contra el patrimonio. Se atribuye a Pitágoras esta frase: *"Educa al niño y no tendrás que castigar al hombre"* (51).

No es fácil dar una definición de seguridad que resulte universalmente aceptada: la seguridad consiste tanto en una situación social como en una sensación. Desde el primer punto de vista podríamos decir que la seguridad pública es el ambiente colectivo necesario para que los ciudadanos puedan cumplir sus deberes y disfrutar de sus derechos en pacífica convivencia pues no pueden actuar con garantías en una sociedad regida por el caos. La seguridad ciudadana es la manifestación visible de la voluntad general de vivir en

una comunidad organizada; es la concreción del compromiso, asumido por cada ciudadano, de ajustar su comportamiento a unas normas de relación libremente aceptadas y valoradas como beneficiosas para la comunidad.

La seguridad, como realidad observable, se aprecia en el orden público, en el grado de cumplimiento de las leyes, en la aceptación de la función asignada a los poderes públicos, en el mutuo respeto entre los ciudadanos y en su capacidad para convivir en armonía. Se aprecia también en la forma y talante con que los miembros de los Cuerpos policiales cumplen sus funciones.

Como sensación, la seguridad coincide con el estado de ánimo propio de quien se considera libre de peligro para su vida e integridad física y exento de riesgos que limiten la disponibilidad de sus bienes o dificulten el ejercicio de sus derechos. A la sensación personal de seguridad se llega por la convicción de que no existen en el entorno amenazas graves para nuestros intereses. Pero la amplitud del entorno personal es relativa; a la experiencia individual que permitiría a cada ciudadano valorar el grado de seguridad que observa en sus inmediaciones se suman multitud de noticias que hablan de los ataques sufridos por terceras personas en cualquier punto del globo. Los medios de comunicación nos informan a diario de la inseguridad en zonas muy distantes y hasta nos convierten en espectadores de hechos sangrientos ocurridos en lugares del mundo muy distantes. Existe una clara diferencia entre la sensación de inseguridad a que llegaría cada persona según su propia experiencia y la resultante de añadir, a esas vivencias personales, las noticias de vicisitudes ajenas difundidas por los medios de comunicación social. El ámbito del que proceden noticias que fomentan la sensación de inseguridad es mucho más amplio que aquel otro del que surgen los riesgos reales para el ejercicio de nuestros derechos.

La Administración pública debe cumplir sus funciones de manera eficiente; es decir, con eficacia y al menor coste posible. Aplicando este criterio a la actividad profesional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad resulta que la seguridad pública ha de garantizarse no sólo con el mínimo coste económico sino

también con el menor quebranto de los derechos que los ciudadanos tienen reconocidos; entre ellos, ocupa lugar destacado el derecho a la libertad.

Por ser los ciudadanos destinatarios directos de los éxitos o fracasos en esta materia, la seguridad es asunto de todos; no es sólo cosa de policías. Los ciudadanos deben valorarla positivamente e implicarse en su mantenimiento; debe fomentarse el desarrollo de una cultura colectiva sobre la seguridad que induzca a cooperar con las Fuerzas y Cuerpos policiales. Los Agentes de la Autoridad deben aprovechar toda ocasión de que dispongan para transmitir a los contribuyentes su interés por la seguridad de todos. Si la atención que prestan al ciudadano es claramente mejorable, los funcionarios policiales están perdiendo el apoyo de la población que resulta básico en el desempeño de la difícil actividad policial. El ciudadano tiene derecho a recibir un trato correcto y debe estar convencido de que le interesa favorecer el orden público porque ese orden beneficia a todos en general y a él en particular.

En cierta medida, todos somos responsables del grado de seguridad pública que disfrutamos, pero especialmente quienes dedican su vida a desempeñar la profesión policial. Si cuando ejercen su profesión los funcionarios policiales proyectan una imagen positiva, eficiente y tranquilizadora, si conservan una buena forma física y prestan su servicio correctamente aseados y uniformados, si mantienen una actitud expectante, si controlan el entorno al que alcanza su responsabilidad, si observan el comportamiento de las personas que se mueven en él y si actúan con corrección y dominio profesional están contribuyendo a fomentar la sensación de seguridad.

Esta sensación se refuerza también cuando el ciudadano advierte que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad ejercen un eficaz control sobre la actividad de quienes viven de forma irregular, cuando los funcionarios policiales son respetuosos y respetados, cuando pueden imponer su autoridad sin recurrir a la compulsión y cuando, por actuar correctamente, conservan el amparo que el ordenamiento jurídico les brinda en el cumplimiento de su misión.

La seguridad se pone en riesgo cuando los funcionarios policiales no ofrecen una imagen ajustada a la trascendencia de su función, cuando carecen de la necesaria formación y pericia profesionales, cuando por razón de su número, de su equipamiento o de la técnica operativa empleada afrontan un servicio en desventaja con los infractores o les permiten intuir que resulta ventajoso resistirse a los agentes o emplear la violencia y escapar.

A fomentar la sensación de seguridad contribuye el funcionamiento de un buen servicio de información no sólo porque facilita el conocimiento oportuno de cualquier vulneración de la ley y favorece la rápida respuesta policial sino también porque permite una actuación dirigida expresamente hacia los responsables. Una actuación selectiva evita molestias a la sociedad. Sin información se proyecta la idea de desorientación policial y muchos ciudadanos se sienten víctimas potenciales de una acción represora indiscriminada. Todo funcionario policial debe procurar el conocimiento detallado de las personas que viven, trabajan o se mueven en el ámbito de su responsabilidad; de tal conocimiento surge la oportunidad de obtener informes útiles para el servicio. Debe existir un banco de datos de interés policial debidamente actualizado; la información detallada y fiable es el mejor apoyo para que el mando operativo coordine la actuación de sus hombres, tome decisiones acertadas en la práctica del servicio y ahorre esfuerzo a sus subordinados y molestias a los ciudadanos. A mi juicio, los datos que permiten construir el esquema esencial de la forma de vida de cada persona deben ser tan confidenciales como sea posible y, a la vez, tan permeables como sea necesario para satisfacer necesidades fundamentales de interés colectivo. El equilibrio entre el respeto a la intimidad personal y la protección de la seguridad ha de alcanzarse mediante normas realistas que ponderen acertadamente los intereses en conflicto.

La sensación de seguridad no sólo depende de la actuación policial; a incrementarla o reducirla contribuyen también todas las instituciones públicas y de forma muy destacada la actuación de jueces y tribunales de lo penal. La frecuente noticia de que un presunto delincuente ha sido detenido y puesto a disposición judicial multitud de veces lleva al ánimo

de los ciudadanos la sensación de que las instituciones no funcionan correctamente o que el ordenamiento jurídico no satisface las necesidades de la sociedad.

La capacidad operativa de una institución policial depende, en gran medida, del número de funcionarios que la integran; pero ese factor, con ser importante, no lo dice todo. Cada funcionario policial puede mejorar su rendimiento si se esfuerza por alcanzar el mayor nivel de capacitación profesional, por simplificar y depurar los procedimientos de trabajo, por disponer del equipamiento adecuado y utilizarlo con el mayor rendimiento, por reducir la burocracia y por adquirir y proyectar la solvencia moral que exige una profesión tan importante como la que ejerce.

Los funcionarios que prestan servicio policial deben desempeñar su actividad sin esperar que la sociedad reconozca su dedicación o el riesgo que asumen en el cumplimiento de su servicio. Su profesión pierde gran parte de su esencia cuando se la despoja de la generosidad y abnegación que le son propias. Mientras un sector de la sociedad se halla más predispuesto a resaltar los errores que a proclamar los éxitos policiales, la inmensa mayoría de los ciudadanos reconocen la labor que cada día y sin esperar nada a cambio prestan los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad (52).

La ingratitud es, con frecuencia, la moneda de pago de quien ha recibido un favor de tal magnitud que no puede devolver; si no es capaz de corresponder a la atención recibida, suele reaccionar olvidando el beneficio o ignorando al benefactor. En uso de su libre albedrío, la condición humana se inclina con frecuencia al mal. Ernesto Sábato se duele de esta circunstancia al decir que *"a un hombre no le basta con haber escapado a la tortura y a la muerte para vivir contento; en cuanto empieza a adquirir nueva seguridad, el orgullo, la vanidad y la soberbia, que al parecer habían sido aniquiladas para siempre, comienzan a reaparecer como animales que hubieran huido asustados; y en cierto modo a reaparecer con mayor petulancia, como avergonzados de haber caído hasta ese punto. No es difícil que, en tales circunstancias, se asista a actos de ingratitud"* (53).

La actuación policial bien prestada consti-

tuye un elemento de primer orden en la educación colectiva. Garantiza la aplicación de las leyes dirigidas a fomentar, en los ciudadanos, comportamientos correctos y a proporcionarles un caudal de valores cívicos cuya asimilación, valoración y aplicación facilitan la convivencia.

Al garantizar la vigencia del derecho, la actividad policial crea el ambiente necesario para mirar al futuro con esperanza, para trazar proyectos que se dilaten en el tiempo y para disfrutar, en el momento oportuno, de los derechos que estamos consolidando a lo largo de nuestra vida. Sin la labor policial, que permite conocer las vulneraciones de la ley, descubrir a los responsables y denunciar las infracciones perpetradas para que las autoridades puedan hacer efectiva la potestad punitiva que tienen atribuida, el ordenamiento jurídico carece de poder coercitivo y se convierte en mera filosofía. Sin policía no puede ser eficaz la labor que desempeñan los poderes públicos. ¿De qué sirve que se dicten leyes sabias, dirigidas a conseguir el bien común, si nadie vela por su cumplimiento? ¿Quién crea las condiciones de hecho necesarias para garantizar el libre ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos? ¿Qué eficacia tiene una sentencia si los Jueces y Tribunales carecen de la fuerza compulsiva necesaria para hacerla cumplir? Sin policía no puede existir la sociedad porque no se garantiza la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Sin policía se impone la ley del más fuerte.

George Orwell pone duras palabras en boca de dos personajes de su novela "1984". Uno de ellos, O'Brien, dice así:

"- Vamos a ver, Winston, ¿cómo afirma un hombre su poder sobre otro?"

Winston pensó un poco y respondió:

- Haciéndole sufrir.

- Exactamente, haciéndole sufrir. No basta con la obediencia. Si no sufre, ¿cómo vas a estar seguro de que obedece tu voluntad y no la suya propia? El poder radica en infligir dolor y humillación. El poder está en la facultad de hacer pedazos los espíritus y volverlos a construir dándoles nuevas formas elegidas por ti" (54).

La policía es una de las instituciones fundamentales de todo Estado porque contribuye, como ninguna otra, a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos; especialmente de aquellos que carecen de medios para defender por sí mismos su propia dignidad en una sociedad materialista y competitiva. La policía hace presente, en todo momento y lugar, el concepto de autoridad, seguridad y orden y aporta, al ejercicio efectivo de los poderes públicos, la dosis de humanidad y proximidad al ciudadano que caracteriza el funcionamiento de las instituciones en una auténtica democracia.

Las instituciones policiales resultan imprescindibles para la sociedad; de esta sociedad reciben la legitimación de su existencia y el refrendo en el desempeño de sus misiones específicas. La policía ejerce el monopolio de la compulsión jurídica y materializa la reacción inmediata de la sociedad ante el crimen, el desorden y la amenaza o la coacción injustas; es una de las funciones fundamentales en la estructura orgánica de un país: detecta oportunamente las necesidades que siente la sociedad y les da satisfacción correcta. La evolución de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad debe montarse sobre los mismos vectores que impulsan el desarrollo de la sociedad de la que forma parte y a la que sirve.

En las últimas décadas, el mundo occidental ha vivido un proceso de exaltación de la libertad sin que se resintiera gravemente la seguridad; los ciudadanos han venido soportando un cierto deterioro de la seguridad como consecuencia de los hábitos de conducta generados por esa tendencia de la libertad a su permanente expansión. No es fácil determinar qué grado de inseguridad resulta tolerable o, dicho de otro modo, en qué momento se siente realmente insegura una persona. Al margen de subjetividades, resulta inadmisibles el grado de inseguridad que impide a los ciudadanos actuar a impulsos de su propia voluntad y les obliga a cambiar sus hábitos de conducta; pero la utilidad de este criterio parece escasa porque, una vez establecidas nuevas formas de comportamiento, puede recrudescerse la sensación de inseguridad y obligar a una readaptación a las nuevas circunstancias. Toda situación, por mala que sea, puede empeorar.

Recientes acontecimientos han llevado a los ciudadanos de todo el mundo la sensación de quedar al alcance de cualquier acción terrorista. Nadie está totalmente protegido frente a esta forma criminal de lucha utilizada para enfrentar violentamente a culturas, religiones, ideas políticas y formas de gobierno o para alcanzar el poder o materializar aspiraciones de dudoso encaje en el ordenamiento constitucional de un país. El terrorismo pretende alterar gravemente la paz social, subvertir el orden público; ese objetivo no lo pueden alcanzar por sí solas las bandas criminales. Quien planifica el terrorismo necesita movilizar a la población contra los poderes públicos y, para ello, ha de sembrar el miedo en quienes sobreviven a los sucesivos atentados. Los responsables del terrorismo aspiran a poner de manifiesto la incapacidad del poder constituido para proteger a los ciudadanos y evidenciar la supuesta omnipresencia del grupo terrorista. Asesinar a una o más personas o causar daños en bienes patrimoniales públicos o privados es el objetivo fijado a los autores de un atentado; las víctimas y los destrozos materiales producidos en esas acciones criminales de esta naturaleza son simples elementos para sembrar el pánico, para llevar la sensación de inseguridad a la población, para doblegarla, movilizarla e impulsarla contra las instituciones y para conseguir así la claudicación de los poderes públicos ante las exigencias del grupo político en cuyo beneficio actúan los criminales: el terrorismo es enemigo radical de la libertad.

La lucha contra el terrorismo exige la colaboración de todos. Los ciudadanos debemos tener claras algunas ideas: el terrorismo está planificado y sostenido por un grupo político, económico, cultural o religioso que utiliza esta forma de acción para lograr sus fines; los terroristas son las primeras víctimas de la extorsión propia del ambiente en que están inmersos; los terroristas aprovechan las ventajas que les brinda un sistema permisivo de organización social y un control policial basado en la fiabilidad de las personas; ni los terroristas ni quienes les manipulan o apoyan pueden obtener beneficio alguno de los atentados cometidos; el terrorismo no puede alcanzar su objetivo de abrir una brecha entre la sociedad y los poderes constituidos; a cada

acción terrorista debe seguir una respuesta pública y masiva de afirmación democrática y apoyo al Gobierno y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y ello desde todos los sectores de la población, coincidan o no con la opción política del partido en el poder.

El propósito de impedir o dificultar la comisión de atentados terroristas obliga a adoptar medidas de seguridad que alteran el equilibrio entre seguridad y libertad que se venía disfrutando; esas medidas resultan incómodas para los ciudadanos porque causan molestias. Todos debemos valorar los beneficios que pretenden conseguir las nuevas medidas de control público y entender que la cuota de libertad que perdemos al cumplirlas queda ampliamente compensada con el incremento de la seguridad general que ganamos. Las instituciones y los ciudadanos deben adaptarse de buen grado a la nueva situación si quieren recuperar un día su tradicional funcionamiento y estilo de vida. Los funcionarios policiales no sólo están obligados a cumplir con rigor las medidas de seguridad que adopten los poderes públicos, sino que son la representación de la Autoridad al alcance de aquellos ciudadanos que están sufriendo restricciones en el ejercicio de sus derechos subjetivos; los agentes de policía reciben las descargas de la posible irritación ciudadana y han de soportarlas con resignación; han de extremar la corrección en el estar, en el decir y en el hacer profesionales. Por su parte, los ciudadanos deben reflexionar para convencerse de la necesidad de las medidas adoptadas pues buscan el bien común y el restablecimiento de la convivencia pacífica.

En una de sus obras, Anthony de Mello cuenta esta breve historia:

"Una oveja descubrió un agujero en la cerca y se escabulló a través de él. Estaba feliz de haber escapado. Anduvo errando mucho tiempo y acabó desorientándose. Entonces se dio cuenta de estaba siendo seguida por un lobo. Echó a correr y a correr..., pero el lobo seguía persiguiéndola. Hasta que llegó el pastor, la salvó y la condujo de nuevo, con todo cariño, al redil. Y a pesar de que todo el mundo le instaba a lo contrario, el pastor se negó a reparar el agujero de la cerca" (55).

De este relato cada uno puede extraer sus propias conclusiones. Es posible que el pastor supiera que la cerca tenía un agujero e incluso que conociera las ansias de libertad de la oveja; puede ser que estuviera observando su huida del redil y el camino que tomaba en su escapada pues fue a buscarla exactamente en la dirección correcta y así pudo llegar en el momento oportuno para salvarla de un posible ataque del lobo. Parece seguro que el pastor conocía bien a la oveja del cuento; sabía que sus ansias de libertad eran absolutas pues que no estaban contrapesadas por ninguna otra circunstancia. Desde la situación de seguridad total que le ofrecía la cerca del redil deseaba, por encima de todo, sentirse libre. Pero una vez logrado su propósito experimentó la sensación de inseguridad; tuvo que compartir su libertad con los demás habitantes del bosque, incluso con el fuerte instinto de cazar que forma parte de los impulsos naturales del lobo. Cuando la oveja advirtió la presencia de su enemigo, la libertad perdió para ella gran parte de su atractivo y se le presentó, como objetivo apremiante, la necesidad de salvar la vida. En este estado de angustia vio con enorme alivio al pastor; al mismo pastor que hasta entonces le resultaba odioso porque restringía su libertad. A partir de ese día, la oveja supo que podía prescindir de una porción de su libertad para disfrutar, en seguridad, la libertad restante. Comprobó que la seguridad sólo se valora cuando se ha perdido; se dio cuenta de que la seguridad sin libertad es una ironía y que la libertad sin seguridad es bien poca cosa. Y ya no volvió a buscar agujeros en la cerca para escapar del redil.

Cada cual puede acudir a su propia experiencia para alcanzar el equilibrio subjetivo entre seguridad y libertad. Sin experiencia vital se corre el riesgo de supervalorar la libertad y menospreciar la seguridad. Es conveniente reflexionar sobre la interdependencia entre seguridad y libertad y entender que son cara y cruz de una misma moneda: se necesitan mutuamente porque una no se sostiene sin la otra.

La seguridad nunca es absoluta; nadie puede eliminar totalmente los riesgos que amenazan el disfrute de los derechos de los ciudadanos. Los poderes públicos deben

dedicar los recursos humanos y materiales necesarios para proporcionar a los ciudadanos el mayor nivel de libertad que en cada momento estimen oportuno; deben esforzarse por alcanzar el equilibrio adecuado entre esos dos bienes; deben tener en cuenta que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad concurren al sistema productivo nacional aportando un bien absolutamente imprescindible, pues proporcionan el nivel de seguridad suficiente para que, en uso de su libertad, todos y cada uno de los ciudadanos puedan diseñar proyectos y emprender su desarrollo sin temor a la incertidumbre o a injerencias arbitrarias porque el presente ofrece las debidas condiciones de estabilidad y el futuro se manifiesta esperanzador si se siguen respetando las normas de convivencia. La paz social es tan necesaria para el desarrollo de los pueblos que en el momento en que comienza una época de inestabilidad social se inicia una crisis económica de más larga duración que aquella pues no puede haber libertad y progreso en una sociedad insegura.

NOTAS

(1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH), de 10 de diciembre de 1948, fue adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

(2) Artículo 1.º de la DUDDHH.

(3) Artículo 1.º de la DUDDHH.

(4) Artículo 3.º de la DUDDHH.

(5) Artículo 5.º de la DUDDHH.

(6) Preámbulo de la DUDDHH.

(7) Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979.

(8) Protocolo de 16 de diciembre de 1966 al que se adhirió España por Instrumento de 17 de enero de 1985.

(9) Pacto Internacional de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977.

(10) Artículo 2.º 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(11) Preámbulo CE.

(12) Artículo 96.1 CE.

(13) Artículo 96.1, *in fine*, CE.

(14) Artículo 10.2 CE.

(15) Artículo 3.º de la DUDDHH.

(16) Preámbulo CE.

(17) Artículo 17.1 CE.

(18) Aristóteles: "La política", libro IV, capítulo XIII.

(19) Artículo 14 CE.

(20) Artículo 20.1 CE.

(21) Artículo 35 CE.

(22) Artículo 19 CE.

(23) Artículo 20.1.b) CE.

(24) Cervantes Saavedra, Miguel de: "Don Quijote de la Mancha", segunda parte, capítulo XLIX.

(25) Artículo 9.2 CE.

(26) Artículo 66.2 CE.

(27) Artículo 1 CE.

(28) Artículo 53.1 CE.

(29) Artículo 53.1 CE.

(30) Artículo 82.1 CE.

(31) Artículo 86.1 CE.

(32) Artículo 106.1 CE.

(33) Artículo 108 CE.

(34) Artículo 113.1 CE.

(35) Artículo 117.3 CE.

(36) Artículo 117.2 CE.

(37) Artículo 10.2 de la Constitución española (CE).

(38) Artículo 53.2 CE.

(39) Artículo 10.1 CE.

(40) Artículo 9.3 CE.

(41) Es la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP).

(42) Artículo 1.1 CP.

(43) Artículo 2.1 CP.

(44) Artículo 2.2 CP.

(45) Artículo 4.1 CP.

(46) Artículo 5 del Código Civil.

(47) Artículo 104.1 CE.

(48) Artículo 149.1.29 CE.

(49) Artículo 106.2 CE.

(50) Artículo 139.1 de la Ley 30/1992, citada.

(51) Pitágoras no dejó obra escrita que haya llegado a nuestro conocimiento.

(52) El 15 de enero de 2004 fue entregado al Cuerpo de la Guardia Civil y al Cuerpo Nacional de Policía el XII Premio a la Convivencia que concede la Fundación Manuel Broseta, asesinado por terroristas.

(53) Sábato, Ernesto: "El nihil", capítulo XXVI.

(54) Orwell, George: "1984", parte tercera, capítulo III.

(55) Mello, Anthony de: "El canto del pájaro", Ed. Sal Terrae, Santander, 1982, p. 198.

El Papel de la Guardia Civil en el SEPBLAC

Introducción

Casi todos los días leemos en los medios de comunicación, alguna referencia a la denominada “sociedad de la información”, este nuevo paradigma evoca diversas ideas, tales como disponibilidad de una gran cantidad de información, rapidez y facilidad en el acceso a todo tipo de datos. Todo ello pone de relieve el creciente valor del conocimiento, frente a la mera posesión de objetos materiales.

Para las personas que llevamos algún tiempo en el mundo de la investigación del blanqueo de capitales o en el campo de la investigación de la delincuencia económica en general, esta idea sobre la sociedad de la información presenta otros matices.

Cuando una unidad de policía judicial inicia una investigación económica de forma proactiva, es decir sin que exista ningún tipo de denuncia previa, (como ocurre en la mayor parte de las investigaciones de blanqueo de capitales) su trabajo se complica enormemente en estas etapas iniciales de la investigación.

En primer lugar, será necesario obtener los primeros indicios delictivos que permitan motivar el inicio de unas diligencias judiciales. En la mayor parte de las ocasiones para obtener estos indicios, será imprescindible consultar fuentes de información, sólo accesibles mediante mandamientos judiciales.

Esta situación que se acaba de describir, es por así decirlo una especie de pescadilla que se muerde la cola: “*No hay indicios, entonces no hay mandamientos judiciales y como no tenemos mandamientos no podemos acceder a los indicios*”. El resultado final, en ocasiones es la imposibilidad material de iniciar este tipo de investigaciones.

La intención de este alegato inicial, no es por supuesto hacer apología del acceso libre e indiscriminado de las Fuerzas de Seguridad a este tipo de información. Como es lógico y normal, nuestro ordenamiento jurídico garantiza, que las fuentes necesarias para esta clase de investigaciones, en la mayor parte de los casos tengan carácter altamente confidencial y que por tanto su utilización deba ser sometida a todo tipo de controles, que permitan verificar su correcta utilización.

Sin embargo, lo que deberían ser accesos restringidos y controles exhaustivos frecuentemente se transforman en muros insalvables.

Esta clase de información, en unos casos es gestionada por instituciones privadas y en otros es de tipo oficial-administrativo y se encuentra fragmentada en numerosas organismos públicos y diferentes departamentos ministeriales.

Resulta paradójico, y, por qué no decirlo, doloroso también, comprobar cómo a veces, existen menos trabas y es más sencillo trabajar con instituciones privadas que con organismos de la propia administración pública.

Estos organismos públicos, en algún caso concreto, quizás por un sentido de celo profesional mal entendido, gestionan “su” información de una manera totalmente patrimonialista, amparándose para ello, en interpretaciones excesivamente restrictivas de nuestra normativa en materia de protección de datos de carácter personal y exhibiendo en general un espíritu de escasa o nula colaboración, cuando la información debe utilizarse fuera de sus ámbitos de actuación o de sus parcelas administrativas.

Para intentar encontrar posibles soluciones a los problemas antes apuntados, tenemos modelos y referencias suficientes en los países de nuestro entorno cultural, que una vez adaptadas a nuestra normativa, permitirían mejorar sensiblemente las vías de acceso a la información de tipo económico y el rendimiento de nuestras unidades de policía judicial en esta materia.

Todo esto ocurre en el nivel estatal, pero si nos trasladamos al plano internacional, el panorama se complica todavía más, si cabe.

España se encuentra plenamente insertada en una economía globalizada, en la que poco a poco han ido disminuyendo las barreras e impedimentos a la libre circulación de capitales. Las nuevas tecnologías permiten realizar infinidad de transferencias a grandes distancias de manera casi instantánea, y además existen paraísos fiscales que son verdaderos “agujeros negros” en los que desaparece cualquier rastro sobre el origen o el destino del dinero. Esta situación, genera unos enormes flujos monetarios en constante circulación, con la consiguiente deslocalización geográfica tanto de capitales como de operaciones financieras.

El dinero en circulación no encuentra fronteras de ningún tipo, mientras que la acción de la justicia y de la policía en cambio se ve constantemente obstaculizadas por todo tipo de impedimentos, insalvables cuando se trata de paraísos fiscales o jurisdicciones no cooperantes.

Reuniendo todos estos elementos, se establece una batalla desigual entre las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los sujetos que la vulneran, especialmente preocupante en el caso de la denominada delincuencia de cuello blanco.

Para describir esta situación, podríamos acudir al símil de una carrera, en la que participan una liebre y una tortuga. El reparto de papeles estaría muy claro, los delincuentes y las transacciones electrónicas serían las liebres y las autoridades judiciales y policiales con sus comisiones rogatorias internacionales y mecanismos actuales de intercambio de información, las tortugas.

Para romper estos círculos viciosos que se producen en las fases preprocesales de una investigación policial, y con el fin de facilitar y agilizar el acceso a numerosas fuentes de información de tipo económico, tanto nacionales como internacionales, adquiere una importancia fundamental el papel que desempeña el SEPBLAC y su trabajo conjunto con las unidades de policía judicial.

Antes de entrar más a fondo en el tema, conviene aclarar la primera duda que pueda albergar cualquier profano en la materia ante estas siglas que aparecen en la cabecera del artículo. El acrónimo SEPBLAC corresponde a Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, tradicionalmente conocido simplemente por Servicio Ejecutivo, denominación que se utilizará de aquí en adelante.

A lo largo de este artículo se comenta cual es el papel de la Guardia Civil en el seno del Servicio Ejecutivo, pero no quisiera dejar pasar esta ocasión, sin comentar otras cuestiones que inevitablemente surgen al evocar este tema, y que intentan dar respuesta a algunas preguntas, tales como ¿Cuál es el papel del Servicio Ejecutivo desde el punto de vista de la Guardia Civil?, ¿Cuál es el papel del Servicio Ejecutivo en general, dentro y fuera de España?

1. Marco legal Nacional

Con el fin de tratar de explicar los fundamentos legales que sustentan la actuación del Servicio Ejecutivo y de la Unidad de la Guardia Civil adscrita al mismo, en este apartado se explican y comparan brevemente los ámbitos normativos que regulan sus actividades, tanto en materia de prevención y lucha contra el blanqueo de capitales, como en el campo de la prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

En materia de blanqueo de capitales, contamos como piedra angular con la Ley 19/1993 sobre determinadas medidas de prevención de blanqueo de capitales (modificada por la Ley 19/2003) junto con su reglamento de desarrollo (Real Decreto 925/95 de 9 de junio) y en materia de prevención de la financiación del terrorismo, existe únicamente la Ley 12/2003 sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

Mientras la normativa en materia de prevención de blanqueo de capitales, define un sistema que ya ha alcanzado un cierto grado de madurez y un contrastado grado de eficacia, la normativa y el modelo de trabajo en materia de prevención y lucha contra la financiación del

terrorismo, no están todavía definidos y presentan a mi juicio importantes carencias, justificadas quizás por el corto espacio de tiempo transcurrido, desde los trágicos sucesos que en septiembre del año 2001, desencadenaron su inicio y su posterior desarrollo.

Como ya se apuntaba en el párrafo anterior el sistema de prevención del blanqueo de capitales establecido en nuestro país es fruto en su mayor parte de un proceso de transposición al ordenamiento interno de normas y documentos elaborados en diferentes foros internacionales. Este proceso se inicia a finales de los años ochenta y progresivamente sobre este sustrato foráneo, se han ido incorporando las particularidades y las necesidades específicas de nuestro país.

En cambio en materia de financiación del terrorismo este proceso, como ya se ha indicado antes, prácticamente acaba de comenzar. En este caso las fuentes externas (Resoluciones de Naciones Unidas, normativa europea y recomendaciones especiales del GAFI¹) son mucho más recientes.

Por estos motivos, el nuevo modelo que se intenta definir en el ámbito de la prevención y de la lucha contra la financiación del terrorismo, se asienta en gran parte sobre la experiencia ya adquirida anteriormente en el campo de prevención de blanqueo de capitales, pero en esta caso simultáneamente también se están explorando nuevas fórmulas para intentar abordar una problemática novedosa y bastante más desconocida que la anterior.

Las posibles carencias o disfunciones a las que me refería anteriormente, se pueden deducir rápidamente si comparamos los dos sistemas de referencia (prevención de blanqueo de capitales y prevención de financiación del terrorismo) tal y como se contemplan en la actual legislación española.

1.1. Normativa sobre prevención del blanqueo de capitales.

La citada Ley 19/1993 y otras normas relacionadas con la misma, regulan las obligaciones, las actuaciones y los procedimientos para prevenir e impedir la utilización del sistema financiero, así como la de otros sectores de la actividad económica, para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de acto de participación delictiva en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años (evidentemente, en esta categoría también se incluyen los delitos relacionados con el terrorismo).

¹ Las siglas GAFI corresponden al Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF siglas en inglés) se trata de un organismo intergubernamental cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La mayor parte de nuestro sistema de prevención de blanqueo de capitales procede de documentos elaborados por este organismo. Destaca por su importancia el documento que contiene sus 40 recomendaciones contra el blanqueo de capitales, más 8 recomendaciones especiales contra la financiación del terrorismo.

Para ello, las normas de prevención de blanqueo de capitales, establecen un conjunto de “sujetos obligados”, entre los cuales destacan por su importancia las entidades de crédito ², un régimen de comunicación de información y de obligaciones a las que se someten dichos sujetos, unos accesos autorizados a las principales fuentes de información nacionales e internacionales relacionadas con la materia.

Estas mismas normas crean unos órganos específicos encargados de verificar su propio cumplimiento, aplicar sanciones en su caso, gestionar la información generada por el sistema, y proponer mejoras que garanticen su evolución y adaptación a las nuevas circunstancias.

Las fuentes de información a las que puede acceder el Servicio Ejecutivo en esta materia son prácticamente todas o al menos las más importantes, incluida la información de tipo tributario. En este apartado hay que destacar una extraña excepción: concretamente, la información procedente de Seguridad Social no está contemplada en este ámbito de actuación, a pesar de su innegable utilidad para este tipo de investigaciones.

Los órganos específicos contemplados por la ley, son en primer lugar la *Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias* (CPBCIM) presidida por el Secretario de Estado de Economía y en la que se integran la práctica totalidad de las instituciones relevantes en esta materia. La Guardia Civil se encuentra representada en esta Comisión por su Director General.

Esta Comisión se reúne periódicamente y puede actuar en pleno o a través de un *Comité Permanente*. Sus funciones ³ son de tipo directivo en el máximo nivel y su finalidad es la de impulsar y coordinar la ejecución de la propia ley.

Para llevar a cabo su cometido y descendiendo ya desde un plano estratégico al plano operativo, la Comisión cuenta con el apoyo de una Secretaría y del Servicio Ejecutivo.

La Secretaría corresponde al titular de la Subdirección General de Inspección y Control de Movimientos de Capitales (perteneciente a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera) y sus cometidos consisten en la elaboración de proyectos de normas relacionadas con la aplicación de las infracciones en esta materia y la incoación de procedimientos sancionadores.

Las funciones encomendadas por ley al Servicio Ejecutivo se tratarán en detalle más adelante.

² El conjunto de sujetos obligados se detalla en el artículo 2 de la Ley 19/93 en el que se incluyen todos los sectores de actividad económica o financiera susceptibles de ser utilizados para el blanqueo de capitales y recientemente se han incorporado también algunos casos procedentes de la normativa de control de movimientos de capitales.

³ Dirigir e impulsar las actividades de prevención de blanqueo de capitales, coordinar la actuación de los órganos de las administraciones públicas que tengan atribuidas competencias en esta materia, colaborar con las Fuerzas de Seguridad del Estado, garantizar el más eficaz auxilio en esta materia a los órganos judiciales, Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial

1.2. *Normativa sobre prevención de la financiación del terrorismo.*

Cambiando de marco de referencia y sin entrar a analizar en detalle el contenido de la Ley 12/2003 sobre prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, sí se pueden comentar algunos rasgos que la diferencian de la Ley 19/1993 y del sistema de prevención del blanqueo de capitales en general.

Leyendo la exposición de motivos de la propia Ley 12/2003 podemos encontrar algunas de las claves que inspiran el resto del articulado ⁴ y que dan origen a mi juicio a algunas disfunciones.

En esta exposición de motivos, se dice que la actividad de prevención de las actividades de financiación del terrorismo se sustenta fundamentalmente en la posibilidad de bloquear fondos o prohibir la apertura de cuentas, y en segundo plano se sitúa la posibilidad de examinar operaciones sospechosas, identificar y combatir los canales financieros utilizados, identificar la verdadera naturaleza de los fondos y determinar la identidad de los titulares reales de los mismos.

Este especial énfasis en la acción de “bloquear” este tipo de actividades, sin duda está justificado por la necesidad de dar cumplimiento a lo establecido en la resolución 1373 de Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en la que se ordena a los estados “la congelación sin dilación de los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo...” ⁵ como así lo reconoce la propia Ley 12/2003 en su exposición de motivos.

La necesidad de cumplir con el mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha condicionado hasta tal punto el enfoque adoptado por nuestra normativa a la hora de afrontar el problema de la financiación del terrorismo, que prácticamente todo el articulado de la misma gira entorno a esta misma idea.

⁴ Ley 12/2003 EXPOSICIÓN DE MOTIVOS II “Para prevenir las actividades de financiación del terrorismo e impedir la utilización con tal propósito del sistema financiero en una economía globalizada, el principio en el que se inspira esta ley no es otro que la posibilidad de bloqueo de cualquier tipo de flujo o posición financiera para evitar la utilización de los fondos en la comisión de acciones terroristas, disponiéndose al tiempo de la capacidad para identificar y combatir los canales financieros del terrorismo, verificando la verdadera naturaleza de los fondos, su origen, localización, disposición y movimientos o la identidad de los titulares reales de estas transacciones “

⁵ Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas concretamente el párrafo c) del apartado 1 a).

Existe un dicho popular que describe de manera perfecta y muy gráfica la disfunción que se plantea en este caso “*colocar la carreta delante de los bueyes*”.

Nada mejor que un ejemplo para comprender el alcance del problema. Para llegar a materializar un bloqueo de una cuenta, incluso en vía administrativa, salvo que el titular de la cuenta sea una de las personas o grupos incluidos en algunas de las listas oficiales de terrorismo ⁶, normalmente antes habrá sido necesario realizar una ardua labor previa de investigación y análisis de tipo económico.

Este trabajo previo, requiere el acceso a numerosas fuentes de información confidenciales, tanto nacionales como internacionales, con el fin de rastrear los orígenes y destinos del dinero, así como obtener las evidencias o indicios delictivos necesarios, para demostrar la existencia de actividades de financiación del terrorismo y finalmente probar la vinculación de unas personas con estos hechos.

Esta labor de investigación y análisis, conlleva un gran volumen de trabajo, por lo que será imprescindible contar con un equipo permanente de personal especializado, dotado de los accesos a las fuentes de información necesarias.

La Ley 12/2003 crea la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo (CVAFT) presidida por el Secretario de Estado de Seguridad, junto con cuatro vocales ⁷ y un Secretario, que en este caso es el Director del Servicio Ejecutivo. Esta ley, además asigna todas las funciones, competencias y accesos a fuentes de información contempladas en la ley tanto las de tipo directivo/estratégico como las de tipo operativo a dicha comisión.

En materia de financiación de terrorismo los niveles de acceso a la información asignados en este caso a la CVAFT, son similares a los anteriores, y además en este caso paradójicamente, sí se incluye la información procedente de Seguridad Social.

Esta Comisión es la única que puede recibir y procesar este caudal informativo, sin que la propia ley contemple la posibilidad de poder delegar sus funciones.

La captación y recepción de la información relacionada con la financiación del terrorismo se asienta sobre el mismo sistema establecido para la prevención del blanqueo de capitales, es decir los mismos sujetos obligados comunican la información sospechosa de estar relacionada

⁶ En este caso bastarán unas simples comprobaciones para verificar la coincidencia de identidades. Existen listas elaboradas o contenidas en Reglamentos o en Posiciones Comunes del Consejo CE, y además se pueden contemplar otro tipo de listas nacionales o internacionales, que existan o que se creen en el futuro, bien sean de obligado cumplimiento en España o simplemente a efectos informativos.

⁷ Un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal General del Estado, un representante de los Ministerios de Justicia, del interior y de Economía designados por los titulares de los departamentos respectivos. El Presidente cuando lo estime conveniente podrá convocar a expertos en las materias de su competencia, para el asesoramiento específico en algunos de los asuntos a tratar.

con la financiación del terrorismo al Servicio Ejecutivo y éste se limita a trasladar el contenido de estas comunicaciones tal y como se reciben, a la Comisión, sin realizar ningún tipo análisis o investigación adicional.

Otra cuestión que se plantea y que queda sin resolver por el momento es ¿Qué ocurre con aquellas comunicaciones por sospecha de financiación de terrorismo que una vez analizadas por la CVAFT, no se sustancian en un acuerdo de bloqueo de cuentas? En muchas ocasiones este tipo de comunicaciones contienen indicios e informaciones que deberán ser analizados e investigados en profundidad ¿Qué tratamiento se debe dar a toda esta información?.

Como personal y órganos de apoyo de esta Comisión se contempla el apoyo de los servicios “que se determinen reglamentariamente y también del Servicio Ejecutivo” y por otra parte la convocatoria de expertos en las materias de su competencia cuando el presidente de esta Comisión así lo decida.

Finalmente es necesario comentar que todavía sigue pendiente de realizar el correspondiente desarrollo reglamentario de esta ley ⁸, por lo que su grado de operatividad se encuentra limitado.

Para cerrar este capítulo, simplemente decir que el objeto del mismo ha sido intentar esbozar el marco normativo y las directrices generales en materia de prevención de blanqueo de capitales y de prevención de la financiación del terrorismo, imprescindibles para comprender mejor el trabajo desarrollado conjuntamente por el Servicio Ejecutivo y la Guardia Civil.

2. *Marco internacional.*

Como ya se dijo al principio el ordenamiento español en materia de prevención de blanqueo de capitales es en gran parte fruto de un proceso de transposición al ámbito nacional de diferentes textos originados en organismos internacionales. Esta circunstancia aporta una gran ventaja, ya que garantiza cierta homogeneidad en los enfoques y planteamientos adoptados en las diferentes jurisdicciones nacionales y facilita el intercambio de información entre las mismas.

A continuación se explican brevemente los principales foros y mecanismos de intercambio de información financiera entre países.

2.1. *Grupo Egmont.*

⁸ La propia ley fijaba un plazo máximo de seis meses a partir del momento de su entrada en vigor (23/05/2003) para que el “Gobierno aprobara las disposiciones reglamentarias necesarias para su ejecución y desarrollo”.

En este apartado dedicado a la vertiente internacional del Servicio Ejecutivo, es conveniente dedicar algunas líneas a explicar, qué es una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

Esta denominación de UIF, se adoptó en 1.997 siguiendo las directrices establecidas por un grupo informal de trabajo denominado Grupo Egmont. Una breve definición del concepto de UIF podría ser la siguiente:

Agencia central nacional, encargada de recibir y analizar información procedente de las instituciones financieras y presentar los casos sobre transacciones sospechosas o inusuales relacionados con blanqueo de capitales, financiación de terrorismo y/o cualquier tipo de delincuencia económica. Asimismo puede intercambiar este tipo de información con otras UIF,s en virtud de acuerdos bilaterales y normalmente bajo el principio de reciprocidad.

El Servicio Ejecutivo es la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) del estado español.

Existen algo más de 90 UIF,s en el mundo encuadradas en el mencionado Grupo Egmont. La finalidad principal de este grupo es estimular la cooperación internacional en diversas áreas de trabajo, especialmente en los campos de intercambio de información, y en la forma de compartir los mejores métodos y prácticas de trabajo.

Para acceder al grupo Egmont, las Unidades de inteligencia Financiera candidatas, deben someterse a un proceso de evaluación previo a su admisión, con el fin de comprobar si reúnen los mínimos requisitos necesarios. Una vez admitidas, ya es posible realizar el intercambio de información, y éste se realiza a través de una red informática segura.

2.2. *FIU Net.*

Desde marzo de 2002 el Servicio Ejecutivo se incorporó al proyecto FIU Net, para el intercambio de información entre Unidades de Inteligencia Financiera de la Unión Europea. Las UIF,s de la Unión Europea basan sus intercambios de información, en criterios derivados de normativa europea y en principio más ágiles ⁹ para estos intercambios se ha creado una red telemática propia.

3. *Funciones y actividades del Servicio Ejecutivo.*

⁹ Decisión 2000/642/JAI del Consejo 17 de octubre de 2000.

El Servicio Ejecutivo, con su actual denominación SEPBLAC, se crea en el año 1.993, mediante la citada ley 19/1993 ¹⁰, junto con la CPBCIM de la que depende.

Algunas de las funciones principales del Servicio Ejecutivo ya han sido comentadas anteriormente. A continuación se describen en detalle estas funciones ¹¹ que básicamente se pueden encuadrar y resumir en tres grupos principales:

- Recibir y analizar informaciones procedentes de los sujetos obligados y poner a disposición de las autoridades, los asuntos en los que se aprecien indicios de blanqueo de capitales.
- Supervisar la idoneidad y el correcto funcionamiento de los procedimientos y órganos de prevención de blanqueo de capitales de los sujetos obligados.
- Prestar auxilio a los órganos judiciales, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos administrativos competentes y además de auxiliar a la Comisión en todo aquello que ésta requiera.

Para realizar estas funciones, el Servicio Ejecutivo cuenta con un equipo multidisciplinar altamente cualificado, formado por 80 personas aproximadamente, procedentes de diferentes organismos, con dependencia orgánica de los mismos y dependencia funcional del Director del Servicio Ejecutivo (41 Empleados del Banco de España, 30 Funcionarios y personal administrativo del Cuerpo Nacional de Policía, 5 Funcionarios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y 3 Oficiales de la Guardia Civil).

Este personal se distribuye en 7 áreas de trabajo ¹², una de las cuales es la propia Unidad de la Guardia Civil adscrita al Servicio Ejecutivo (UGC-SEPBLAC).

¹⁰ En 1993 el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios (creado por Real Decreto 2391/1980) como órgano de trabajo de dicha Comisión y adscrito al Banco de España, adquiere su actual denominación , Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e infracciones Monetarias (SEPBLAC) centrandó su actividad progresivamente en la prevención e investigación del blanqueo de capitales. Hasta ese momento su actividad principal era la investigación de las infracciones de control de cambios, especialmente cuando todavía existía el delito monetario y un juzgado de la Audiencia Nacional especializado en este tipo de delitos.

¹¹ Ley 19/93, artículo 15, apartado 2

¹² Las 7 áreas que componen el Servicio Ejecutivo son la de Gestión y Planificación, Informática y Sujetos Obligados, Instrucción, Supervisión, Cooperación Internacional, Brigada de Investigación de Delitos Monetarios y Unidad de la Guardia Civil.

Para desarrollar su trabajo, el Servicio Ejecutivo se ha dotado de una manual de procedimientos, en el que cada una de las funciones antes comentadas se concreta en uno o varios procedimientos específicos de trabajo.

Todo ello esta soportado sobre una potente y avanzada herramienta informática de desarrollo propio, que permite la gestión integral de todos los trabajos y flujos de información del Servicio Ejecutivo.

La información que llega al Servicio Ejecutivo para su explotación, se puede clasificar en dos tipos:

- Información comunicada obligatoriamente por los sujetos obligados, bien con carácter sistemático y periodicidad mensual, denominada “Reporting sistemático”¹³ o bien puntualmente con motivo de una operación financiera en la que se aprecian indicios de blanqueo de capitales, denominada “comunicación sospechosa”.
- Información remitida como consecuencia de un requerimiento del Servicio Ejecutivo dirigido a un sujeto obligado, organismo o funcionario público ¹⁴ o a otra UIF de otros país.

El tratamiento y análisis de la información se realiza mediante dos procesos diferenciados:

- Las operaciones de *reporting sistemático* se reciben telemáticamente, se incorporan y se procesan de forma automática en la base de datos del Servicio Ejecutivo. Posteriormente mediante herramientas informáticas adecuadas se analizan, se generan alertas y se detectan posibles operaciones de blanqueo de capitales.
- El proceso de “instrucción de asuntos” se inicia por diferentes motivos y consiste básicamente en una secuencia de trabajos de análisis que se comentan a

¹³ Los sujetos obligados comunican vía reporting sistemático básicamente:

- Las operaciones relacionadas con movimiento físico de moneda o documentos al portador librados por entidades de crédito con excepción de los que sean de abono o cargo en cuenta y las operaciones con o de personas físicas o jurídicas residentes en territorios o países que tengan la consideración de paraíso fiscal o de jurisdicción no cooperante.
- Las importaciones y exportaciones de moneda metálica, billetes de banco o cheques bancarios al portador (estos datos deben declararse en impreso modelo B-1) y los cobros y pagos efectuados entre un residente y un no residente en los que tenga que rellenarse un impreso B-3.
- Diversas comunicaciones de tipo voluntario relacionadas con operaciones de cambio de moneda y transferencias recibidas o expedidas de/o hacia el exterior

¹⁴ Régimen colaboración del artículo 16 de la Ley 19/1993 aplicable a todos los funcionarios y a los diferentes supervisores sectoriales con el fin de que informen sobre posibles operativas de blanqueo de capitales detectadas por los mismos en el ejercicio de sus funciones y colaboren con el Servicio Ejecutivo.

continuación en el apartado dedicado a explicar el trabajo realizado por la Unidad de la Guardia Civil adscrita al Servicio Ejecutivo.

4. *Funciones y actividades de la Unidad de la Guardia Civil adscrita al Servicio Ejecutivo.*

La incorporación de personal de la Guardia Civil al Servicio Ejecutivo se ha producido muy recientemente, en virtud de una decisión adoptada por la Comisión de Prevención de Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, en la reunión celebrada el día 17 de septiembre de 2002 ¹⁵.

En octubre de ese mismo año se incorporó el primer oficial de la Guardia Civil y posteriormente se han incorporado dos oficiales más en la segunda mitad del año 2003, hasta un total de tres que la componen actualmente.

Las funciones que dicha Comisión asignó al personal de la Guardia Civil en el Servicio Ejecutivo, están orientadas a: Facilitar el intercambio de información entre estos dos organismos, realizar labores de análisis y apoyar las investigaciones que en esta materia desarrollen las unidades de la Guardia Civil.

Como ya se ha dicho antes, actualmente la Unidad de la Guardia Civil del Servicio Ejecutivo es una más de las siete áreas que lo componen y como tal tienen una serie de procedimientos de trabajo asignados, con el fin de dar cumplimiento a estas funciones.

Estos procedimientos asignados son idénticos a los que realiza la Brigada de Investigación de Delitos Monetarios, compuesta por personal del Cuerpo Nacional de Policía, también adscrito al Servicio Ejecutivo y se resumen a continuación:

- Instrucción de asuntos.
- Cooperación en la instrucción de asuntos por parte de otras áreas.
- Respuesta a solicitudes de información y colaboración con investigaciones de las unidades policiales.

El proceso de instrucción materializa en gran parte la función de análisis del Servicio Ejecutivo y de algún modo representa el *alma mater* del sistema de prevención del blanqueo de capitales.

¹⁵ Su presencia en el Servicio Ejecutivo, no esta recogida en ninguna de las normas sobre prevención de blanqueo de capitales, como si es el caso de la Brigada de Investigación de Delitos Monetarios del Cuerpo Nacional de Policía adscrita al Servicio ejecutivo.

Este procedimiento de trabajo, lo realizan conjuntamente el Área de Instrucción y las dos unidades policiales adscritas al Servicio Ejecutivo, y se puede estructurar en los siguientes pasos:

Apertura de un “Asunto”, por alguno de los siguientes motivos:

Recepción de una *comunicación sospechosa* o un acta de aprehensión de moneda en frontera, solicitud de información por parte de autoridades nacionales (en este apartado se incluyen las solicitudes procedentes de la Guardia Civil), solicitudes procedentes de otras UIF,s o posibles operativas de blanqueo de capitales obtenidas como fruto del análisis al que se ha sido sometido el citado reporting sistemático.

Una vez abierto el asunto se asigna a un instructor y éste analiza y aporta información adicional, para ello acude a tres tipos diferentes de fuentes de información:

- *Internas*, se trata de bases de datos directa o casi directamente accesibles para el Servicio Ejecutivo (Destacan por su importancia, Balanza de Pagos, antecedentes policiales tanto de Guardia Civil como de Cuerpo Nacional de Policial y todo tipo de registros públicos)
- *Externas*, es decir bases de datos, organismos oficiales o sujetos obligados a los que se requiere información sobre las personas, sociedades y operativas investigadas.(En este apartado cabe mencionar por su interés la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y los sujetos obligados especialmente las entidades de crédito)
- *Internacionales*, mediante solicitudes de información a Unidades de Inteligencia Financiera de otros países.

Finalmente el instructor confirma o bien descarta los indicios y sospechas de blanqueo de capitales y elabora los correspondientes informes de análisis, que una vez aprobados por la Dirección del Servicio Ejecutivo se ponen a disposición de las autoridades competentes.

La Unidad de la Guardia Civil, recibe estos asuntos, como un área más del Servicio Ejecutivo con funciones de instrucción y por tanto analiza, enriquece y finalmente difunde la información, siguiendo el esquema de trabajo descrito anteriormente.

El destinatario de este tipo de informes elaborados por la UGC-SEPBLAC no tiene por que ser exclusivamente la propia Guardia Civil ya que el o los destinatarios de los informes se eligen en función de diversos criterios de carácter objetivo, principalmente atendiendo a los antecedentes de todo tipo, obrantes sobre las personas investigadas.

El procedimiento de Cooperación en la instrucción, consiste en aportar a los instructores de otras áreas, que así lo requieran, todo tipo de antecedentes policiales y delictivos procedentes de las bases de datos de la Guardia Civil, y gestionar cualquier otro tipo de necesidad informativa planteada en sus solicitudes.

Estas necesidades informativas pueden ser muy variadas y normalmente consisten en la realización de gestiones y comprobaciones sobre el terreno. A título de ejemplo una gestión de este tipo, podría ser simplemente comprobar la existencia real de una empresa, de un local, o su verdadera actividad mercantil, o incluso informar sobre su posible volumen real de negocio, empleando para ello sencillos indicadores, fáciles de verificar.

Para atender todas estas solicitudes la UGC-SEPBLAC realiza por sí misma todas las consultas necesarias en las bases de datos de la Guardia Civil, ya que dispone de terminales informáticos de este cuerpo y dirige las solicitudes de gestiones que impliquen un “trabajo de calle” a la unidad de la Guardia Civil que mejor se encuentre en disposición de realizarlo.

El servicio que la UGC-SEPBLAC presta a la propia Guardia Civil se materializa en gran parte, respondiendo a las solicitudes de información realizadas por este cuerpo y colaborando en sus investigaciones cuando así se solicite.

Las solicitudes procedentes de la Guardia Civil, normalmente dan lugar a la apertura de un asunto en el Servicio Ejecutivo, sujeto a un tratamiento similar al de instrucción. Es decir se aportan todos los antecedentes obrantes en el Servicio Ejecutivo y se acceden a todas las fuentes de información que se consideran necesarias para completar el informe de respuesta. También se puede prestar un apoyo sostenido en el tiempo, cuando la Guardia Civil mantiene una investigación abierta y así lo solicita.

Un campo que es necesario potenciar y en el que se puede incrementar extraordinariamente la colaboración y el trabajo conjunto desde un punto de vista proactivo, es el de la explotación del Reporting Sistemático (declaraciones mensuales de operaciones por parte de los sujetos obligados). En esta materia la Guardia Civil puede aportar al Servicio Ejecutivo su experiencia y conocimiento sobre tipologías delictivas, a la hora de definir perfiles de operaciones sospechosas y pautas de explotación de datos.

El sistema de intercambio de información entre la Guardia Civil y el SEPBLAC está regulado mediante normas internas de las dos instituciones, de manera que todos los documentos relacionados con terrorismo se centralizan en la Jefatura del Servicio de Información de la Guardia Civil y el resto de documentos normalmente relacionados con blanqueo de capitales en la Unidad Técnica de Policía Judicial.

Cuando existan ya iniciadas unas diligencias judiciales, las normas internas de Guardia Civil al respecto, recomiendan utilizar la vía de los mandamientos judiciales, dirigidos directamente a las entidades y organismos que gestionan la información solicitada. De esta manera se disminuye la carga de trabajo de la UGC-SEPBLAC y la labor del Servicio Ejecutivo se puede centrar en las fases preprocesales de la investigación, que es cuando resulta de mayor utilidad.

Los datos estadísticos sobre el flujo de información registrado en los dos sentidos entre Guardia Civil y Servicio Ejecutivo se pueden consultar en la página de internet www.sepblac.es.

En estos gráficos se puede apreciar como, las solicitudes de información de la Guardia Civil dirigidas al Servicio Ejecutivo y los informes de asuntos finalizados por el Servicio Ejecutivo cuyo destinatario ha sido la Guardia Civil ¹⁶, han evolucionado positivamente. Partiendo de cifras muy modestas han experimentado un importante crecimiento a lo largo del año 2003 y es muy probable que este año 2004 se cierre con índices de crecimiento similares.

5. Recapitulación, conclusiones y opiniones personales.

Las legislaciones sobre prevención del blanqueo de capitales e infracciones monetarias y sobre prevención y bloqueo de financiación del terrorismo constituyen el marco legal de actuación en el que el Servicio Ejecutivo y la Guardia Civil desarrollan su labor conjuntamente.

Aunque los dos sistemas se asientan sobre fundamentos similares fruto de la transposición de textos y normas procedentes del exterior, sin embargo por el momento, mantienen enfoques distintos.

En ambos casos los mismos sujetos obligados generan flujos de información permanente, en los dos ámbitos. En materia de blanqueo de capitales, es el Servicio Ejecutivo el que se encarga de su recopilación y análisis y en el campo de la financiación del terrorismo, el destinatario del flujo de información es la CVAFT, no estando prevista en esta caso otra finalidad que el bloqueo de activos y la prohibición de apertura de cuentas.

La principal función del Servicio Ejecutivo en el ámbito nacional, es servir de puente de comunicación entre el sistema financiero y las autoridades competentes. Las diferentes procedencias del personal asignado al servicio Ejecutivo (Agencia Estatal de Administración Tributaria, Banco de España, Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil) garantizan un trabajo de tipo multidisciplinar y permiten integrar puntos de vista complementarios a la hora de abordar este problemática de una forma global.

¹⁶ El número de solicitudes formuladas por Guardia Civil ha pasado de 26 en el año 2002 a 58 en el 2003. Los asuntos cuyos informes han sido remitidos por el Servicio Ejecutivo a la Guardia Civil han sido 43 en el año 2002 y 103 en el 2003.

En el ámbito internacional, en su vertiente de Unidad de Inteligencia Financiera encuadrada en el Grupo Egmont y en FIU Net, el Servicio Ejecutivo constituye un vehículo natural para intercambiar información financiera con otros países de forma rápida y fluida.

Tanto en el ámbito del blanqueo de capitales como en el de financiación del terrorismo, los “papeles” concretos de cada institución son los siguientes:

El Servicio Ejecutivo realiza una labor exclusivamente de análisis, por este motivo las unidades de investigación de la Guardia Civil tienen en el Servicio Ejecutivo, un órgano de colaboración y apoyo, encargado de extraer información de tipo financiero, analizarla y ponerla a su disposición.

Por su parte la Guardia Civil, contribuye a mejorar la calidad del trabajo realizado por el Servicio Ejecutivo y canaliza a través de su unidad adscrita, todo el potencial informativo y operativo de este cuerpo.

Una vez que estas dos instituciones hayan fijado plenamente sus cometidos y actividades, en función de este marco de referencia, se evitarán todo tipo de solapes o fricciones y se obtendrá un alto grado de sinergia en su acción conjunta.

PERFIL Y TRATAMIENTO DEL MALTRATADOR FAMILIAR (1)

SANTIAGO REDONDO ILLESCAS
ANTONIO ANDRES PUEYO

Grupo de Estudios Avanzados en Violencia
Universidad de Barcelona
Departamento de Personalidad
Facultad de Psicología

1. VIOLENCIA EN PAREJA: CARACTERÍSTICAS E IMPLICACIONES

Durante los últimos años se ha producido en España una gran alarma pública en relación con el maltrato de las mujeres por parte de sus maridos o parejas. Aunque probablemente las cifras absolutas de maltrato no han aumentado durante los últimos años, es mayor, sin embargo, su *amplificación* por parte de los medios de comunicación, y unido a ello la sensibilidad sobre este problema de los ciudadanos y los poderes públicos, *El Proyecto de Declaración sobre Violencia contra la Mujer* de las Naciones Unidas definió en 1991 esta violencia como "todo acto, omisión, conducta dominante o amenaza que tenga o pueda tener como resultado el daño físico, sexual o psicológico de la mujer" (Benítez, 1999, pág. 275).

Algunos estudios internacionales han estimado que entre el 11 y el 13 por 100 de las parejas experimentan alguna forma de violencia física (Browne, 1989). En España, unas 30.000 mujeres denuncian anualmente malos tratos (de todas estas denuncias más de 11.000 dieron lugar en 2002 a diligencias policiales por delito). Se considera que el índice de denuncia es de entre el 5 y el 10 por 100 de los casos que acontecen, a partir de lo cual podría estimarse la existencia en nuestro país de unos 300.000 casos anuales de malos tratos en la pareja (Martín Barroso y Laborda Rodríguez, 1996/1997; Benítez, 2004). Además, en la dimensión más dramática y alarmante de este grave problema, entre 35 y 70 mujeres son asesinadas anualmente en España por sus maridos o parejas.

Las víctimas de malos tratos tienen, cuando denuncian el hecho, entre 30 y 50 años (Ruidíaz, 1996). En un estudio de Pont y Parès (1995) sobre 460 casos de maltrato, la edad media de las víctimas era 34 años. Las víctimas suelen tener un nivel cultural bajo y laboral precario. Los agresores suelen ser cónyuges o parejas de las víctimas. La violencia suele precipitarse al inicio de la convivencia matrimonial o de pareja, pero también puede aparecer con antelación, ya durante el noviazgo (Browne, 1989; Pont y Parès, 1995).

En los recuadros que siguen (números 1, 2 y 3) se recogen esquemáticamente las características principales de las agresiones domésticas, de sus víctimas y de los agresores.

En general, se considera que la violencia en el seno de la pareja presenta algunas características distintivas de la violencia que acontece fuera del entorno familiar. Sin embargo, pese a estas especificidades, también existe una clara conexión entre experiencias violentas en el hogar y estilos violentos fuera del hogar (Ohlin y Tonry, 1989). Esta constatación

conduce a la necesidad de analizar la violencia familiar tanto en el marco más global de las teorías criminológicas sobre la violencia como a partir de algunas teorías específicas al respecto.

La violencia en la pareja suele tener, así pues, como protagonistas a una mujer que sufre vejaciones y agresiones periódicas y a un varón, su pareja actual o anterior (ex pareja), que es quien ejerce tales agresiones. Además, estas interacciones violentas tienen lugar en un contexto familiar en el que puede haber hijos de la pareja o de alguno de ellos, u otros familiares (padres, parientes, etc.). En toda circunstancia el maltrato acaba teniendo efectos perniciosos y, a la postre, destructivos de las víctimas primarias (las mujeres) y secundarias (hijos y otros familiares). Tales efectos aparecen tanto en forma de daños y lesiones físicas como, de modo notable, en el deterioro psicológico y conductual de las víctimas, en forma de depresión, ansiedad y miedo ante la relación de pareja, disfunciones sexuales, etc.

Recuadro 1

Topografía y contexto habitual de los malos tratos domésticos

(Aguilar et al., 1995; Benítez, 1999, 2004; Browne, 1989; Pont y Parès, 1995; Ruidíaz, 1996)

- Consisten en conductas heterogéneas tales como: abofetear, empujar, golpear, dar puñetazos, empujar de un extremo al otro de una habitación, empujar escaleras abajo, lanzar contra paredes u objetos, poner la zancadilla, dar patadas, pegar pisotones, retorcer brazos o piernas, lanzar objetos contra la víctima, estrangular, morder, provocar quemaduras, apuñalar, disparar, arrojar de un coche en marcha, ahogar, etc.
- A esta lista de agresiones físicas hay que añadir la violencia o "tortura" psicológica (Smith, 1993) y los abusos y vejaciones sexuales, de más difícil cuantificación.
- Las víctimas suelen ser tanto la cónyuge o pareja del agresor como sus hijos.
- La violencia suele precipitarse al inicio de la convivencia matrimonial o de pareja, aunque también puede aparecer durante el noviazgo.
- Aunque esta violencia puede aparecer en todas las clases sociales, el mayor número de casos conocidos procede de barrios marginales y con elevadas tasas de delincuencia.
- Acontecen generalmente en domicilios particulares.
- Los horarios más típicos de episodios de maltrato son aquellos en los que la familia suele confluir en el domicilio: en fines de semana, o en días laborables a las horas de las comidas o por la noche.

Recuadro 2

Características más comunes de las mujeres víctimas de maltrato doméstico (Aguilar et al., 1995; Benítez, 1999, 2004; Pont y Parès, 1995; Ruidíaz, 1996)

- Suele tratarse de mujeres casadas o que viven en pareja. El grupo de edad principal, en el momento de la denuncia, es el correspondiente al intervalo 31-50 años.
- Suelen tener un nivel académico y cultural bajos.
- Su nivel laboral es también precario (amas de casa o empleadas de hogar sin contrato), y con frecuencia carecen de autonomía económica.
- La falta de autonomía personal y la dependencia económica constituyen las dos principales dificultades para la separación (en el estudio de Benítez -1999- sólo un 15,4 por 100 de las mujeres que sufrían malos tratos se había separado como resultado de ello).
- Las consecuencias más frecuentes experimentadas por las víctimas son (Benítez, 1999): a corto plazo: humillación, miedo, dolor, fuerte *shock*, y heridas generalmente leves; a largo plazo: miedo, inseguridad, abandono de la vivienda, y secuelas físicas.
- Las expectativas de las víctimas son, por orden de preferencia (Benítez, 1999): terapia (familiar, para ella o para el agresor), la separación del agresor, y tan sólo una pequeña proporción de las mujeres desean el castigo penal de los agresores.

Recuadro 3

Características más comunes de los agresores domésticos (Aguilar et al., 1995)

- Suele tratarse de los maridos o parejas de las mujeres que son víctimas.
- Suelen tener un nivel cultural bajo. Ello se asocia a valores y creencias sexistas.
- Su nivel laboral es también precario. Muchos están desempleados o pasan largas temporadas sin trabajo.
- Muchos tienen problemas con el alcohol u otras drogas, que suelen ser los desinhibidores que precipitan los episodios de maltrato.
- Un porcentaje significativo de agresores fueron en su infancia testigos o víctimas de maltrato en su familia de origen.

Ante este grave y complejo problema social y criminal, la prioridad inicial debe ser, como es lógico, la protección de las víctimas y la ayuda a las mismas. Sin embargo, la otra cara de la moneda la constituyen los agresores, que durante años han maltratado a una, y a veces a dos o más parejas, y a menudo también a sus hijos y otros miembros de la familia. En muchos de estos agresores, el maltrato constituye una característica muy estable de su comportamiento y una manera típica de interaccionar con otras personas, y específicamente con sus parejas. De ahí que en este difícil problema, los propios maltratadores

deban constituir también, tras las víctimas, un objetivo imprescindible de intervención. Este artículo se dirige precisamente al análisis de los perfiles y del tratamiento de los maltratadores familiares.

2. FACTORES ETIOLÓGICOS

Las principales explicaciones del maltrato en la pareja que se han sugerido pueden resumirse de la siguiente manera (Bersani y Chen, 1988; Browne, 1989; Labrador, Rincón, de

Luis y Fernández-Velasco, 2004; Smith, 1993; Wallace, 1996):

1. *Perspectiva cultural.* Ha sido la interpretación dominante en años pasados y todavía es un posicionamiento muy relevante en la actualidad. Propone que las raíces del uso de la violencia en el seno familiar, especialmente por parte de los hombres, y de la cual suelen ser víctimas frecuentes las mujeres, se hallan en los valores culturales patriarcales, que siguen impregnando todas las relaciones sociales. Según esta perspectiva, la violencia es socialmente comprendida y, dentro de ciertos límites, tolerada como instrumento de mantenimiento del orden social y familiar (una presentación amplia de esta línea de pensamiento puede encontrarse en español en Maquieira y Sánchez, 1990; véase también Thiebaut, 1988 y Klein, 1981). En síntesis, el origen del maltrato a las mujeres por parte de los hombres estaría en la existencia de valores sociales que favorecen y justifican ese maltrato. Por tanto, para erradicar estas situaciones deberían reemplazarse los valores sociales patriarcales por valores de auténtica igualdad y respeto entre mujeres y hombres.

Es indudable la existencia de discriminaciones sociales (en el trabajo, en la familia, etc.) en contra de las mujeres. Estos valores culturales están presentes, en mayor o menor medida, en todos los estratos sociales. Nos influyen a priori a todos. Sin embargo, sólo una minoría de los hombres maltrata a las mujeres. Un principio criminológico bien establecido desde Sutherland hasta nuestros días es que los valores y creencias generales (en este caso patriarcales o sexistas), que son comunes a muchos individuos, no pueden explicar por sí solos la agresión y la delincuencia de sólo algunos de ellos. De ahí que, desde un punto de vista científico, se requieran elementos explicativos complementarios que puedan ayudar a comprender por qué maltratan los hombres que lo hacen.

2. *Perspectiva estructural.* Representada en la explicación del delito por las teorías de la anomia y de la tensión, propone que las desigualdades sociales, la falta de oportunidades de muchos individuos y su incapacidad para alcanzar los objetivos convencionales de la sociedad (como una mayor riqueza o un esta-

tus más elevado) serían los factores desencadenantes de las tensiones individuales que conducen a la violencia en el seno de la familia. Es decir, la esposa o compañera pagaría en el hogar "los platos rotos" en la calle, esto es, las frustraciones y problemas económicos, laborales, etc., de su marido o pareja.

Las estrategias de prevención deberían ir orientadas, según esta perspectiva, a erradicar tales desigualdades y tensiones. Aunque no carente de razón, en el fondo de las cosas, esta perspectiva, al igual que la anterior, centra las soluciones en cambios sociales que podrán tener una plasmación a medio y largo plazo, pero que es difícil que se concreten de modo rápido. Es decir, para conseguir una reducción de la violencia de los actuales agresores, y no sólo para prevenirla en la futuras generaciones de chicos y chicas en proceso de formación.

3. *Perspectiva psicopatológica.* Supone considerar que el agresor o maltratador presenta, por encima de todo, alguna patología individual que es la causa próxima de su conducta. Entre estas patologías, se han señalado con frecuencia ciertos trastornos mentales y determinadas alteraciones de la personalidad que, como la psicopatía, se acompañan de impulsividad o gran hostilidad contra las personas.

También se ha realizado la asociación entre maltrato y consumo de alcohol o de otras drogas. En los estudios norteamericanos, a partir tanto de los informes de las víctimas como de los propios agresores, se ha puesto de relieve la presencia del abuso de alcohol en un 40 a 60 por 100 de los casos de agresión a la pareja (O'Leary, 1988). En nuestra cultura mediterránea, el consumo de alcohol juega también un papel principalísimo como desinhibidor de la conducta agresiva. En un estudio de Pont y Parès (1995), sobre 460 casos de maltrato en Barcelona, el alcoholismo resultó ser el desencadenante principal de los episodios de agresión en más del 50 por 100 de los casos.

Pese a todo, no puede afirmarse que el alcohol constituya una causa directa de la violencia familiar (Wallace, 1996). Un punto oscuro de la investigación sigue siendo cuáles son las variables que median entre el consumo de alcohol y las explosiones de violencia. Algunos autores han debatido si se trata

de que la intoxicación etílica propicia ciertos pensamientos y emociones que llevan a la conducta violenta o, más bien, si ciertos individuos generan de antemano expectativas de que algunos de sus comportamientos violentos serán más excusables en estado de embriaguez (Leonard y Jacob, 1988).

Las orientaciones aplicadas se deben dirigir, en coherencia con esta perspectiva, a tratar mediante la oportuna terapia las disfunciones de personalidad del sujeto o su alcoholismo.

4. *Perspectiva de la interacción.* Bajo este epígrafe se recogen aquí todas aquellas hipótesis explicativas que consideran que, al margen de otros factores de índole cultural o estructural, la etiología de la agresión familiar debe buscarse en los estilos de relación que se han establecido en el seno de la familia. Si el problema fundamental reside en que un marido agrede frecuentemente a su mujer, los factores que han generado este modo de funcionamiento y lo mantienen deben buscarse principalmente en las interacciones verbales, de comportamiento y emocionales entre los dos cónyuges, es decir, en la diversidad, complejidad y multidimensionalidad de las relaciones de pareja (Ashworth, 1997). Y lo anterior no sólo se afirma de una manera genérica, sino que, para cada caso concreto, podrían ser localizados factores facilitadores y precipitantes.

Dentro de esta perspectiva de la interacción, dos modelos explicativos, íntimamente interrelacionados, resultan especialmente relevantes. El primero es el modelo del *aprendizaje social*, cuyas principales premisas son (Jolin y Moose, 1997):

a) Que los comportamientos y estilos de maltrato en el hogar, como forma de control de la conducta de los otros, se aprenden del mismo modo que otras conductas violentas.

b) Que para el *aprendizaje e inicio* de estos comportamientos juegan un papel muy relevante los modelos paternos agresivos, es decir, que muchos agresores actuales (no todos) habrían aprendido estos estilos de conducta mediante la imitación de modelos familiares; en otras palabras, a partir del maltrato que ejercieron sus padres sobre sus madres, sus hermanos o ellos mismos.

c) Que los comportamientos de maltrato son funcionalmente *mantenidos a lo largo del*

tiempo a partir de las consecuencias "positivas" que se derivan de éstos para el maltratador; fundamentalmente, en la medida en que, mediante los malos tratos, un individuo logra controlar (al menos, momentáneamente) la conducta de los otros (de su mujer o compañera, de sus hijos, etc.).

El modelo del aprendizaje social ha sido aplicado con éxito para explicar la agresión en la pareja por O'Leary (1988) a partir de análisis longitudinales. Según este autor, los principales factores que predecirían la agresión marital serían los siguientes: 1. La violencia en la familia de origen. 2. La conducta agresiva como estilo de personalidad. 3. El estrés. 4. El consumo abusivo de alcohol y drogas. 5. Que la relación sea insatisfactoria.

El segundo modelo explicativo que realza la interacción es el cognitivo o también llamado cognitivo-conductual. Su premisa principal establece que existe una estrecha vinculación entre a) *emociones*, b) *pensamientos* y c) *conductas*. A modo de ilustración de esta perspectiva, se sugiere que en los agresores se establecerían secuencias emoción-pensamiento-comportamiento del siguiente tipo:

a) Emoción precipitada: "Observo que mi mujer ha comprado una alfombra nueva. ¿Cuánto le habrá costado? ¿No se da cuenta de que no llegamos a fin de mes? Esta mujer me irrita".

b) Pensamiento precipitado: "En verdad no hay quien pueda con ella por las buenas. ¡Tantas veces se lo he dicho! Aunque me duela, sólo entiende un lenguaje".

c) Conducta precipitada: Tras una nueva discusión acalorada al respecto, que va subiendo de tono, se precipita la agresión.

Estos dos modelos (de aprendizaje social y cognitivo) son formulados de manera integrada en la actualidad. Según ello, para comprender la agresión familiar son relevantes los dos siguientes aspectos: en primer lugar, los estímulos que preceden (y facilitan) la agresión y los que siguen a ésta (y la refuerzan y mantienen en el tiempo); en segundo término, las elaboraciones cognitivas y emocionales que el individuo realiza de tales estímulos en la interacción familiar. Es decir, qué sucede cuando una mujer y un hombre se relacionan

y cómo ellos (y especialmente el agresor) interpretan lo que sucede.

Desde un enfoque aplicado, la perspectiva de la interacción –que aúna elementos cognitivos y de habilidades de los sujetos– resulta la más prometedora (Saunders y Azar, 1989; Labrador *et al.*, 2004). Las intervenciones o tratamientos tendrían como finalidad producir cambios relevantes en los estilos de pensamiento y de interacción de la pareja.

5. *Perspectiva jurídica clásica.* Al igual que en las explicaciones criminológicas en general, esta perspectiva no se dirige tanto a comprender los factores que precipitan el maltrato como a intentar su control. En síntesis, se encuadrarían en esta línea de pensamiento todas aquellas propuestas cuyo propósito es aumentar el grado de detección, denuncia, control y condena penal de los maltratadores familiares.

Es evidente que la generalidad de los ciudadanos coincidiríamos en la necesidad de atajar por la vía penal las situaciones graves de maltrato. Sin embargo, la amplificación ilimitada del control penal en este problema resultaría a todas luces ineficaz e insuficiente, tal y como ya viene sucediendo con otros problemas delictivos. Tirado Estrada (1998) ha puesto de relieve la inconveniencia de establecer medidas penales de excepción para los maltratadores domésticos, más allá de las previstas para la violencia en general, y, por el contrario, la conveniencia de aplicar “programas tendentes a favorecer su resocialización y rehabilitación, mediante –si es preciso– una especial atención psicológica” (pág. 6).

6. *Un modelo específico de la agresión conyugal*, ampliamente divulgado, es la *teoría del ciclo de la violencia* de Leonore E. Walker, que no se dirige tanto a explicar las causas de la violencia familiar como el proceso en que la violencia en pareja suele producirse. Walker describe tres etapas principales en el maltrato conyugal (Walker, 1989, 2004): 1. *La acumulación de tensión*, en la que diversos actos específicos friccionan las relaciones de la pareja –en un gradiente que va desde las agresiones verbales hasta las físicas– y hacen que aumente su grado de crispación. 2. La aparición de un *incidente de violencia*, que lleva la crispación al límite y precipita la agresión. 3. La eufemísticamente denominada etapa de *luna*

de miel, tras el episodio violento, en la cual el agresor “se arrepiente” y promete cambiar (ser un buen marido, un buen padre, dejar de beber, etc.); la mujer cree en su sinceridad y, momentáneamente, parece restaurarse la armonía entre ellos. Sin embargo, al poco tiempo, los buenos propósitos decaen y comienzan a surgir nuevos episodios que acumulan nuevamente la tensión: el ciclo se reinicia y la intensidad del maltrato probablemente aumente con el tiempo.

3. CARACTERÍSTICAS Y PERFILES DE LOS MALTRATADORES

Como resultado del análisis de distintas muestras de maltratadores, diversos investigadores han puesto de relieve la existencia de una serie de características psicopatológicas frecuentes en los maltratadores. La presencia de estos problemas psicopatológicos no justifica ni exculpa en absoluto el comportamiento violento de los maltratadores. Una cosa es el intento necesario de comprender científicamente los factores inmersos en este problema, con finalidades de prevención y tratamiento, y otra bien distinta el rechazo moral y penal que el maltrato comporta y debe comportar. Por otra parte, desde la propia perspectiva científica, las características y factores que ahora se comentarán no son necesariamente elementos causales o etiológicos del maltrato sino que más bien parecen mantener una relación bidireccional con la violencia. Dichas características psicopatológicas son las siguientes (Aguilar *et al.*, 1995; Browne, 1989; Echeburúa *et al.*, 2001; O’Leary, 1988; Matud *et al.*, 2002):

- Abuso de alcohol y otras drogas, que aparece en el 50-60 por 100 de los episodios de maltrato.
- Trastornos de personalidad, especialmente el Trastorno Antisocial de la Personalidad, el Trastorno Paranoide y el Trastorno Narcisista.
- Celos patológicos.
- Alteraciones en el control de los impulsos.
- “Analfabetismo emocional” y de la comunicación, en el sentido de dificultades para experimentar y comprender emociones cotidianas de la interacción humana,

lo que incluye el dolor y sufrimiento de las víctimas.

- Sensibilidad extrema ante las frustraciones y contratiempos de la vida diaria.
- Fuertes distorsiones cognitivas, especialmente sobre las mujeres, así como autojustificaciones sobre el uso de la violencia.
- Fuerte tendencia a externalizar la responsabilidad de los problemas, culpabilizando de ellos a otras personas (a su pareja).
- Cambios bruscos de humor.
- Baja autoestima.

Aunque las características comentadas son muy frecuentes, no están presentes en todos los casos y con igual intensidad. Como sucede en otros problemas criminales y de violencia, también los maltratadores familiares divergen entre ellos en distintos aspectos, lo que ha llevado a la definición de una serie de tipologías. A continuación se presenta, a partir de las principales tipologías formuladas, una clasificación de los maltratadores familiares en tres tipos principales, en los que podrían encuadrarse a la mayoría de los maltratadores (Dutton, 1997; Echeburúa *et al.*, 2001, resumiendo diversas tipologías; Matud *et al.*, 2002):

A) *Maltratadores impulsivos o centrados en la mujer:*

- Representarían entre el 17-45 por 100 del total.
- Serían emocionalmente inestables, con cierta tendencia a la depresión.
- Irascibles, pudiendo pasar del control al enfado extremo.
- Sujetos solitarios.
- Hipersensibles a los pequeños desprecios.
- Frecuente Trastorno Límite de la personalidad, lo que comporta inestabilidad e impulsividad.
- Preponderancia en este tipo de maltrato psicológico, de menor violencia, y circunscrito al hogar.

B) *Maltratadores instrumentales o generalizados:*

- Representarían en torno a un 25 por 100 del total.

- Menores niveles de depresión y de ira.
- Presencia de rasgos narcisistas y de posible manipulación psicopática: agraden a su pareja si ésta no satisface sus demandas, como modo de control.
- Consumo abusivo de alcohol u otras drogas.
- Preponderancia del maltrato físico.
- Conductas antisociales más generalizadas, no limitadas al contexto familiar.

C) *Maltratadores hipercontrolados:*

- Una pequeña proporción de los maltratadores.
- Sujetos pasivos, dependientes y obsesivos.
- Presentan mayores niveles de estrés psicológico.
- Son, en general, menos violentos.
- Utilizan prioritariamente el maltrato psicológico, como reflejo de sus carencias personales.

4. DERIVACIONES APLICADAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

Las diferentes perspectivas explicativas que se han comentado, así como la constatación de la existencia de distintos tipos de agresores, no tienen porqué resultar contradictorias entre sí, sino necesarias y complementarias para una comprensión más completa y matizada de este complejo problema. Una prevención integrada y global de la violencia de pareja y en la familia requerirá de intervenciones en diferentes niveles y con los distintos sujetos directamente implicados. Las perspectivas *cultural*, *estructural* y *jurídica* apuntan hacia la necesidad de intervenir sobre factores sociales de amplio espectro. Gelles y Cornell (citados por Browne, 1989) y en nuestro país Sariago y otras personas (Sariago *et al.*, 1998; Sariago, 1999) han propuesto, en el marco de la prevención primaria, actuaciones de gran alcance como las siguientes:

1. La violencia doméstica tiene un trasfondo cultural y social. Por ello, debe favorecerse la eliminación de las normas que legitiman y ensalzan la violencia dentro de la familia

y de la sociedad en su conjunto (por ejemplo, los contenidos violentos en los mass-media o el uso de videojuegos de contenido violento).

2. En esta tarea deben jugar un papel importante los medios de comunicación, que "deben ayudar a educar en la no violencia, con programas públicos donde se explique cómo resolver los conflictos de forma distinta" (Sariego, 1999, pág. 1).

3. La reducción de los factores sociales que, como la pobreza o la desigualdad, pueden propiciar situaciones de estrés y violencia reactiva.

4. La incorporación de las familias de riesgo en sus redes comunitarias para reducir su aislamiento.

5. La eliminación de contenidos sexistas en los procesos educativos.

6. La ruptura de la transmisión intergeneracional de la violencia familiar enseñando a los padres caminos alternativos para educar y controlar a los hijos.

Por su parte, a partir de las perspectivas teóricas que hemos denominado *psicopatológica* y de la interacción pueden derivarse intervenciones con las víctimas y con los propios agresores familiares. De estas últimas, que constituyen el objetivo principal de este trabajo, vamos a ocuparnos a continuación.

5. TRATAMIENTO DE LOS AGRESORES FAMILIARES

5.1. Clasificación de las medidas de protección y de los tratamientos.

Los tres tipos de explicaciones teóricas en los que más frecuentemente se ha fundamentado el tratamiento de los agresores han sido el modelo de aprendizaje social, la hipótesis del déficit de habilidades sociales de los agresores y la perspectiva según la cual deberían erradicarse factores externos estresantes tales como los problemas laborales y económicos o los relativos a la crianza de los hijos (Margolin *et al.*, 1988).

Una clasificación secuencial de las intervenciones posibles en situaciones de agresión familiar puede ser la siguiente (véase Saunders y Azar, 1989):

I. Intervenciones de emergencia.

- a) Servicios telefónicos de ayuda a víctimas y agresores.
- b) Centros de acogida para víctimas.

II. Programas para víctimas.

- a) Asistencia legal.
- b) Consejo.
- c) Formación e inserción laboral.

III. Programas para agresores.

La clasificación más sencilla de las intervenciones con los agresores de mujeres ha consistido en dividir las medidas legales/punitivas y medidas psicoeducativas (Margolin *et al.*, 1988). Esta división lleva implícito un conflicto entre los objetivos fundamentales que persiguen unas y otras (Ohlin y Tonry, 1989): mientras que para las víctimas y para una parte importante de la opinión pública la agresión familiar es, ante todo, un delito que debe ser perseguido penalmente, otro sector opina que es prioritario preservar la institución familiar de injerencias externas (los servicios sociales o la justicia), ya que su intervención tendría como resultado exacerbar los conflictos existentes.

5.2. Medidas de carácter legal.

Las principales medidas de carácter legal incluyen el alejamiento o la detención y condena de los agresores. Algunas investigaciones norteamericanas han evaluado los efectos de esas medidas punitivas sobre la prevención especial. Tolman y Weiz (1995) evaluaron la efectividad de un programa en el cual se detuvo y procesó a los agresores familiares de una determinada ciudad. El seguimiento efectuado durante los dieciocho meses posteriores a la detención mostró una reducción significativa de la violencia doméstica, reducción que se mantuvo estable durante dicho período. Además, paradójicamente, la detención produjo mayores efectos disuasorios en aquellos individuos que ya tenían antecedentes policiales por violencia familiar que en los sujetos detenidos por primera vez. No cono-

emos la existencia de evaluaciones sistemáticas del uso de medidas penales en España.

5.3. Medidas psicoeducativas con los agresores.

Las medidas psicoeducativas o de tratamiento suelen incluir intervenciones de carácter psicológico, social y educativo. Pueden dividirse, desde la perspectiva de los sujetos tratados, en cuatro grupos (Sedlack, 1988):

1. Consejo individual (counselling) con el agresor.
2. Terapia de grupo con agresores.
3. Terapia con una sola pareja.
4. Terapia de grupo con varias parejas.

En cuanto al formato de las intervenciones con los agresores, se han realizado en general los méritos de las intervenciones de grupo debido a que logran romper el aislamiento y reducen la dependencia de la pareja, ayudan a los hombres violentos a reconocer su problema de falta de control, facilitan modelos de conducta y nuevas perspectivas para el cambio de su propio comportamiento y permiten practicar dentro del grupo las nuevas habilidades adquiridas (Sedlack, 1988).

Desde la perspectiva del tipo de cambios que deben priorizarse mediante el tratamiento, existió en años pasados una cierta polémica teórica en torno a si se debía poner el énfasis en el cambio de actitudes y creencias (que podían justificar la violencia ejercida por el sujeto) o más bien directamente en la mejora de las habilidades y conductas no violentas. Sin embargo, este debate tuvo un carácter meramente teórico, ya que, en general, los programas de tratamiento suelen incluir ambos componentes.

En relación con la enseñanza de nuevas habilidades, los objetivos habituales del tratamiento han consistido en enseñar a los sujetos a reconocer las situaciones estresantes que pueden precipitar su conducta violenta, a controlar sus explosiones de ira, a aumentar su asertividad (es decir, a expresar sentimientos de manera franca pero no violenta), y a mejorar sus habilidades de comunicación y sus habilidades de resolución de conflictos.

Por su lado, los tratamientos que priorizan el

cambio de actitudes y cogniciones se han dirigido a cambiar en los agresores sus distorsiones o errores perceptivos en relación con los roles sexuales, a mejorar su comprensión de los factores sociales y personales que favorecen la agresión a las mujeres, y a incrementar su conciencia emocional. Para ello se han utilizado técnicas de mejora de la empatía, reestructuración cognitiva y terapia de realidad, cuyo propósito es la responsabilización del sujeto.

5.4. Tratamientos cognitivo-conductuales.

Los denominados tratamientos cognitivo-conductuales integran ambas perspectivas, teniendo como objetivo tanto el cambio de actitudes y creencias favorecedoras de la violencia como de los comportamientos y hábitos violentos. Estos tratamientos, que pueden utilizarse tanto con sujetos aislados como con grupos de agresores o con grupos de parejas, son los más utilizados en la actualidad. Suelen incorporar distintas técnicas, entre las que se encuentran las siguientes (Saunders y Azar, 1989):

1. Autoobservación y registro de las emociones de ira.
2. Desensibilización sistemática y relajación (para rebajar la ansiedad de los sujetos).
3. Modelado de comportamientos no violentos o práctica de los mismos mediante *role playing* o juego de roles.
4. Reforzamiento diferencial (mediante consecuencias gratificantes) de respuestas no violentas.
5. Entrenamiento en habilidades de comunicación.
6. Reestructuración cognitiva, para modificar estructuras de pensamiento sexista y de justificación de la violencia.
7. Mejora de sus capacidades para anticipar situaciones y factores precipitantes de la agresión.
8. Interrupción de los comportamientos agresivos mediante técnicas de "tiempo muerto" (*time out*) (es decir, enseñándoles a abandonar inmediatamente una situación de tensión emocional, yéndose por ejemplo a dar un paseo).

En España, dos de los programas más importantes de intervención sobre la violencia familiar en el contexto comunitario son los desarrollados por Echeburúa, De Corral y colaboradores en el País Vasco, descritos de manera amplia en su *Manual de violencia familiar* (Echeburúa y De Corral, 1998) y resumidamente en el *Boletín Criminológico* número 40 del Instituto de Criminología de Málaga (Echeburúa y De Corral, 1999). Uno de estos programas se dirige a las mujeres víctimas de violencia familiar y otro al tratamiento de los agresores. Las principales consideraciones y conclusiones de estos autores sobre el tratamiento de agresores son las siguientes:

- El tratamiento de la agresión familiar debe hacerse de manera integrada, es decir, abordando las diversas problemáticas y agentes implicados: víctimas, agresores, hijos; problemas jurídicos, económicos y psicológicos.
- Echeburúa y De Corral insisten en la necesidad de la aceptación voluntaria del tratamiento por parte de los agresores. Su experiencia les indica que "las tasas de éxito de los pacientes derivados del juzgado o sometidos obligatoriamente a tratamiento son muy bajas" (Echeburúa y De Corral, 1999, pág. 3).
- Su intervención (en un marco grupal o individual y una duración de 10 a 15 sesiones) se dirige a enseñar a los agresores habilidades para interrumpir la agresión, encarar los celos, controlar la bebida, corregir sus distorsiones cognitivas, solucionar problemas interpersonales, aprender relajación, y controlar la ira y los impulsos.
- La tasa de rechazos o abandonos del programa de agresores aplicado en la comunidad es del 48 por 100. Por tanto, completan el programa el 52 por 100 de los sujetos.
- De los sujetos tratados (o sea, del 52 por 100 del total) informan de una tasa de éxito (es decir, de no repetición del maltrato) del 81 por 100 al finalizar el programa y del 69 por 100 a los tres meses de seguimiento.

Más recientemente, Echeburúa, Amor y Fernández-Montalvo (2002) han elaborado una nueva versión de su programa de maltratadores para ser aplicada en diversos centros penitenciarios españoles y, también, para su uso general como manual de autoayuda. Dicho programa consta de los siguientes seis ingredientes:

1. *Aceptación de la propia responsabilidad*, cuyo objetivo es que los sujetos caigan en la cuenta de la realidad de su comportamiento violento y se responsabilicen del mismo, como punto de partida para cambiarlo.

2. *Empatía y expresión de emociones*, dirigido a que amplíen su repertorio emocional y aprendan a pensar y "sentir" acerca del daño y sufrimiento que su comportamiento produce a sus parejas, a sus hijos, etc.

3. *Creencias erróneas*, destinado a "reestructurar" y cambiar todos aquellos pensamientos y creencias sexistas y justificadoras del uso de la violencia que tienen muchos agresores.

4. *Control de emociones*, de modo que los agresores aprendan, mediante el uso de autoinstrucciones y relajación, modos de detener o interrumpir sus emociones de ira y agresión.

5. *Desarrollo de habilidades*, que les permita expresar sus deseos y necesidades y también su enfado, de modo asertivo, es decir, sincero pero no violento.

6. *Prevención de recaídas*, cuya finalidad es que los agresores aprendan a anticipar y controlar posibles situaciones y emociones de riesgo, que en pasado han antecedido a sus agresiones y las han precipitado.

5.5. Efectividad de los programas aplicados.

En relación con la efectividad de los programas aplicados, los datos de que se dispone hasta ahora informan de una efectividad modesta aunque real: en decenas de estudios evaluativos revisados por Saunders y Azar (1989) las tasas de reincidencia —especialmente en agresión física— fueron inferiores en los grupos tratados que en los controles. Los tratamientos fueron, en cambio, menos efectivos para reducir la violencia psicológica. Sin embargo, es verdad que muchos de los pro-

gramas aplicados hasta la fecha no han sido, por lo general, suficientemente intensos, o muchos sujetos los han abandonado antes de su finalización. Además, los estudios de seguimiento no han tenido tampoco la suficiente duración para comprobar la efectividad a largo plazo. Por todo ello, aunque se cuenta con programas prometedores, en el futuro deberán aplicarse con mayor integridad y evaluarse de manera más precisa.

Uno de los proyectos más ambiciosos de evaluación de programas para agresores familiares ha sido el desarrollado en Canadá por Lemire, Rondeau, Brochu *et al.* (1996) en la Universidad de Montreal. Estos autores han revisado 126 estudios evaluativos y han comparado las peculiaridades y la efectividad de los programas aplicados en la comunidad y de los aplicados en el marco del sistema de justicia (especialmente dentro de las prisiones). La mayoría de los programas revisados por ellos han seguido el modelo cognitivo-conductual, aunque también se encuentran referencias al análisis feminista de la violencia, y a los modelos psicológicos psicodinámico y sistémico. Desde una perspectiva histórica, en primer lugar se aplicaron programas en la comunidad y, posteriormente, de éstos se derivaron programas para su aplicación en instituciones correccionales. Entre las conclusiones principales de la revisión de Lemire *et al.* (1996) figuran las siguientes:

1. En lo concerniente a la voluntariedad o no de los programas de tratamiento, estos autores defienden la necesidad de adoptar una perspectiva realista: es evidente que muchos agresores no reconocen la existencia del problema y no tienen motivación genuina para el cambio de conducta. Por ello, en palabras de Lemire *et al.* (1996), "¡con frecuencia es necesario ayudar a la naturaleza!". Esto es, confrontar a estos agresores a la necesidad de efectuar cambios en su vida y en su comportamiento participando activamente en un programa de tratamiento. Esta motivación extrínseca puede ser estimulada por la propia pareja, por la familia, por los amigos y, también, por la justicia. Por esta misma postura se decanta Benitez (2004).

2. Los programas correccionales deben

dirigirse a atajar tanto la violencia física como la violencia psicológica.

3. Consideran muy importante la implicación de las familias en el marco del programa de tratamiento.

4. Por último, concluyen que muchos programas de tratamiento con agresores familiares están obteniendo resultados prometedores que se concretan en la mejora de sus habilidades prosociales para la vida en pareja y en reducciones significativas de las tasas de reincidencia en el maltrato.

6. CONCLUSION

En este artículo se ha puesto de relieve la complejidad etiológica del maltrato en la pareja y se han comentado brevemente los modelos explicativos actuales que priorizan un determinado tipo de factores (culturales, psicopatológicos, interacción, etc.). En el ámbito de la explicación, un importante reto para el futuro es la generación de modelos explicativos que integren tanto las dimensiones individuales del problema (características de los agresores, tales como su impulsividad, sus particulares historias vitales, sus distorsiones cognitivas, etc.) como los factores ambientales y sociales que favorecen la adquisición y el mantenimiento de hábitos agresivos y de maltrato en las relaciones de pareja (modelos familiares agresivos, valores sexistas, etc.).

Desde la perspectiva de la prevención y la intervención sobre el problema, los maltratadores constituyen un objetivo necesario, y los programas con ellos deberían atender a dos retos importantes: el primero, el logro de un paulatino mayor ajuste de la intensidad y cualidad de las intervenciones con las tipologías y necesidades de los agresores; además, dada la magnitud social de este problema, las intervenciones deberían ampliarse y diversificarse, tanto en la propia comunidad, cuando se detectan los primeros indicios de maltrato o cuando éste está escalando en frecuencia y gravedad, como en las prisiones, en donde probablemente acabarán ingresando los maltratadores más graves.

BIBLIOGRAFIA

- Aguilar, S.; Cerezo, A.I.; Díaz, S.; Díaz, C.; Espinosa, I.; López, J.A.; López, R., y Palma, E. (1995). Actuaciones policiales en niñas domésticas. *Boletín Criminológico* número 9, abril.
- Ashworth, A. (1997). Re-thinking Domestic Violence: Where Next in Family Court Welfare Practice? *Probation Journal*, vol. 44, número 3, septiembre, 139-143.
- Benítez, M.J. (1999). Violencia intrafamiliar: la mujer maltratada. En C. Rechea Alberola (Dir.): *La criminología aplicada II* (págs. 273-293) (*Cuadernos de Derecho Judicial*). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Benítez, M.J. (2004). *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar: Cambios sociales y legislativos*. Madrid: Edisofer, S.L.
- Bersani, C.A., y Chen, H. (1988). Sociological Perspectives in Family Violence. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack y M. Hersen. *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Browne, K.D. (1989). Family Violence: Spouse and Elder Abuse. En K. Howells y C.R. Hollin (Eds.). *Clinical Approaches to Violence*. Nueva York: John Wiley & Sons.
- Echeburúa, E., y De Corral, P. (1998). *Manual de violencia familiar*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores.
- Echeburúa, E., y de Corral, P. (1999). Programas de intervención para la violencia familiar. *Boletín Criminológico* número 40, marzo-abril.
- Echeburúa, E.; Amor, P.J., y Fernández-Montalvo, J. (2001). ¿Por qué hay que tratar psicológicamente a los hombres violentos en el hogar? En varios autores. *El tratamiento penitenciario: Posibilidades de intervención* (págs. 31-52). Las Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias. Málaga: ATIP.
- Echeburúa, E.; Amor, P.J., y Fernández-Montalvo, J. (2002). *Vivir sin violencia*. Madrid: Pirámide.
- Fuertes Pérez, A. (1995). Datos estadísticos de seguridad ciudadana. Una vía de aproximación en la búsqueda del conocimiento del fenómeno de la violencia en la red familiar. *Anuario de Psicología Jurídica*. 137-166.
- Jolin, A., y Moose, C.A. (1997). Evaluating a Domestic Violence Program in a Community Policing Environment: Research Implementation Issues. *Crime & Delinquency*, vol. 43, núm. 3, julio, 279-297.
- Klein, D. (1981). Violence against Women: Some Considerations Regarding its Causes and its Elimination. *Crime & Delinquency*, vol. 27, núm. 1, enero, 64-80.
- Labrador, F.J.; Rincón, P.P.; de Luis, P., y Fernández-Velasco, R. (2004). *Mujeres víctimas de la violencia doméstica: Programa de actuación*. Madrid: Pirámide.
- Lemire, G.; Rondeau, G.; Brochu, S.; Schneeberger, P., y Brodeur, N. (1996). Les programmes de traitement pour hommes violents: du communautaire au correctionnel. *Revue Canadienne de Criminologie*, vol. 38, núm. 1, enero, 33-59.
- Leonard, K.E., y Jacob, T. (1988). Alcohol, Alcoholism, and Family Violence. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack y M. Hersen. *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Maquieira, V., y Sánchez, C. (Coord.) (1990). *Violencia y sociedad patriarcal*. Madrid: Editorial Pablo Iglesias.
- Margolin, G.; Sibner, L.G., y Gleberman, L. (1988). Wife Battering. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack y M. Hersen. *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Martin Barroso, C., y Laborda Rodríguez, R. (1996/1997). Los malos tratos a la mujer. *Ciencia Policial* número 39, 187-204.
- Ohlin, L., y Tonry, M. (1989). Family Violence in Perspective. En L. Ohlin y M. Tonry (Eds.). *Family Violence*. 1-18. Chicago: The University of Chicago Press.
- O'Leary, K.D. (1988). Physical Aggression between Spouses. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack y M. Hersen. *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Pont, M.A., y Parés, A. (1995). Els maltractaments a dones en l'àmbit domèstic. *Barcelona Societat* núm 3, 44-52.
- Ruidíaz, C. (1996). Violencia en la familia: una visión sociológica. *Cuadernos de Política Criminal* núm. 60, 789-794.
- Sariego, J.L.; Alonso, A.; Pujol, C.; Carracedo, R., y González, B. (1998). Apuntes sobre las causas de la violencia doméstica. Alternativas.
- Sariego, J.L. (1999). Ideas para un proyecto de trabajo en relación a la violencia doméstica y conductas violentas hacia mujeres ejercida por hombres. Documento inédito.
- Saunders, D.G., y Azar, S.T. (1989). Treatment Programs for Family Violence. En L. Ohlin y M. Tonry (Eds.). *Family Violence*. 481-546.
- Sedlack, A. (1988). Prevention of Wife Abuse. En V.B. Van Hasselt, R.L. Morrison, A.S. Bellack y M. Hersen. *Handbook of Family Violence*. Nueva York: Plenum Press.
- Smith, L.J.F. (1993). *Domestic Violence: an overview of the literature*. Estudio núm. 107 del Home Office Research. Londres: HMSO.
- Thiebaut, M.P. (1988). La violencia en el seno de la familia. *Cuadernos de Acción Social* núm 12, 38-45.
- Tirado Estrada, J.J. (1998). Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal. *Boletín de Información* núm. 1820, 939-947.
- Tulman, R.M., y Weisz, A. (1995). Coordinated Community Intervention for Domestic Violence: The Effects of Arrest and Prosecution on Recidivism of Woman Abuse Perpetrators. *Crime & Delinquency*, vol. 41, núm. 4, octubre, 481-495.
- Wallace, H. (1996). *Family Violence: Legal, Medical, and Social Perspectives*. Boston: Allyn and Bacon.

NOTAS

- (1) Trabajo desarrollado en el marco del *Proyecto de investigación coordinado* (SEC2001-3821-C05-01). Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológico, Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

Concepción Espejel Jorquera
Presidenta de la A.P. Guadalajara

Desde la promulgación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que introdujo el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y que contempló dentro del ámbito de aplicación del referido procedimiento, entre otros, los delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refería el anterior art. 153 C.P. (actual art. 173.2 C.P.); comprendiendo igualmente las faltas cometidas contra dichas personas en el de los juicios de faltas de celebración inmediata, se han producido en el último año diversas reformas legislativas tendentes a dar una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos a la violencia ejercida en el entorno familiar, iniciativas que son fruto de la gran preocupación social e institucional que produce la proliferación de este tipo de conductas y, en particular, la violencia de género, la cual fue calificada por la Exposición de Motivos de la L. 27/2003 de 31 de julio como “una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía”.

Algunas de dichas reformas han afectado a la regulación sustantiva de los ilícitos penales cometidos contra las personas comprendidas en los arts. 153 y 173.2 C.P. y otras han modificado diversos preceptos de la L.E.Cr. atinentes a esta materia y a otra normativa complementaria. Las más importantes, por orden cronológico, han sido la Ley 27/2003, de 31 julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica; la Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; la L.O.13/2003 de 24 de octubre que modificó la prisión provisional, la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre de modificación del C.P. y finalmente el Real Decreto 355/2004 de 5 de marzo por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la Violencia doméstica.

LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

En materia procesal, tras el avance que representó la mencionada L. 38/2002, de 24 de octubre, tendente a agilizar el enjuiciamiento de este tipo de conductas, el siguiente paso lo constituyó la promulgación de la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de las órdenes de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

La citada Ley comienza por reformar el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluyendo entre las primeras diligencias a las que se refiere el precepto, junto con las medidas cautelares del art. 544 bis la orden de protección introducida en el art. 544 ter.

Este artículo, a su vez, ya había sido objeto de modificación por la tantas veces citada L.O.14/1999 de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuya E.M aludía a que las reformas de la L.E.Cr. introducidas por la misma perseguían el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, apuntando que esa nueva medida podría acordarse entre las primeras diligencias reguladas en el art. 13 de la Ley Procesal, primeras diligencias en las que después de la L 27/2003 se contempla ahora, junto con las medidas cautelares del art. 544 bis la orden de protección introducida en el art. 544 ter.

Ya en esa inicial modificación operada por L.O.14/1999 se vino a poner especial atención en la exigencia de que los órganos de la Justicia Penal hagan efectiva la protección de las víctimas.

Se supera así una concepción del Derecho Penal como sancionador de los ilícitos para hacer hincapié en su función de garantía de los derechos de las víctimas, la cual es una exigencia que dimana del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 C.E..

El núcleo fundamental de la reforma incorporada a la Ley 27/2003 lo constituye, sin embargo, la adición del art. 544 ter en la L.E.Cr., regulador de la Orden de Protección.

En relación con el contenido de la Orden de Protección, el art. 544 ter establece que la misma confiere a la víctima un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en dicho artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico; añadiendo que la orden podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

La tramitación de la solicitud está presidida por los principios de oralidad, concentración y celeridad.

No podemos olvidar que la Orden de Protección constituye, en esencia, una medida de carácter cautelar, sujeta, como tal, a los requisitos de adopción de este tipo de medidas, los cuales se infieren del apartado 1 del art. 544 ter., a saber:

La existencia del denominado “*fumus boni iuris*”, es decir, la apariencia de buen derecho, el cual viene dado por la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra cualquiera de las personas previstas en el art. 173.2 C.P., así como de su comisión por la persona frente a la que se pide la orden de protección; siendo extrapolable a esta cuestión toda la doctrina dictada por el T.C. en materia de medidas cautelares, que pregona que en la misma no está justificada la invocación del derecho a la presunción de inocencia, ya que tales medidas no pueden vincularse a un eventual castigo o sanción, aunque supongan una restricción temporal de los derechos del interesado, A.T.C. 9-12-1987 pues, como se indica en la STC 108/1984, el derecho a la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho y sean proporcionadas a la finalidad perseguida, así como la que proclama que los presupuestos exigibles para su adopción han de examinarse sin perder de vista la limitación que las acordadas puedan suponer de los derechos de la persona afectada, en relación con la naturaleza y entidad del riesgo que se pretende erradicar; habiendo apuntado reiteradamente la Jurisprudencia que, aún en supuestos en los que la medida es más grave como lo es la privación de libertad, no existe en la resolución que decreta la prisión provisional una declaración de culpabilidad y que el derecho a la presunción de inocencia carece de ámbito de aplicación en esta materia, A.T.C. 24-7-2000, de parecido tenor A.T.C. 17-2-2000, que recogiendo la S.T.C. 108/1994, de 11 de abril, especifica que para la privación de libertad no se exige una prueba plena de la autoría ni una definitiva calificación jurídica de la conducta, sino, como establece también el A.T.C. 7-7-2000, que glosa la S.T.C. 33/1999, únicamente la existencia de indicios racionales de comisión de una acción delictiva, como presupuesto de la legitimidad constitucional de aquella, unida al objetivo de la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, en el mismo sentido, S.T.C. 62/1996, de 15 de abril, 44/1997, de 10 de marzo, 66/1997, de 7 de abril, 177/1998, de 14 de septiembre.

Junto con la existencia de indicios fundados de criminalidad, se exige para dictar la orden de protección una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección contempladas en la misma.

No se trata propiamente del *periculum in mora*, al que se refieren las medidas cautelares cuya finalidad es la necesidad o conveniencia de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional en la definitiva resolución que en su día se dicte sobre el fondo, dado que el propósito de la orden de protección no es la efectividad de un eventual Fallo condenatorio sino la de garantizar la seguridad de la víctima, situada en una especial situación de vulnerabilidad en los delitos que nos ocupan, evitando el riesgo que puede dimanar de una posible repetición de acciones violentas por parte del agresor.

De manera que habrá que efectuar un pronóstico de dicho posible peligro, a la vista de las circunstancias del hecho y de las personales del presunto autor.

La Orden debe acordarse en resolución motivada; teniendo en cuenta que en el deber de motivación de todas las resoluciones judiciales prevenido en el art. 120.3 C.E. se exige con especial rigor en todas las medidas limitativas de derechos, como son las que pueden ser objeto de adopción en la Orden.

La Orden habrá de ser dictada por el Juez de Guardia, sin perjuicio de que si excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud convocará en el plazo más breve posible audiencia que, en cualquier caso, habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud.

Se contempla también en la norma que, en caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquél que resulte competente.

Junto con la posibilidad de que se dicte la Orden de Protección por el Juez de Guardia, se prevé en el apartado 11 del artículo la de que pueda adoptarse con posterioridad por el Juez o Tribunal que conozca de la causa, en aquellos casos en los que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el art. 153 C.P.

La Orden de Protección contemplada en el art. 544 ter. podrá adoptarse a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el art. 153 C.P., o del Ministerio Fiscal e incluso de oficio por el Juez o Tribunal.

Para posibilitar dicha adopción de oficio se establece que las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado primero deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de Guardia o del Ministerio Fiscal.

Ello no obstante, las medidas civiles que pueden adoptarse en la Orden de Protección solo podrán acordarse a instancia de parte, conforme previene al apartado 7 del precepto, que establece solo podrán acordarse a instancia de la víctima o su representante legal (en casos de que la víctima sea menores o incapaz) o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces.

El precepto contempla que la regulación de la Orden de Protección no obsta a que el Juez de Instrucción pueda adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

La solicitud podrá presentarse directamente ante la autoridad judicial, ante el Ministerio Fiscal, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante las oficinas de atención a la víctima y los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas, las cuales habrán de ser remitirla de forma inmediata al Juez competente; añadiendo que los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

Se busca con ello un acceso fácil y rápido a la solicitud. Sin embargo, con posterioridad ha sido aprobado un Protocolo General para la Implantación de las Órdenes de Protección, aprobado por la Comisión de Seguimiento de la implantación de las Órdenes de Protección, la cual se constituyó el 22 de julio de 2003 y está formada por representantes del C.G.P.J., de la Fiscalía General del Estado, de los Ministerios de Justicia, Interior, Trabajo y Asuntos Sociales, de las Comunidades Autónomas, de la Federación Española de Municipios y Provincias y, del Consejo General de la Abogacía Española y del Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España, en cuyo Protocolo se resalta la conveniencia de que la solicitud llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado de la Policía Judicial, no solo por cuanto ello permitirá tener un mayor conocimiento de causa para la adopción de la Orden, sino atendido que para seguir el trámite de los juicios rápidos introducido por la Ley 38/2002 el procedimiento deberán haberse incoado las diligencias en virtud de un atestado policial siempre que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial.

La Comisión de Seguimiento citada ha aprobado un formulario para la solicitud de la Orden de protección, en el que figuran en diversos apartados los datos del Organismo receptor de la misma y del funcionario o persona que la recibe, los de la víctima, los del solicitante y los del denunciado, así como la relación que une al denunciado con la víctima, la posible existencia de otras denuncias anteriores, la de actuaciones judiciales abiertas por delito o falta, los datos de las personas que viven en el domicilio familiar y su relación con el denunciado, la descripción del último acto de violencia padecido, la de otros posibles anteriores, la reseña de posibles lesiones y si se ha recibido asistencia médica por ellas y centro en que se recibió y si se acompaña parte médico, si se dispone de abogado o si se interesa asesoramiento jurídico del Servicio de Asistencia Jurídica Gratuita del Colegio de Abogados, datos que permitan conocer la situación laboral y económica de la víctima, del denunciado y de la familia y si interesa a la solicitante continuar en la vivienda familiar, si solicita la expulsión de la misma del denunciado para garantizar su seguridad, si precisa ayuda económica y finalmente los datos del Juzgado al que se remitirá la solicitud que consignará el Organismo que la reciba.

El Protocolo General antes mencionado resalta la conveniencia de que la víctima sea asistida por un profesional para rellenar la solicitud.

El precepto contempla una tramitación rápida y sencilla que se concentra en una audiencia urgente a la que convocará el Juez de Guardia al M.F., a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado, la cual deberá celebrarse con carácter general durante el servicio de guardia y en todo caso dentro de las 72 horas desde que se presentare la solicitud, audiencia en la que deberá evitarse la confrontación entre el agresor y la víctima y los restantes miembros de la familia.

Aunque el art. 544 ter establece, respecto a la asistencia letrada, que “el agresor” será asistido “en su caso” por abogado, dicho precepto ha de ponerse, de un lado, en relación con el art. 767 L.E.Cr., el cual fue modificado por la Ley 38/2002, el cual establece que desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada, así como que la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial

recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado y, de otro lado, con lo dispuesto en el art. 796.1. 2ª, que indica que aquella informará a la persona a la que se atribuya el hecho, aun en el caso de no procederse a su detención, del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de Guardia asistido de abogado y que si el interesado no manifestare expresamente su voluntad de comparecer asistido de abogado, la Policía Judicial recabará del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio. De manera que, atendido que el art. 544 ter establece que la audiencia para la decisión de la orden de protección se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 504 bis 2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el título III del libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas, en los casos en que proceda la audiencia prevista en el art. 504 bis 2 o cuando se convoque a la prevista en el art. 798, será preceptiva la asistencia de abogado, de manera que solo cuando se convoque juicio para la persecución de la falta del art. 620.2 cabría plantearse la posibilidad de que pudiera prescindirse de la asistencia de abogado para el presunto agresor.

Ante ello, parece necesario que, para salvaguardar el derecho de defensa que asiste tanto al imputado como a la víctima y el principio de igualdad de armas en el proceso, deba dotarse en dicha audiencia de asistencia letrada a la víctima, la cual será especialmente necesaria cuando se soliciten medidas de índole civil, lo cual podrá lograrse por la vía del art. 6.3 de la Ley de Asistencia jurídica Gratuita para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

En esta materia el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes jurisdicciones Penal y Civil aprobado por la Comisión de Seguimiento con fecha 18-12-2003 establece que para garantizar el derecho de defensa ha de dotarse de asistencia letrada a la víctima en la audiencia especialmente cuando se van a solicitar medidas de orden civil; añadiendo que este ha de ser especialista en materia de familia y que el profesional actuante debe ser el mismo que luego actúe en el proceso civil y en la ejecución.

Las medidas judiciales que puede comprender serán de carácter penal o civil, las primeras serán las mismas medidas cautelares previstas con carácter general en la legislación procesal penal, con los requisitos, contenido y vigencia establecidos en la L.E.Cr.

Por tanto las medidas penales pasarán desde las innominadas del art. 13 L.E.Cr. (como por ejemplo la retirada inmediata de armas), pasando por las prohibiciones contempladas en el art. 544 bis, hasta la prisión provisional.

Es de tener en cuenta que dichas medidas del art. 544 bis y la prisión provisional han sido objeto de modificación por las L.O.13/2003 y L.O.15/2003., a las que haré luego mención.

En cuanto a las medidas civiles estas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Como ya se ha mencionado, estas no son aplicables de oficio y únicamente podrán acordarse si previamente no han sido acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil. De ello se infiere que no se podrá lograr por esta vía que el Juez Instructor penal modifique las medidas civiles que hubieren sido ya acordadas por el Juzgado civil; de manera que cualquier modificación de las acordadas en el proceso civil deberá ser pedida ante el Juez de primera Instancia y de conformidad con el procedimiento de modificación de medidas contemplado en la L.E.C.

Ahora bien, dicha mención de la imposibilidad de adoptar medidas civiles cuando ya las hubiere adoptado la Jurisdicción civil queda matizada por la adición que efectúa el propio apartado 7 del art. 544 ter que añade: “sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil”, precepto que establece que el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres; las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las de prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa, la prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido y el sometimiento a autorización judicial previa de

cualquier cambio de domicilio del menor; contemplado dicho art. 158 C.C. finalmente que, en general, podrán adoptarse las demás disposiciones que el Juez o Tribunal considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Dicho art. 158 C.C., introducido por la LO 1/1996 de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor y luego modificado por L.O. 9/2002 de 10 diciembre, relativa a la sustracción de menores, dispone que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

De manera que, en caso de entenderse que existe alguna de las situaciones de riesgo para el menor a las que se refiere el art. 158, el Juez Instructor o incluso el Tribunal penal podrán adoptar alguna de dichas medidas, lo cual puede ser fuente de resoluciones contradictorias.

Para evitar dichos problemas el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil establece unas pautas para la comunicación entre los Juzgados Penales y los Civiles en el supuesto de que el Juez penal adopte alguna de las medidas previstas en el art. 158 C.C., tanto si existe como si no un proceso civil previo.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tienen una vigencia temporal limitada de 30 días. De forma que si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

Es especialmente importante que se resuelva por la Jurisdicción civil sobre la ratificación, modificación o revocación de las medidas en el plazo legalmente establecido, por cuanto, en caso contrario quedarán sin efecto dejando desprotegida a la víctima.

Si, por la razón que fuere, se prevé que no va a poderse resolver antes del plazo previsto podrán acordarse medidas in audita parte al amparo del art. 771.2.2 (En la misma resolución se podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 del Código Civil y lo que se considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares; señalando la comparecencia prevista en el párrafo 1º de dicho art. 771.2.)

El auto en el que se acuerde la Orden se notificará al M.F. y a las partes, a la víctima aun cuando no ostente la condición de parte, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que velen por su cumplimiento y al Punto único que se establezca en cada territorio para su derivación a los organismos sociales competentes para prestar los correspondientes servicios sociales.

La Orden de Protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

En esa línea iban otras reformas anteriores desde la L.O.14/1999.

La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, cuyo Reglamento ha sido recientemente aprobado por R.D. 355/2004 de 5 de marzo, al que haré posterior mención.

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA L.O.11/2003

La actual sanción penal específica de los ilícitos cometidos en el ámbito doméstico se encuentra en los arts. 153, 173. 2 y 620 C.P., en la redacción dada a los mismos por la L.O.11/2003 de 29 de septiembre sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

Antes de entrar en el análisis de la vigente normativa, voy a efectuar una somera referencia a cual era el panorama legislativo antes de la última reforma.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Con anterioridad a la reforma operada por la citada Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, el tratamiento penal de la violencia doméstica venía recogido básicamente en los art. 153 C.P., 617.2 y 620 C.P.

El art. 153 C.P. antes de la última reforma operada por la citada L.O. 11/2003 tipificaba el denominado delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar y castigaba al que habitualmente ejerciera violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, conductas que eran castigadas con pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de la punición que pudiera corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

A su vez el anterior art. 153 C.P. tuvo su antecedente en el art. 425 del C.P. de 1973, en la redacción dada al mismo por la ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, en la que por primera vez se introdujo en el C.P. un tipo autónomo de malos tratos en el ámbito familiar. El Preámbulo de dicha Ley señaló que su introducción tenía por finalidad hacer frente a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo; añadiendo que pasaban así a ser tipificados como delito los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge y sobre menores o incapaces, aunque individualmente considerados no hubieran constituido más que una sucesión de faltas, de modo que cuando éstas se producen de modo habitual sobre los sujetos mencionados en el tipo pasaban a integrar un ilícito más grave constitutivo de delito.

La citada norma contemplaba inicialmente solo los actos de violencia física ejercidos sobre un grupo de sujetos pasivos mucho más reducido que el actual (cónyuge o persona a la que estuviera unida por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho). Ese inicial art. 425 no incluía la violencia psíquica, ni las acciones cometidas frente a otros sujetos, como por ejemplo los ascendientes y llevaba aparejada una pena de poca entidad (arresto mayor).

La primera modificación de la norma se produjo en el C.P. de 1995, en el que ya se incluyó en el art. 153 a los ascendientes y en el que la pena se elevó notoriamente hasta un máximo de tres años de prisión.

Posteriormente el precepto fue modificado por la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, incluyendo los actos de violencia psíquica y ampliando el catálogo de sujetos ofendidos por el delito, adicionando al cónyuge o conviviente, el ex cónyuge o ex conviviente, y a los hijos propios los del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro; estableciendo un criterio legal para apreciar el requisito de la habitualidad; indicando que se ha de tener en cuenta el número y proximidad temporal de los actos de violencia anteriores acreditados, con independencia de que se ejercitaran sobre el mismo u otros miembros de la comunidad familiar o cuasifamiliar mencionados en el primer párrafo y de que aquellos hubieran sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores, requisitos a los que se refiere, entre otras la S.T.S. 11-3-2003.

Por otro lado, además del delito de malos tratos habituales que hemos estado comenzando, entre las faltas contra las personas, el párrafo segundo del art. 617, que tipifica la falta de malos tratos, incluía antes de la última reforma un subtipo agravado para supuesto de que los ofendidos fueran algunas de las personas comprendidas en el anterior art. 153. Dicho párrafo también fue modificado por la L.O. 14/1999, en el sentido de que cuando la pena a imponer sea la de multa de uno a dos meses, prevista como alternativa a la de arresto de tres a seis fines de semana, se tenga en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.

Finalmente, el art. 620 C.P. castigaba en su párrafo primero las faltas de amenazas leves con empleo de armas u otros instrumentos peligrosos y en su párrafo segundo las de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve. Dicho art. 620 establecía, y aún establece, un supuesto agravado para el caso de que el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, para el que señala pena superior (en la actualidad de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar).

Además, la reforma operada por la tantas veces mencionada L.O.14/1999 vino a introducir una modificación respecto del requisito de procedibilidad contemplado en el último párrafo del art. 620, el cual tipifica en sus párrafos primero y segundo las faltas de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve.

El precepto con anterioridad a la reforma exigía para la persecución de los hechos descritos en dicho artículo la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Tras la modificación de 1999 se estableció que en estos casos no sería exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de dicho artículo, salvo para la persecución de las injurias. Es decir, que la persecución de las faltas de amenazas, coacciones y vejaciones injustas de carácter leve puede iniciarse de oficio, sin exigencia de la denuncia del ofendido o de su representante legal. Con ello se vino a salir al paso de la posibilidad de que dichas conductas pudieran resultar impunes cuando el perjudicado no se atreviese a denunciar, por miedo, sometimiento económico o psíquico al autor etc.

El art. 620 C.P. no fue modificado por la L.O. 11/2003, de modo que sigue castigando con una penalidad agravada a los autores de las conductas que tipifica cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 (la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar). Dicho artículo sí ha sido objeto de modificación por la L.O.15/2003, aún no entrada en vigor, a la que se aludirá más adelante.

REGULACIÓN INTRODUCIDA POR L.O.11/2003

Como se ha expuesto, el panorama legislativo de los malos tratos en el ámbito familiar sentado por la L.O.14/1999 fue nueva y sustancialmente modificado por la L.O. 11/2003, la cual, por un lado, incluye un segundo párrafo en el art. 173 C.P., en el que es objeto de nueva ampliación el maltrato habitual; cambiando además su ubicación sistemática; manteniendo, por otro lado, en el actual art. 153 conductas aisladas que con anterioridad eran meramente constitutivas de falta y que se incardinaban en los art. 617 y 620. Paralelamente se deroga el art. 617.2 C.P.

En la Exposición de Motivos de la L.O.11/2003 se alude a que la reforma se enmarca dentro del Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, en el que se contemplaron un conjunto de actuaciones que incluían medidas tanto organizativas como legislativas; poniendo entre esta últimas un especial acento en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.

El apartado III de dicha E.M. declara que el fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar y que es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos. Continúa señalando la referida E.M. que “Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido”.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acuerden la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

MODIFICACIÓN DEL ART. 173 C.P.

Tras la modificación operada por la citada L.O. 11/2003, el art. 173 C.P. pasó a incluir en su apartado segundo el coloquialmente denominado delito de malos tratos habituales.

Es de destacar, inicialmente, el cambio de ubicación sistemática del precepto, dentro del Título VII del Libro II dedicado a las torturas y otros delitos contra la integridad moral, a diferencia del anterior delito de malos tratos habituales que se incardinaba dentro del Título III del Libro II dedicado a las lesiones.

Ello es exponente de que lo que venían reiterando la doctrina y la Jurisprudencia, que señalaban que el bien jurídico protegido por el anterior art. 153, actual 173. 2 y 3, no era únicamente la integridad física o psíquica de la persona, sino que se trataba y se trata de un tipo pluriofensivo tendente a proteger, no solo la vida, la salud y la integridad física sino también la dignidad, la seguridad, la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante y también la paz y el orden familiar, la convivencia y la protección de las condiciones en que puede tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar, a los que se refirieron tanto la Circular 1/98 de 24 de octubre de la Fiscalía General del Estado como el Pleno del C.G.P.J. de 21 de marzo de 2001, que señaló que el bien jurídico protegido por este delito es la dignidad de las personas en el seno de la familia, aunque al mismo aparezcan íntimamente ligados otros como la vida y la integridad física y moral; citando al efecto el referido acuerdo del Pleno las Ss.T.S. 24-6-2000 y 7-9-2000, la primera de las cuales aludía a que el tipo sanciona los ataques contra la paz familiar que se plasmen en agresiones que dibujen un ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia; aludiendo la segunda a que el maltrato familiar ataca no solo a la incolumidad física o psíquica de las personas sino que constituye esencialmente una vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en un ambiente familiar; añadiendo que se trata de tutelar los valores constitucionales de la dignidad de las personas y la protección de la familia.

Por su parte la S.T.S. 22-1-2002 establece que se trata de una ataque a la pacífica convivencia familiar y las Ss.T.S. 11-3-2003 y 18-6-2003 aluden a que el bien jurídico protegido es la paz familiar; sancionándose aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque nade define mejor el maltrato familiar que la relación asimétrica de dominio de una persona sobre su pareja y los familiares convivientes.

De ello se infiere que el bien jurídico protegido es de titularidad compartida, individual en cuanto afecta a los concretos miembros de la unidad familiar que sufren la violencia y familiar en cuanto afecta a la referida unidad familiar cuyos integrantes padecen los concretos actos de violencia o en general la situación permanente de maltrato a la que han aludido numerosas resoluciones del T.S., entre otras la S.T.S.16-5-2002, que resaltó que, prescindiendo del automatismo numérico de las agresiones, lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, será la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente.

No faltan los autores que critican la ubicación del maltrato familiar en el título dedicado a las Torturas y otros delitos contra la integridad moral y entienden que hubiera sido más acertado incardinarlo en el relativo a los delitos contra las relaciones familiares (Título XII del Libro II), como ocurre, por ejemplo en el C.P. italiano, en el que se enmarcan en los delitos contra la familia. Con esta ubicación el legislador parece decantarse por dar prevalencia como bien jurídico protegido a la dignidad de la persona y a su derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes recogido en el art. 15 C.E., a cuyo contenido se refieren las Ss.T.C. 120/1990 y 137/1990, que consideran como trato degradante la causación de padecimientos físicos o psíquicos inflingidos de modo vejatorio para quien los sufre o realizados con intención de vejear, en parecida línea S.T.S.8-5-2002, que considera como tal cualquier atentado contra la dignidad de la persona que menoscabe su integridad moral; apuntando que la misma se contempla como un valor autónomo independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, de modo que el bien jurídico protegido es la inviolabilidad de la persona.

En cualquier caso, el cambio de ubicación del tipo refuerza la postura doctrinal que, pese a la anterior incardinación en el Capítulo dedicado a las lesiones, pregonaba que la condena por este ilícito específico, aún cuando fueran igualmente sancionados los concretos resultados producidos por los actos individuales de violencia, no vulnera los principios de cosa juzgada y non bis in idem, en tal línea se pronuncian las Ss.T.S. 9-7-2001, 16-5-2003 y 18-6-2003, entre otras.

La L.O 11/2003 ha venido a ampliar el catálogo de posibles sujetos tanto del delito de malos tratos habituales del nuevo art. 173 como del introducido en el nuevo art. 153.

Ambos son tipos en los que es precisamente la relación familiar o asimilada la que da lugar a la punición especial de las conductas, pues, de no mediar dicha relación, en el caso del nuevo art. 153 C.P. la actuación no rebasaría el ámbito de las faltas y en el del art. 173 únicamente permitiría la sanción de los concretos resultados típicos producidos (como falta o delito según los casos).

Volviendo a los requisitos del delito contenido en el nuevo art. 173 C.P., es de señalar que, al igual que en anterior art. 153 y que el nuevo art. 153, se caracteriza desde el punto de vista subjetivo por ser los sujetos activos y pasivos las personas en quienes concurra alguna de las condiciones personales descritas en el tipo, algunas de las cuales tienen una naturaleza formal, así la de cónyuge, descendiente, ascendiente, hermano, titular de la patria potestad, tutela o curatela o acogimiento, mientras que otras se refieren a vínculos materiales sin plasmación jurídica, así las relaciones de afectividad análoga a la conyugal,

guarda de hecho o cualquier otra relación en virtud de la cual la persona se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar. Algunos de los sujetos pasivos descritos en el precepto son personas vinculadas directamente con el autor, por ejemplo, los descendientes, ascendientes, hermanos y afines propios, mientras que otros están unidos al autor únicamente de un modo mediato, al estar vinculados directamente sólo al cónyuge o al conveniente; contemplándose incluso un supuesto distinto y totalmente novedoso, en el que no media ni una ni otra relación familiar o asimilada, sino en el que el ofendido es persona que por su especial vulnerabilidad se encuentra sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

A diferencia del anterior art. 153 C.P., que exigía que la relación de afectividad análoga a la conyugal se diera de forma estable, el nuevo art. 173 suprime la exigencia de dicha estabilidad y añade la posibilidad de que el tipo se aplique a quienes estén unidos por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia. Parece querer incluirse aquí las relaciones de noviazgo sin convivencia. Esto puede ofrecer problemas prácticos, por cuanto, de un lado, tradicionalmente desde el punto de vista civil se viene entendiendo que la relación de análoga a afectividad a la conyugal comporta la convivencia, dado que el art. 68 C.C., entre otras obligaciones de los cónyuges, contempla la de vivir juntos y, de otro lado, será difícil determinar cuando, pese a la falta de convivencia, puede considerarse que la duración y naturaleza de la relación son suficientes para estimar que concurre tal relación de afectividad análoga que permita obtener la protección especial de estos tipos delictivos.

El precepto sigue sin incluir de modo expreso las relaciones homosexuales. Con la anterior redacción no faltaban quienes consideraban que dichas relaciones no quedaban incluidas en el tipo, dado que, al exigirse relación análoga a la conyugal, entendían que no debía considerarse tal la existente entre personas del mismo sexo, al no estar permitido el matrimonio más que entre sujetos de diferente sexo. Otros autores venían entendiendo que, atendido que lo que se pretendía hacer prevalecer no era el vínculo legal sino el afectivo, nada impedía incluir en él a las parejas de homosexuales. En la actualidad el artículo 173 añade una cláusula abierta, al referirse a “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”, lo que, desde mi punto de vista, permite incluir por dicha vía en la protección de estos tipos delictivos tales relaciones homosexuales.

Es evidente que la ruptura de la afectividad entre los cónyuges o convivientes, que obstaría en otros delitos para apreciación de la agravante de parentesco, resulta irrelevante para la posible comisión del delito que nos ocupa, en el que basta que la situación fáctica existente en el domicilio permita a uno de los miembros ejercer habitualmente violencia sobre los otros.

El nuevo artículo incluye con carácter general a todos los descendientes, a diferencia del anterior que hablaba solo de los hijos (con lo que antes quedaban fuera de la norma los nietos).

La anterior redacción no incluía ni a los hermanos y cuñados propios o del cónyuge o conviviente ni expresamente a los ascendientes del cónyuge o conviviente, dado que estos, evidentemente, no están sujetos a la patria potestad, tutela o curatela del ofensor; no faltando quien propugnaba dar cobertura por la vía de entenderlos sometidos a la guarda de hecho, a los ascendientes para evitar la desprotección en casos lamentables de ascendientes del cónyuge o conviviente que, por razones de imposibilidad física o psíquica, debían convivir con el autor, ya ininterrumpidamente ya durante estancias temporales repetidas, lo cual es frecuente cuando se trata de personas mayores que no tienen autonomía y requieren el auxilio de la familia, siendo varios los familiares que se distribuyen en períodos alternativos el cuidado de los padres.

Es de notar que, aunque el precepto ampara a la persona unida por análoga relación de afectividad aunque no exista convivencia, la protección no se dará respecto de los familiares de la pareja en los casos de falta de convivencia, dado que alude a los descendientes, ascendientes o hermanos propios “o del cónyuge o conviviente”, lo cual parece lógico, ya que esas personas en caso de falta de convivencia entre la pareja, no estarán sometidos a la influencia del posible agresor al no convivir tampoco en el domicilio familiar.

Se incluyen, de otro lado, como sujetos pasivos del delito los menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a patria potestad, tutela curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.

Se incorpora así a cualquier menor que conviva en el domicilio familiar por cualquier razón, como pueden ser las estancias temporales por estudios, vacaciones, etc.

Respecto de los menores o incapaces no se exige el sometimiento a patria potestad, tutela, curatela o acogimiento sino que basta la guarda de hecho. El precepto en este punto es sustancialmente idéntico al anterior.

En cuanto a concepto de incapaces, deberán comprenderse en el mismo no sólo a las personas que ha sido objeto de incapacitación en vía civil sino a todas las que tienen limitadas sus facultades de autoprotección, lo que resulta de la finalidad de la norma, dado que el contexto del comportamiento típico se caracteriza por las posibilidades eminentemente fácticas de aplicación de fuerza por parte de unos miembros del grupo de convivencia sobre otros que viven en su compañía y

que se encuentran en una situación de desequilibrio respecto de los dominantes, interpretación que también viene abonada por lo dispuesto en el propio art. 25 del vigente C.P., que establece que, a los efectos de dicho Código se considera incapaz a toda persona, haya sido con o sin declarada su incapacidad, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o sus bienes por sí misma. A través de este concepto de incapaces, interpretado en el sentido de limitación del autonomía personal y necesidad de ayuda asistencial por parte de otros y por la vía de la guarda de hecho, se venían incluyendo con la normativa anterior los ancianos no unidos por vínculos de ascendencia directa como pueden ser tíos-abuelos y otros parientes, como tíos, hermanos mayores de edad, sobrinos etcétera que no estaban incluidas en el anterior art. 153. Dichas personas tienen ahora una cobertura más clara a través de la ampliación de las relaciones familiares o asimiladas efectuada por el nuevo precepto o, en cualquier caso, a través de la cláusula residual de personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.

Se incluyen finalmente en la norma, además de las referidas personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar (fórmula que viene a dar un carácter abierto al precepto, frente al sistema de numerus clausus de las redacciones precedentes), las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, lo cual abarca supuestos antes no incardinables en el término “pupilos” que empleaba el anterior art.153. Sin embargo, solo se contemplan las personas ingresadas en centros privados o públicos, pero no se mencionan expresamente otras que, en igual situación de vulnerabilidad o dependencia, se encuentren, por ejemplo, custodiadas o asistidas en domicilios particulares, caso bastante frecuente de enfermos o ancianos que quedan en casa atendidos por empleados no unidos a ellos por vínculos familiares pero si por fuertes lazos de confianza. En estos supuestos la protección debería lograrse por la vía de la cláusula residual tantas veces mencionada, pero puede originar problemas de interpretación.

No cabe duda de que es positiva la ampliación de la protección a supuestos antes no contemplados por la norma y la inclusión de la tantas veces aludida cláusula residual, pero ello ha supuesto dar una extensión y una mayor complejidad a la redacción del precepto; siendo numerosos los autores que defienden que el empleo de una fórmula única, amplia y flexible, hubiera evitado dudas interpretativas que siempre surgen en supuestos excesivamente enumerativos como el que nos ocupa.

El actual art. 173, como el anterior art. 153 es un delito de peligro abstracto, que no requiere la producción de ningún resultado material y, en concreto, que no exige la producción de ningún tipo de lesión, la cual, de producirse, sería castigada, en concurso de delitos, con el anterior, como establece el propio último inciso del apartado 2 del art. 173, que indica: “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”, previsión análoga a la que contenía el último inciso del párrafo primero del art. 153 antes de la reforma.

El elemento objetivo del delito sigue estando configurado, como en el anterior art. 153, por el ejercicio habitual de violencia física o psíquica.

El ejercicio de violencia física no plantea problemas interpretativos, lo constituirá cualquier acometimiento o acción que pueda atentar contra la vida, la integridad física o la salud e incluso contra la libertad sexual.

Mayor problema puede comportar la interpretación del concepto de violencia psíquica, en relación con la cual viene entendiéndose que puede estar constituida por cualquier acción que pueda comportar un menoscabo de la salud mental de la víctima, sin necesidad de que se actúe directamente sobre el cuerpo de la misma; pudiendo constituir la cualquier vejación, insulto, amenaza, perturbación susceptible de causar temor, desasosiego, sufrimiento, de privar a la persona de la paz, la seguridad y el equilibrio necesarios para su bienestar. El T.S., aunque no ha dado un concepto de violencia psíquica, ha declarado en esa línea que constituyen el tipo aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, Ss.T.S. 11-3-2003 y 24-6-2000, la cual añadió que la violencia física o psíquica a la que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados, constituyendo un ataque contra la paz familiar que dibuja un ambiente de temor y dominación sufrido por los miembros de la familia; refiriéndose la S.T.S. 27-6-2003 a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima.

El concepto de habitualidad introducido ya en la reforma del C.P. de 1989 y reiterado en el Código de 1995 ha venido originando numerosas discusiones doctrinales, razón por la cual, la reforma de 1999 introdujo un segundo párrafo del art. 153, aclarando que para apreciar la habitualidad deberá atenderse al número de actos de violencia acreditados, así como su proximidad temporal, con independencia de que la violencia se haya ejercitado sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el artículo y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procedimientos anteriores.

En esta materia la nueva redacción del art. 173 no introduce novedades respecto del anterior art. 153 C.P., por lo que habrán de seguirse aplicando las pautas que ha venido sentando la Jurisprudencia al amparo de la redacción anterior.

En cuanto al número de actos necesarios para entender acreditada habitualidad exigida por la norma, la misma no concreta dicho número. La Jurisprudencia ha ido evolucionando en este punto, partiendo de las resoluciones que entendían que operaba la habitualidad cuando se habían producido tres conductas semejantes (criterio que también se estableció en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998), resoluciones que acudían a la habitualidad contemplada en el artículo 94 del Código Penal como la comisión de tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, definición que se contempla con una finalidad distinta, limitada a los efectos de aplicar la suspensión o sustitución de penas. Por el contrario, otras resoluciones, descartando dicha interpretación, entienden que, a la vista de la redacción actual de la norma, resulta que no podrán establecerse criterios fijos, debiendo de atender a las circunstancias del caso concreto. Así ya numerosas resoluciones dictadas incluso antes de la reforma de 1999 apuntaban que la habitualidad requiere no sólo la repetición de un determinado número de actos sino que esta sea expresión de que el sujeto se ha formado hábito, inclinación o tendencia a su realización, lo que se inferirá de las circunstancias concurrentes en cada supuesto; así, entre otras la S.T.S. de 22 de abril de 1993, declaraba que la habitualidad entraña, por la insistente actitud el sujeto, una especie de costumbre incorporada a su actuar, una tendencia o predisposición hacia la realización de determinadas infracciones tan pronto se ofrezca una ocasión u oportunidad propicia al efecto. De modo que dicha predisposición determina que la persona misma del infractor constituya un factor objetivo de riesgo permanente para la salud y la integridad de las personas sujetas a él en el grupo de convivencia.

Desde la reforma de 1999, ha ido aumentando el número de las sentencias que apuntan que, prescindiendo del automatismo numérico, lo relevante es constatar si la conducta atribuida al acusado atenta contra la paz familiar y que se demuestre en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufridos por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permita la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad (S.T.S. 24-6-2000); en parecida línea S.T.S. 7-7-2000 y 16-5-2002, que apunta que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, ya que en esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual. Por su parte la S.T.S. 7-9-2000 se refiere a la reiteración de actos de violencia física o psíquica que vienen a crear por su repetición una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato que permite afirmar la habitualidad que requiere este precepto. Siguen existiendo resoluciones recientes que, sin embargo, insisten en que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido, S.T.S. 18-4-2002. Igualmente alude al concepto de habitualidad del art. 94 C.P. la S.T.S. 9-7-2001.

Desde otro punto de vista, es de señalar que a la hora de valorar el requisito de la habitualidad nada impide que se tengan en consideración conductas que aisladamente consideradas hubieran constituido falta cuando dichas faltas hubieran prescrito, materia en la que la Circular de la Fiscalía 1/1998 apunta que la prescripción comienza a contarse desde el último de los episodios violentos, criterio reiterado por el T.S. entre otras en Sentencia de 11-3-2003, que señala que la prescripción de alguna de las agresiones no obsta a la misma pueda ser considerada en el contexto de un ámbito temporal de proximidad para configurar la habitualidad, la cual surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase que denotan el comportamiento intolerable del agresor en un marco de violencia doméstica con clara afectación del bien jurídico protegido, en igual línea S.T.S. 16-4-2002, que indica que el periodo de prescripción de este delito empieza a contar desde el último de los episodios considerados. Avanzando en esta línea el nuevo art. 132.1 C.P. reformado por L.O. 15/2003 de 25 de noviembre dispone que en las infracciones que exijan habitualidad los términos de prescripción se computarán desde que cesó la conducta. (El plazo de prescripción que para este delito establece el nuevo art. 131.1 reformado por L.O. 15/2003 es de cinco años, dado que se contempla para el mismo junto la de prisión la de inhabilitación por un máximo de cinco años).

Por otro lado, dada la sustantividad del tipo penal, independiente de los concretos actos de violencia física o psíquica, valorados exclusivamente para acreditar la actitud del agresor, el hecho de que alguna o algunas de las conductas ya hubieren sido sentenciadas no impide que puedan ser atendidas para valorar la habitualidad, S.T.S.24-6-2000, igualmente S.T.S. 22-1-2002 y 18-6-2003, la cual añade que naturalmente quedan excluidos los hechos por los que haya recaído sentencia firme absoluta, por respeto a los principios de presunción de inocencia y de cosa juzgada.

En cualquier caso, es evidente que la necesaria acreditación del requisito de la habitualidad hace especialmente importante la actividad probatoria, dado que, aunque no se exige que las conductas anteriores hayan sido enjuiciadas, sí se requiere su debida acreditación, probanza para la cual pueden cobrar gran trascendencia los informes de los equipos psicológicos y técnicos y las periciales llevadas al proceso.

Desde otro punto de vista, ha de puntualizarse que, dada la exigencia de habitualidad, resulta impensable que se pueda aplicar como causa de justificación en este delito un pretendido ejercicio del derecho de corrección otorgado a padres y

tutores por el Ordenamiento Civil, el cual, a mayor abundamiento, únicamente se contempla como posibilidad de reprimir moderada y razonablemente a los sujetos a patria potestad o tutela (lo cual dista mucho del tipo de conductas sancionadas en el ilícito que nos ocupa).

No resultan unánimes las opiniones sobre si sería susceptible este delito de comisión por omisión. Hay autores que defienden tal posibilidad, aludiendo a la omisión voluntaria de los cuidados mínimos que para la subsistencia requieren menores, o personas impedidas. Entiendo que ello supondría forzar el tipo, olvidando que nos hallamos ante un delito de peligro no de resultado. De manera que aunque los posibles resultados de muerte, lesiones, etc. sí pueden cometerse por omisión, el delito del art. 173 solo es susceptible de comisión activa, lo cual vendría abonado por el propio tenor literal de la norma que castiga al que “ejerza”.

El delito no admite las formas imperfectas de ejecución, ya que por su especial configuración solo admitirá la consumación.

En cuanto al requisito de la culpabilidad, se trata de un ilícito doloso no es susceptible de comisión por imprudencia. Sin embargo, puede cometerse con dolo directo o incluso eventual, cuando el sujeto no busca de propósito el resultado pero se lo representa como posible y a pesar de ello no desiste de la acción proyectada.

Parece obvio que no cabe aplicar la agravante de parentesco a este ilícito, por cuanto la relación familiar o asimilada es requisito esencial para el perfeccionamiento del delito. Ahora bien, si junto con el delito del art. 173 se castiga en concurso delictivo el concreto resultado producido como delito de homicidio, lesiones, etc. a ese delito de resultado sí cabe, en mi opinión, aplicarle como agravante la circunstancia mixta del art. 23 C.P.

El actual art. 173 del C.P. prevé una pena privativa de libertad comprendida entre seis meses y tres años de prisión, pena coincidente con la anteriormente contemplada en el art. 153. Sin embargo, como novedad se contempla adicionalmente la 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. Igualmente se prevé que 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.

Ello evidencia un endurecimiento progresivo de las penas desde la inicialmente establecida en el primer precedente de la norma introducido en el art. 425 del C.P. por la reforma de 1989, lo cual responde a la preocupación social y jurídica que la multiplicación de actuaciones violentas en el seno familiar viene originando, endurecimiento que, de otro lado, resulta acertado, ya que no faltan las ocasiones en las que la apreciación que circunstancias atenuantes con motivo de la embriaguez, drogadicción u otras análogas, comporta que la pena en concreto resulte notoriamente reducida, a lo cual se sumaría la sensación de impunidad que para las víctimas puede suponer el acceso generalizado por la corta duración de las penas a los beneficios de la suspensión condicional de la pena o su sustitución, lo cual, en parte se verá paliado por la agravación específica introducida por la L.O.11/2003, que exigirá la imposición en la mitad superior en los supuestos antes mencionados, que son en la práctica bastante frecuentes.

En la actualidad, junto con la pena privativa libertad podrán imponerse las accesorias generales que contempla el art. 56 del C.P., suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo durante tiempo de la condena e igualmente las contempladas en el art. 57 C.P., el cual fue objeto de ampliación por la reforma operada en la citada L.O. 14/1999 de 9 de junio, que establece que los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del período de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones: la de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal; la de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal y la de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

El alcance de dichas prohibiciones viene establecido en el art. 48 C.P.

Tanto dicho art. 48 como el 57 han sido objeto de modificación por la L.O. 15/2003, a la que luego me referiré.

EL ART. 153 C.P. INTRODUCIDO POR La L.O. 11/2003

Además de modificar en los términos expuestos en el art. 173 C.P. en el que queda regulado el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, introduce la L.O. 11/2003 una modificación altamente novedosa, cual es que conductas aisladas, que con anterioridad hubieran sido constitutivas de faltas de lesiones del art. 617.1, de malos tratos del art. 617.2 o de amenazas del art. 620.1 C.P., pasan ahora a ser constitutivas de delito cuando son cometidas contra alguno de los sujetos mencionados en el art. 173. Esas mismas conductas continúan reputándose falta cuando no se da la relación familiar o asimilada referenciada, es decir, cuando no se cometen en el ámbito doméstico. Por ello, la modificación no ha estado exenta de críticas en cuanto unas mismas acciones serán constitutivas de meras faltas o de delito según la relación subjetiva existente entre ofendido y ofensor; siendo la diferencia penológica sustancial; pasando de arresto de fines de semana o multa a la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, a las que se añadirá, en todo caso, la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años y a la que podrá añadirse, 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 seis meses a tres años. Por otro lado, dichas penas serán impuestas en la mitad superior cuando el hecho se cometa en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga 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 de la misma naturaleza, supuestos que, como también se ha dicho, al hablar del art. 173, son muy frecuentes.

Uno de los motivos a los que podría responder la modificación del art. 153 C.P. y la elevación a la categoría de delito de lo que hasta la reforma constituían meras faltas, es que la agravación penológica que los anteriores arts. 617.2 y 620 C.P. en la redacción dada a los mismos por la L.O.14/1999 para los supuestos en que estas fueran cometidas contra alguna de las personas contempladas en el anterior art. 153 C.P se había demostrado claramente insuficiente para dar una respuesta penal adecuada a ese tipo de actuaciones.

Por otro lado, antes de las últimas reformas, el art. 544 bis L.E.Cr. en la redacción dada al mismo por la L.O.14/1999 únicamente permitía acordar las medidas cautelares para el supuesto de que se persiguieran los delitos previstos en el anterior art. 57 C.P. pero no para las faltas.

De manera que, aunque el último párrafo del art. 57 C.P. permitía imponer las prohibiciones contempladas en sus apartados anteriores por un período de tiempo que no podía exceder de seis meses por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620 de este Código, ello solo podía acordarse en la sentencia condenatoria, no con carácter cautelar, sin que la insuficiente protección que ello originaba para las víctimas tampoco quedara paliada por la entrada en vigor de la Ley 38/2002 de 24 de octubre, que permitió acceder a este tipo de infracciones cometidas contra las personas del art. 153 C.P. al cauce de los juicios de faltas de celebración inmediata inmediatos (962 L.E.Cr.) y que para el caso de que no fuera posible la celebración inmediata fijó en el art. 965.2 L.E.Cr. un plazo de celebración no superior a dos días cuando se trate de las faltas tipificadas en los arts. 617 ó 620 del Código Penal, siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 153 del mismo Código), pues, aunque el juicio se celebrare de forma inmediata la sentencia es susceptible de recurso de apelación, sin que mientras tanto el perjudicado contase con efectiva protección, todo sin olvidar que, lamentablemente, la práctica demuestra que en muchas ocasiones la sobrecarga de los órganos Judiciales y la insuficiente dotación de medios no ha permitido un estricto cumplimiento de los plazos establecidos en la citada reforma procesal.

Es cierto que, a partir de otra reforma operada por Ley 27/2003 de 31 julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, se introdujo la posibilidad de que el Juez de Instrucción dicte orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 153 del Código Penal resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en dicho artículo, normativa a la que también se hará posterior mención.

Sin embargo, el número efectivo de órdenes de protección dictadas en los primeros meses de vigencia de la Ley que las introdujo fue reducido en hechos perseguidos como falta, de manera que tampoco esta medida se evidenció suficiente para dar una respuesta judicial adecuada.

Después de la reforma operada por L.O. 11/2003, al constituir delito las conductas que antes eran meras faltas de lesiones, malos tratos y amenazas leves con armas, la posibilidad de acceso inmediato a las medidas cautelares resulta obvia.

Coherentemente la L.O. 11/2003 deroga el último párrafo del apartado 2 del artículo 617, en el que se establecía un subtipo agravado para la falta de lesiones cuando esta fuera cometida contra alguna de las personas prevenidas en el art. 153. Ello es lógico, por cuanto esta falta pasa a constituir delito cuando se comete contra alguno de los sujetos actualmente mencionados en el art. 173.

Tras la citada reforma únicamente continúan constituyendo falta en el ámbito doméstico las conductas del art. 620.2, a saber, las amenazas sin empleo de armas, las coacciones, las injurias y las vejaciones injustas de carácter leve, para las que cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar, sin que en estos casos no sea exigible la denuncia de la persona ofendida, excepto para la persecución de las injurias.

Después de la reforma operada por L.O. 15/2003 dicha falta del art. 620.2 será castigada con la pena de multa de 10 a 20 días cuando los ofendidos no sean ninguna de las personas previstas en el art. 173.2 C.P. y en los supuestos de que el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere dicho precepto, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días; continuando sin ser exigible la denuncia del ofendido, excepto para la persecución de las injurias.

Respecto de estas únicas conductas que quedan como constitutivas de falta podrá acudir a la vía del anteriormente citado art. 544 ter. para lograr medidas cautelares mediante la Orden de Protección.

Es de señalar, de otro lado, que el quebramiento de una pena de las contempladas en el art. 48 del C.P. o de una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza en el caso de violencia doméstica ya no se sancionará como un delito autónomo del art. 468 C.P., dado que tanto el art. 173 como el 153 prevén dicha circunstancia como uno de los supuestos de agravación de las penas que los mismos contemplan, en base a lo cual, estas se impondrán en su mitad superior.

Ello no obstante, si quien quebranta la pena o la medida no realiza simultáneamente una conducta típica incardinable en los arts. 153 o 173 C.P., sí se le sancionará solo por el quebrantamiento al amparo del art. 468 C.P., cuya sanción ha sido también elevada en la reforma operada por la L.O.15/2003.

MODIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL POR L.O. 13/2003

Otra de las recientes reformas que incide en el tema de la violencia doméstica es la modificación de prisión provisional operada por L.O.13/2003 de 24 de octubre, la cual vino a incorporar a la normativa vigente los criterios sentados por la doctrina del T.C. relativa a los presupuestos exigibles para la adopción de la prisión, la cual parte de la premisa de que la misma es una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del Fallo, que parten del imputado, a saber, su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva, S.T.C. 28-1-2002, 2-4-2001, doctrina que también venía considerando el posible riesgo que para la víctima pudiera originar la puesta en libertad del presunto autor del delito. En esa línea el nuevo art. 503 L.E.Cr., junto con los tradicionales requisitos para decretar la prisión, a saber, que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito (para los que exige en la actualidad que estén sancionados con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso) y que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión, la L.O. 13/2003 introdujo en el apartado 3º del art. 503 que mediante la prisión provisional se ha de perseguir alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal. En estos casos, no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado.

Seguidamente el párrafo 2 del art.503 dispone que también podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1º y 2º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

De ello se infiere que uno de los fines legítimos que permiten acordar la prisión es la protección de la víctima y que el legislador ha puesto un especial interés en la evitación de estos peligros para las víctimas de violencia doméstica, no solo por la específica referencia a las personas a que se refiere el art. 153 C.P., sino atendido que en este supuesto no resulta exigible que la pena aparejada para el ilícito alcance el límite exigido con carácter general en el apartado primero.

Otra medida indirecta de protección a la víctima es la establecida en el apartado 3 del artículo 506, que establece que los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

Ya en ese sentido la modificación operada por L.O.14/1999 incluyó un último párrafo en el art. 109 de la L.E.Cr., en el que se estableció que cuando se siga proceso por alguno de los graves delitos del art. 57, el Juez asegure la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, de modo que aunque el ofendido no se encuentre personado las actuaciones deberá tener puntual conocimiento del estado del proceso, no sólo a efectos de mera información sino de prevención frente a posibles conductas del agresor.

Esa previsión general se concreta en el art. 506 modificado por L.O.13/2003 que, como se ha dicho, introduce de modo expreso esa exigencia respecto a los autos que modifiquen la situación personal del imputado.

En igual línea se añade un nuevo párrafo al artículo 544 bis, para el supuesto de incumplimiento por parte del inculpado de las medidas acordadas por el Juez o Tribunal a que se refiere dicho precepto, en virtud del cual, en tal caso se convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 de esta Ley para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503 o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

Los artículos relativos a la prisión han vuelto a ser retocados por la L.O.15/2003.

Se corrige en la redacción de la L.O. 15/2003 la remisión del art. 503.3 apartado c) al art. 153 C.P. y se efectúa la más correcta remisión al art. 173 C.P. que es el que enumera en la actualidad las personas frente a las que se pueden cometer estos ilícitos.

Igualmente se salva la omisión de esta apartado c) relativo a la evitación de riesgo para la víctima en los límites de la prisión que establecía el art. 504, en el que solo se aludía a los apartados a) y b) y al párrafo 2 correspondiente a la reiteración delictiva; equiparando los plazos del apartado c) a los del apartado a).

Por otro lado se añade en el último párrafo del art. 544 bis que en la comparecencia para la posible adopción de la prisión a la que el mismo se refiere podrá acordarse la Orden de Protección a la víctima prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

La L.O. 13/2003, introdujo también en los arts. 325 y 731 bis L.E.Cr. la posibilidad de práctica de pruebas por el sistema de videoconferencia, entre otros, por motivos de seguridad y cuando la comparecencia resulte particularmente gravosa o perjudicial para quien deba comparecer, lo cual es aplicable a las víctimas de este tipo de delitos.

Con esa misma finalidad ya la L.O. 14/1999 había introdujo modificaciones procesales tendentes a evitar las consecuencias desagradables que para los testigos menores de edad que puede originar la confrontación visual entre aquellos y el acusado, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias del testigo, lo cual podrá acordarse en resolución motivada y previo informe pericial, permitiendo el empleo de medios audiovisuales (art. 448 último párrafo para el sumario y 707 para el plenario) y apuntando que los careos, cuando los testigos sean menores edad, tendrán un carácter excepcional, permitiéndolos únicamente cuando Juez los considere imprescindibles y no lesivos para el interés de dichos menores, previo informe pericial (art. 455 para el sumario y 733 para el plenario).

Con estas medidas se vino a paliar el problema que origina para los testigos menores la necesidad de declarar en el plenario y a presencia del acusado, por las lógicas razones de miedo a represalias y por la propia violencia que la situación provoca, lo cual hasta entonces se venía intentando remediar mediante utilización de biombos o algún otro dispositivo que impidiera la visión directa del testigo y del acusado durante la declaración. Ahora la posibilidad de empleo de videoconferencia no queda limitada a los testigos menores de edad.

OTRAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA L.O.15/2003

Como se ha indicado, la L.O. 15/2003 modifica los arts. 48 y 57 C.P. Como novedad el nuevo art. 48 C.P. incluye que la prohibición de aproximación a la víctima comportará la suspensión, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

Por otro lado, se añade un nuevo párrafo 4 al precepto que contempla la posibilidad de control del cumplimiento de estas penas por medios electrónicos.

El art. 57 ha sido igualmente modificado por la citada Ley 15/2003; aumentando la duración de las prohibiciones señaladas en el art. 48; estableciendo como novedad más importante la imposición preceptiva de las citadas prohibiciones en los delitos cometidos contra las personas citadas en el art. 173.2 C.P.

Ello comporta que en los delitos que nos ocupan de violencia doméstica la imposición de las penas establecidas en el art. 48.2 deja de ser potestativa para el Tribunal para convertirse en obligatoria, como se deduce de la expresión empleada: **“en todo caso”**.

Dentro de este amplio marco legislativo tendente a lograr una mayor protección de las víctimas de la violencia doméstica la L.O. 15/2003 introduce otras modificaciones en materia de suspensión condicional de las penas, y sustitución de penas y prescripción.

En relación con la suspensión condicional de la pena dispone el art. 83 C.P. redactado por L.O.15/2003 que si se trata de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª de este apartado, a saber, prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos. Es decir, que tales prohibiciones pasan de ser potestativas a exigibles “en todo caso” en estos ilícitos. Por otro lado, el nuevo apartado del artículo 84, previene que en los mismos el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena, revocación automática no potestativa.

En cuanto a la sustitución de penas, el art. 88.1 del C.P. reformado por L.O 15/2003 previene que en el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. Ello comporta que no cabe en los casos del art. 173 la sustitución por pena de multa; añadiendo dicho precepto que en estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código..

Junto con estas reformas recientes introducidas en la materia, ha de seguirse atendiendo a la posibilidad de utilizar las medidas de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de Diciembre de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, que abarca las tendentes a preservar la identidad de los testigos y peritos, evitando que 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 ésta un número o cualquier otra clave, permitiendo que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, la posibilidad de 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, la obligación que incumbe a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, al Ministerio Fiscal y a la Autoridad Judicial de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Se contempla también que los testigos y peritos podrán solicitar ser conducidos a las dependencias judiciales, al lugar donde hubiere de practicarse alguna diligencia o a su domicilio en vehículos oficiales y que durante el tiempo que permanezcan en dichas dependencias se les facilitará un local reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado. En caso de peligro grave, se podrá otorgar protección policial a los testigos y peritos, durante todo el proceso e incluso después si el riesgo persiste una vez concluido el mismo y, en casos excepcionales, se prevé incluso la posibilidad de facilitarles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo. Todas esas medidas podrán ser adoptadas por el Juez de Instrucción y, una vez recibidas las actuaciones por el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos, este se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir las acordadas por el Juez de Instrucción, así como, si procede, sobre la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.

Por otro lado la L.O. 15/2003 modifica los apartados 1 y 2 del artículo 776, estableciendo que el secretario judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial y que en particular, se instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente y de los derechos mencionados en la regla 1ª del artículo 771, aunque añadiendo en su apartado 2 que la imposibilidad de practicar esta información por la Policía Judicial o por el secretario judicial en comparecencia no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de que se proceda a realizarla por el medio más rápido posible.

Ya en ese sentido la modificación operada por L.O.14/1999 incluyó un último párrafo en el art. 109 de la L.E.Cr., en el que se estableció que cuando se siga proceso por alguno de los graves delitos del art. 57, el Juez asegure la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad, de modo que aunque el ofendido no se encuentre personado las actuaciones deberá tener puntual conocimiento del estado del proceso, no sólo a efectos de mera información sino de prevención frente a posibles conductas del agresor.

R.D. 355/2004 DE 5 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

La finalidad del Registro es facilitar a los Órganos judiciales del Orden Penal, al M.F., a la Policía Judicial y a los Órganos judiciales del Orden civil que conozcan los procedimientos de familia la información precisa para la tramitación de las causas penales y civiles y para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de las órdenes de protección de las víctimas.

Al Registro accederán tanto las penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia en los procedimientos penales seguidos por delito o falta como las medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en los procesos penales en tramitación.

Es a los Secretarios judiciales a los que compete remitir al Registro los modelos telemáticos en los que conste la información que ha de inscribirse en el mismo, comunicación que ha de hacerse en el plazo de 24 horas desde que se dictó la firmeza de la sentencia o desde la fecha en que se dicte la resolución en la que se acuerde la medida cautelar o la orden de protección. Los Secretarios en el mismo momento en que remitan al registro el citado modelo telemático enviarán copia del mismo a la Policía Judicial.

El R.D. establece los datos concretos de identificación del Órgano judicial, número de procedimiento, fecha de la resolución, datos del condenado o imputado, de la víctima, delito o falta cometido, pena o medida de seguridad o medida cautelar impuestas, sustitución de la privativa de libertad, suspensión de la misma, etc., que han de incluirse, los cuales variarán en el supuesto de que se inscriban condenas firmes y en el que se inscriban medidas cautelares.

El Registro podrá ser consultado por los órganos de la jurisdicción penal y civil anteriormente mencionados, por el M.F. y por la Policía judicial. El acceso por vía telemática lo efectuarán los Secretarios judiciales de los respectivos órganos, los Fiscales y los funcionarios de la Policía judicial que se determinen, debiendo quedar constancia de las personas que han efectuado la consulta, de los datos consultados y del motivo de la consulta.

El R.D. acompaña unos modelos para las inscripciones que se utilizarán hasta que entre en vigor el Protocolo General de Seguridad Informática de los Registros de la Administración de Justicia que habrá de aprobarse en el plazo de tres meses. La comunicación a la Policía Judicial se hará hasta entonces mediante copia de los citados modelos que se publican como anexo.

La cancelación de los datos inscritos se efectuará en los casos y de la forma establecida en los arts. 9 y 10 del Decreto, que aparece en el B.O.E. de 25 de marzo de 2004.

Lo hasta ahora expuesto evidencia que el conjunto normativo que afecta a la materia que nos ocupa es plural y ha estado y continúa sometido en los últimos tiempos a numerosos cambios, entre los que destacan la reciente aprobación de Medidas Urgentes por parte del Gobierno relativas a violencia doméstica y las múltiples actuaciones del C.G.P.J. para lograr dar una más rápida y eficaz respuesta a las víctimas.. Nos encontramos, por otro lado, ante la perspectiva inminente, anunciada por el Gobierno, de acometer de modo inmediato otra reforma integral de esta materia, que aglutine todos los recursos tendentes a lograr una mejor y más eficaz protección de las víctimas de la violencia doméstica y que contribuya a aminorar este tipo de conductas que generan grave alarma social, para lo que seguirá siendo necesaria la colaboración de todos los estamentos competentes y de la propia ciudadanía.

VIOLENCIA DE GÉNERO

LA DEFINICIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA PARA ENFRENTAR EL PROBLEMA

OBSERVATORIOS NACIONALES DE LA VIOLENCIA

ÁNGELES ÁLVAREZ ÁLVAREZ

COORDINADORA DEL ÁREA DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE FUNDACIÓN MUJERES

BELÉN MARTÍN MARÍA

ABOGADA. ESPECIALISTA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES.

Muchos instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos contienen disposiciones destinadas a proteger a la mujer contra la violencia. El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*".

El artículo 2 dispone que "*toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*". El artículo 3 estipula que "*todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*". El artículo 5 prevé que "*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*".

La cláusula de no discriminación, considerada conjuntamente con los artículos 3 y 5, implica que **toda forma de violencia contra la mujer que pueda interpretarse como una amenaza a la vida, la libertad o la seguridad de su persona, o constituya un acto de tortura o un trato cruel, inhumano o degradante, es incompatible con la Declaración Universal de Derechos Humanos.**

Estas definiciones generales sobre Derechos Humanos podrían dar cabida a las mujeres, sin embargo, la práctica evidenció que se hacía necesario explicitar que los derechos de la mujer son derechos humanos.

Y así, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -que puede considerarse como la Carta Internacional de Derechos Fundamentales de la Mujer- se vio obligada a adoptar un modelo de "no discriminación", de manera que se considerase que existe violación de los derechos de la mujer cuando se deniegan a ésta los derechos que goza el hombre. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer de la siguiente manera:

"... toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera."

No menos importante parece la Recomendación general 19, formulada en 1992 por el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuando establece que la definición de discriminación del artículo 1 de la Convención incluye la violencia contra la mujer, que está definida como "... la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer".

Estas definiciones no plantean cuestiones biológicas como es evidente, sino referencias a la construcción cultural a través de la que quedan condicionadas, determinadas y definidas las identidades, roles y espacios contra las mujeres.

Esa construcción cultural ha sido denominada *género*. El género, a través de diferentes medidas coercitivas como la fuerza, la presión directa, los rituales, la ley, las costumbres, la etiqueta, la educación y la división del trabajo, estipula los papeles sociales diferenciados que deben cumplir tanto mujeres como varones.

El género aparece en relación al problema de la violencia contra las mujeres como un factor determinante en la organización de la sociedad, de la política y del Estado porque es un sistema que actúa, como ya ha definido Judit Astelarra, para:

1. Fijar el desarrollo de las características biológicas secundarias.
2. Condicionar el desarrollo de las identidades personales de las mujeres y de los varones.
3. Determinar cuales son los roles que desempeñaran unos y otras.

4. Definir los espacios masculinos y femeninos.

El género construye sexismo porque ordena el mundo en valores diferenciados. Es imprescindible por tanto conocer que el sexismo aparece identificado como un factor determinante en la etiología de la violencia contra las mujeres y ser conscientes de que las consecuencias derivadas de esta realidad no pueden estar al margen a la hora de planificar estrategias legislativas y judiciales o policiales.

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y LA DEBIDA DILIGENCIA

Los **Estados** tienen la **obligación de proteger los derechos humanos sin discriminación** en diversos ámbitos específicos, incluido el sexo. El incumplimiento de esta obligación constituye una violación de los derechos humanos. Por consiguiente, las mujeres víctimas de la violencia tienen el mismo derecho que cualquier otra víctima a que se aplique la ley y que ésta la proteja, de manera que todo cuadro de no aplicación de la ley representa un trato no equitativo y discriminatorio por motivo de sexo.

Al igual que la tortura, la violencia de género comprende alguna forma de sufrimiento físico y/o psicológico, e incluso en algunos casos provoca la muerte. Asimismo es una conducta que tiene un fin concreto y es intencional: mantener la posición de subordinación de la mujer. La violencia contra las mujeres se produce, por lo menos con la participación tácita del Estado, si éste no ejerce la **debida diligencia** y no ofrece igual protección a la mujer, impidiendo estas agresiones.

Como quiera que los derechos de las mujeres se han convertido en normas internacionales de derechos humanos y la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos *"el Estado que no toma medidas para reprimir los actos de violencia contra la mujer es tan culpable como sus autores. Los Estados tienen la obligación positiva de impedir, investigar y castigar los delitos inherentes a la violencia contra la mujer de la que los Estados deben responder. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación internacional de proteger esos derechos, porque forman parte del ordenamiento internacional general de derechos humanos."*

Sin lugar a dudas, la falta de diligencia con que los estados han actuado, relaciona con una concepción que obstaculizaba las intervenciones y desprotege a las mujeres cuando se plantea como un problema en el

ámbito de la privacidad de las relaciones, porque esa concepción es la que ha venido manteniendo la indefensión y desprotección de las víctimas y la impunidad de los autores.

El conocimiento de la realidad y envergadura del problema también ha encontrado graves obstáculos. La situación que se ha producido en España en los últimos años son un paradigma de la falta de diligencia con la que se ha actuado en diferentes ámbitos, como por ejemplo, los sistemas de registro estadístico. Las organizaciones de mujeres con experiencia en el tratamiento de la violencia contra las mujeres han venido poniendo en cuestión a lo largo de los últimos años, los datos que desde el Ministerio del Interior se venían proporcionando en relación a las víctimas mortales.

En los años que van de 1997 a 2002 las organizaciones han contabilizado al menos 437 asesinatos frente a 242 que señalaba el Ministerio del Interior. Es evidente que esta diferencia estadística debe atender a cuestiones que trascienden a pérdidas casuales o "despistes". Los datos oficiales hasta enero de 2002, en el concepto "análogo", que hacía referencia a las relaciones de pareja, excluían de ese epígrafe a excónyuge (incluido separado/a- divorciado/a), compañero/a sentimental, excompañero/a sentimental, novio/a o exnovio/a.

Las organizaciones de mujeres ya incluían entonces todas estas relaciones como indicador, y además encuadran en sus datos estadísticos todos los casos de violencia que caben en la definición que Naciones Unidas hace de *violencia contra la mujer*, lo que implica, por ejemplo, incluir a las mujeres traficadas y prostituidas que son asesinadas, los emergentes casos de crímenes por honor que puedan producirse en nuestro país y las víctimas mortales de la violencia sexual. El problema entraña gravedad ya que la insuficiente categorización ha llevado a la pérdida de toda la secuencia estadística anterior a 2002, año en que se reconsideran estas categorías, por parte del Ministerio del Interior.

Aparecen otros problemas. La definición de partida sobre *violencia contra las mujeres* emerge de nuevo como una cuestión esencial puesto que define también cual debe ser la categoría principal. Por ejemplo, si definimos como categoría principal "violencia de género" no queda excluida ninguna violencia que se ejerza contra la mujer como consecuencia de su papel social asignado, mientras que si la categoría principal fuese "violencia intrafamiliar" hacemos referencia a violencias no solo adscritas al género, sino también a la generación. Utilizar una u otra

categoría significa dejar fuera del sistema de registro estadístico múltiples formas de violencia que se ajustan a la definición que Naciones Unidas hace sobre "*violencia contra las mujeres*" e incluye otras cuyo motivo es ajeno a una cuestión de género, como por ejemplo, los asesinatos y homicidios cuyo victimario sea familiar pero que haya sido producido como consecuencia de trastornos psiquiátricos.

LA NECESIDAD DE PROMOVER LA INVESTIGACIÓN

Desde distintas instancias internacionales -Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea- y nacionales –Plan de Acción contra la Violencia Doméstica 2001-2004- se ha puesto de manifiesto la necesidad de prestar la máxima atención y concentrar la acción en la evaluación de las leyes en vigor desde una perspectiva de género, el examen del impacto de tales leyes, el acopio de datos desglosados por sexo y edad sobre todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, la evaluación de las políticas y los programas, las actividades de investigación y el establecimiento de mecanismos de supervisión y ejecución. Es esencial formular planes de acción mensurables de corto, medio y largo plazo.

También se ha observado como es necesario contar con información y análisis coordinado de todos los aspectos de la cuestión, en particular las evoluciones positivas y los obstáculos que subsistan. Se precisan formas para facilitar el intercambio útil de los resultados, recomendaciones y experiencias según vayan produciéndose, habida cuenta de la diversidad de agentes que trabajan e intervienen.

La Plataforma para la Acción de la IV Conferencia Mundial aborda la problemática de los registros y estadísticas, sobre la violencia contra las mujeres, en los siguientes términos:

La ausencia de datos estadísticos y datos desagregados por sexo, sobre la incidencia de la violencia, hace difícil la elaboración de programas y el seguimiento de los cambios. La falta de documentación adecuada y de investigación sobre violencia doméstica, acoso sexual y violencia contra mujeres y niñas, en lugares públicos y privados, incluido el lugar de trabajo, obstaculiza los esfuerzos encaminados a preparar estrategias concretas de prevención.

También se debatió en *la Conferencia Ministerial sobre Violencia contra las Mujeres*, celebrada en Colonia, en 1999, sobre la necesidad de incorporar mejoras en los registros, de forma que contribuyeran a delimitar la extensión, las causas y las consecuencias de dicho problema, para lo cual se propuso pedir, a los Estados miembros:

La constitución de grupos, a nivel europeo, formados por investigadoras/es y expertas/os de ONG, que contribuyan a obtener informaciones útiles y bases de datos con criterios comunes, así como a la elaboración de programas de investigación multidisciplinarios, que tengan especialmente en cuenta la relación entre el culpable y la víctima.

En la *Conferencia de Lisboa* de 2000, en la que se analizaron los resultados de la Campaña *Tolerancia Cero*, se destacó, de forma explícita, que:

...una de las áreas menos privilegiadas ha sido la de sistemas de recogida y registros estadísticos de sucesos violentos.

Desde el Consejo de Europa, también se ha reconocido, en repetidas ocasiones, la necesidad de mejorar los registros y estadísticas de la violencia contra las mujeres, llegando a concluir que:

Por desgracia, la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa carece aún de datos estadísticos precisos, para evaluar la envergadura y el peso social que constituyen los actos de violencia contra las mujeres. ¿Cómo evaluar las necesidades, aplicar políticas eficaces y comprobar la incidencia de estas últimas sin la herramienta estadística?

Por último, la realización de encuestas específicas para conocer los tipos de violencia contra las mujeres, sus causas y las consecuencias sobre las víctimas se incluye como una buena práctica en la Guía de Buenas Prácticas para paliar los efectos de la violencia contra las mujeres y conseguir su erradicación, durante la presidencia española de la Unión Europea en 2002.

Esta cuestión se presenta prioritaria, porque el hecho de que no se comprendan suficientemente las causas de todas las formas de violencia

contra las mujeres y las niñas obstaculiza las actividades que se realizan para eliminar dicha violencia. La escasez de datos sobre la violencia obstaculiza también la formulación de políticas y la realización de análisis. Es necesario, por tanto, llevar a cabo actividades sistemáticas de investigación y reunión, análisis y difusión de datos, sobre el alcance, el carácter y las consecuencias de la violencia contra las mujeres y menores y sobre los efectos y la eficacia de las políticas y los programas encaminados a combatir esta forma de violencia.

LA AUSENCIA DE UN SISTEMA DE RECOGIDA Y ANÁLISIS DE INFORMACIÓN Y LA NECESIDAD DE UTILIZACIÓN DE INDICADORES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

La impresión de la opinión pública y el reconocimiento expreso en el Informe de la Ponencia sobre la Erradicación de la Violencia Doméstica, aprobado el 7 de noviembre de 2002 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de diciembre de 2002), dejan claro que pese a los 2 Planes de Acción específicamente dirigidos contra la violencia doméstica aprobados de forma sucesiva por el Gobierno Español, persiste la indefensión y desprotección de las víctimas y la impunidad de los autores, sin que se haya logrado erradicar esta lacra social, siendo por tanto, necesario, como el propio Informe reconoce, "seguir profundizando en el tema y perfilando soluciones".

El activismo de las organizaciones de mujeres españolas han contribuido a alcanzar una mayor sensibilización y una menor tolerancia de la sociedad a la violencia de género. No obstante, las reformas legislativas y Planes de Acción que se han puesto hasta el momento en práctica, no han logrado minorar y mucho menos erradicar esta lacra social. Por otro lado, en los últimos años, no se ha avanzado en el diseño de un sistema de recogida y análisis de información sobre la problemática de la violencia contra las mujeres. **En relación a la problemática de la violencia contra las mujeres no existen indicadores, con perspectiva de género, que permitan analizar y evaluar, de forma objetiva, independiente y fiable, las medidas adoptadas.**

La ausencia de datos fiables y comparables sobre el fenómeno de la violencia contra las mujeres impide la elaboración de una información

plena que permita fijar prioridades, formular y aplicar programas y realizar una evaluación rigurosa de los mismos. La realidad ha demostrado además que la estadística se ha convertido con frecuencia en herramienta para la demagogia política, por eso, es esencial reconocer que los procesos y métodos de investigación y análisis se han enfocado desde una perspectiva androcéntrica. No podemos en ningún caso, perder de vista el uso político de los datos, en cuanto que interpretación de lo que estos pueden transmitir. La interpretación estadística, es susceptible de manipulación por que la interpretación de datos no es neutra. En la interpretación reaparece lo subjetivo, lo relativo a nuestro modo de pensar y conceptualizar el problema.

La ciudadanía entiende la información como un derecho. Por eso, los indicadores han de ser útiles para el diseño y el seguimiento de las políticas y también para la rendición de cuentas. Naciones Unidas, consciente de la importancia de este derecho indica que no debieran excluir de las Unidades Estadísticas ni a los actores sectoriales ni a la sociedad civil. Desde las organizaciones sociales queremos ir un paso más allá, porque si la información es un derecho, la información veraz también debería de serlo. Los estados deben garantizar fórmulas para que existan mecanismos de control en estos ámbitos donde se genera información que finalmente afecta a nuestras vidas. Es importante que las organizaciones sociales especializadas en la problemática estén presentes en dichos organismos, para velar y preservar la fiabilidad y ayudar en la definición de los criterios que se adoptan para la recogida de información.

Para asegurar que la tarea de recogida y análisis de informaciones sobre el fenómeno de la violencia de género se realice de la forma más **independiente** posible, se hace necesario crear un **organismo autónomo, no gubernamental y con personalidad jurídica propia**.

Asimismo y dado que ésta problemática está integrada por aspectos complejos y entremezclados que es difícil separar, este organismo debe tener una **composición multidisciplinar** que asegure un buen conocimiento de la problemática desde los diferentes ámbitos de incidencia y con experiencia en el trabajo con las mujeres víctimas de violencia de género. La creación de un Observatorio de la Violencia como el ubicado en el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), no pasa de ser una

intervención sectorial que además, no dota al organismo de la independencia suficiente para evaluar el comportamiento de los operadores jurídicos. Las informaciones referidas a las actuaciones policiales y otros agentes que dan protección e intervienen en la defensa de los derechos de las víctimas deben incorporarse en forma de indicador y de presencia efectiva de los organismos facilitadores de la información en un futuro **Observatorio Nacional de la Violencia**.

Es preciso tener presente que en la estructura administrativa española, concurren programas, iniciativas y responsabilidades en el ámbito de diferentes competencias: estatal, autonómica, municipal, lo que dificulta el análisis de esta grave problemática.

Estas circunstancias, que dificultan la recogida y el análisis de información, hacen absolutamente imprescindible el diseño consensuado y utilización de **indicadores**, como herramienta destinada a señalar la incidencia y características del problema. Unos indicadores adecuados permitirán también conocer en qué medida y de qué manera los programas y proyectos han logrado los objetivos y resultados previstos en materia de equidad de género y en relación con el fenómeno de la violencia contra las mujeres en particular.

Hasta ahora **ningún organismo ni institución pública española ha realizado una selección de indicadores para examinar, bajo la perspectiva de género, los resultados de sus iniciativas y acciones**. Además, la ausencia de indicadores comunes a las distintas administraciones, impide hacer análisis comparativos y de conjunto del fenómeno de la violencia contra las mujeres en España.

A la vista de las escasas informaciones que se lanzan desde las distintas administraciones o instituciones, se observa que éstas se limitan a ofrecer referencias sobre datos absolutos que no permiten la realización de análisis sobre tasas o tendencias, ni se relacionan con otras variables que hagan posible profundizar en la situación en función de la evolución de la situación de la mujer, como destinataria mayoritaria de esta violencia. Salvo en investigaciones puntuales, **no se sistematiza ningún indicador cualitativo** (percepciones que las mujeres víctimas de violencia, las profesionales que les prestan asistencia o las ONG's con experiencia en esta problemática, tienen).

Las cuestiones expuestas, evidencian la necesidad de un Observatorio Nacional de la Violencia de Género que debería adecuarse a ciertas directrices básicas.

UN OBSERVATORIO NACIONAL DE LA VIOLENCIA

Cuando se habla de Observatorios de la violencia, se habla de crear un Sistema integrado de información, es decir, se plantea compilar toda la información en un solo lugar a fin de contar con un sistema que permita determinar las características de la situación y su evolución, valorar los recursos y servicios de atención y su incidencia en el fenómeno de la violencia y conocer la percepción de las víctimas atendidas en estos servicios.

El Observatorio Nacional debe llevar a cabo la compilación y análisis de los datos e informaciones recogidos por los prestadores de servicios¹, contando con un sistema de información que evite la dispersión, omisión y/o duplicación de los datos. Así mismo, debe promover la realización de estudios e investigaciones, evaluar programas e iniciativas y elaborar dictámenes, conclusiones y recomendaciones sobre la evolución de la problemática de la violencia de género en todas sus manifestaciones, según recoge la definición contenida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

El Observatorio, tendrá presente que *“la información de los registros administrativos se circunscribe a la magnitud, estado y demanda de servicios de las personas que acuden a los centros de atención de víctimas de violencia”* y consecuentemente, no es posible hacer estimaciones sobre el conjunto de la población.

Para paliar este sesgo, un Observatorio Nacional, debe fomentar la inclusión de indicadores sobre violencia en las estadísticas que de forma periódica realizan los Institutos estadísticos y los Centros de Investigación Sociológica y animar la realización de estudios e investigaciones sobre la incidencia de esta problemática en la población general.

¹ Policía, servicios sociales, casas de acogida, juzgados, centros de salud, etc.

Un Observatorio Nacional de la Violencia de Género debe ser un organismo especializado y autónomo.

Un Observatorio en ningún caso debe ser un “órgano integrador de políticas”, ni puede estar al cargo de “coordinar funciones y recursos” de otros organismos administrativos, tampoco debe establecer procedimientos para la “gestión” de acciones encaminadas a la lucha contra la violencia de género.

En todo caso, la administración, como gestora o proveedora de servicios es una fuente más de información, pero nunca puede ser un observador o evaluador imparcial de sus propias políticas.

A lo largo de estos últimos meses diferentes administraciones españolas² han puesto en marcha Observatorios de la Violencia que contravienen estos principios esenciales y colisionan con criterios y definiciones técnicas internacionalmente aceptadas, respecto a la finalidad y garantía de imparcialidad de dichos organismos.

La creación de un Observatorio Nacional debe corregir esta situación pero sobre todo debe armonizar criterios en todo el territorio español garantizando esos indicadores comunes que nos permitan diagnósticos para todo el territorio.

² Comunidad de Madrid, Ayuntamiento de Madrid, Diputación de Vizcaya, CGPJ y otros.

DENUNCIAR LOS MALOS TRATOS

En los últimos tiempos, venimos asistiendo, cada vez con más frecuencia, a una dura e inaceptable realidad: informaciones que, casi a diario, hablan sobre mujeres maltratadas, en muchos casos con irreparables consecuencias. La iniciativa del Gobierno de poner en marcha el Anteproyecto de Ley para erradicar estos malos tratos, con medidas penales, preventivas, educativas..., es, sin duda alguna, un paso importante sobre el que habrá que avanzar, pero, a nuestro juicio, y por el momento, se trata de una medida que se debe completar.

Es cierto que el drama de las mujeres maltratadas, tradicionalmente silenciado, está empezando a aflorar; ellas cada vez denuncian más y, aunque los efectos son, a veces, dramáticos, sí parece que la sociedad comienza a despertar y a encarar con firmeza este grave problema. Sin embargo, paralelamente a estos dramas, hay otra realidad en la que no solemos pensar y que esta iniciativa legislativa no ha contemplado en primera instancia: detrás de una mujer maltratada hay siempre un niño maltratado, hijos e hijas que sufren terriblemente las consecuencias de ese maltrato, físicamente, porque también suelen padecerlo, o psicológicamente, porque son testigos permanentes de las agresiones que recibe su madre y de la presencia de un padre maltratador que termina, muchas veces- y en los peores casos- en prisión.

Como Defensor del Menor, y aunque cualquier tipo de maltrato me parece cruel y execrable, quiero centrarme especialmente en esa violencia que se ejerce sobre los niños, totalmente incompatible con el desarrollo de una sociedad avanzada y tolerante como pretendemos que sea la nuestra. Los niños maltratados suelen ser víctimas invisibles porque difícilmente denunciarán su experiencia. Casi nunca lo hacen. En muchos casos, porque son demasiado pequeños; en otros, porque no saben a quién contárselo ni cómo hacerlo - piensan que los mayores no van a creerles- y, lo que es aún peor, muchos de ellos se sienten culpables por recibir esos malos tratos, especialmente porque quien les causa daño es alguien que les quiere y eso, en su mente infantil, sólo puede explicarse como un castigo que merecen.

Por eso, ante una situación como ésta - se calcula que sólo conocemos entre un 15 y un 20% de los casos reales de maltrato infantil-, es imprescindible que todos seamos valedores de estos menores y hagamos un esfuerzo por detectar y denunciar estas agresiones. Es necesario, en primer lugar, que desde los poderes públicos se contemplen los malos tratos en el entorno familiar como un problema global, que requiere soluciones globales. Por eso, y así lo hemos solicitado desde esta Institución, debe acometerse - sin perjuicio del desarrollo de los proyectos que ya están en marcha-, una Ley Integral sobre los Malos Tratos, sea sobre mujeres, niños o personas mayores. El maltrato es único y única debe ser, desde todos los puntos de vista, su consideración, el análisis de las causas que lo provocan y las políticas a desarrollar, especialmente desde la prevención.

Nos encontramos en una situación sin retorno que es imprescindible afrontar de manera urgente y prioritaria, definiendo medidas legislativas,

preventivas, educativas, sanitarias, asistenciales, de una forma coordinada y global, porque la violencia doméstica se ha convertido en un problema social y de salud de primer orden y la sociedad está demandando acciones rápidas y eficaces y éstas deben llegar desde los poderes públicos porque es el Estado el garante del bienestar de los individuos.

En este sentido, esta Institución también ha propuesto la creación de un Observatorio Global sobre Malos Tratos, que contemple cualquier tipo de violencia y que, a través de Registros concretos, permita conocer el alcance real de cada situación, el perfil del maltratador, las medidas a desarrollar ante cada circunstancia, los motivos que pueden provocar el maltrato (abuso de alcohol, procesos traumáticos de separación, sentido de posesión que muchos hombres tiene sobre sus mujeres e hijos, etc...). Nuestra sociedad no puede permitir que se estén produciendo agresiones reiteradas sobre muchos de sus miembros, por lo que cada circunstancia deberá ser abordada de forma individualizada y atendiendo a las peculiaridades propias de cada caso.

Respecto a la versión infantil de este drama, de los cuatro tipos de maltrato internacionalmente reconocidos, el maltrato físico y el abuso sexual están siendo, afortunadamente, cada vez más identificados; están funcionando adecuadamente los protocolos de detección en los centros sanitarios y al ser más evidentes, especialmente por las secuelas físicas que dejan, se pueden apreciar a simple vista más fácilmente, incluso por personas no cualificadas. Sin embargo, el maltrato psicológico y el abandono o la negligencia en la atención al niño, son más difícilmente detectables pero pueden tener también consecuencias irreversibles. Tal es el caso, por ejemplo, de la utilización de los menores en las separaciones traumáticas de los padres o el abandono de responsabilidades primordiales, como la educación, el deber de alimentarlos adecuadamente, la higiene o los cuidados médicos, por parte de los progenitores hacia los hijos.

En cualquier caso, tal como antes he dicho, estamos aún muy lejos de conocer la verdadera realidad. Por eso, reitero la necesidad de que todos nos involucremos en la defensa de los menores. Los profesionales, pero también las personas del entorno del niño (familiares, vecinos, profesores, amigos...) que, sin duda, pueden percibir síntomas que hagan sospechar de la existencia de algún tipo de maltrato. Todos tenemos que perder el temor a "*intervenir en asuntos ajenos*", porque el sufrimiento de un niño no es nunca un *asunto ajeno*. Cuando un niño es maltratado, no sólo se vulneran sus derechos fundamentales y se puede estar plantando la semilla de otro maltratador, sino que se cercena su futuro y el de la sociedad en general.

Existen ya muchos medios y recursos para luchar contra esta verdadera lacra: las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los servicios sociales, los centros hospitalarios, las distintas Administraciones.. No obstante, siendo necesario incrementar esos medios, materiales y humanos, y los recursos de todo tipo de los que podamos disponer, la respuesta ciudadana, individual o colectiva, cuando detecta el maltrato es, en la mayoría de los casos, el único medio para identificarlo y poder poner en marcha esos recursos.

Desde el Defensor del Menor tenemos la seguridad de que la primera piedra que ayude a terminar con la lacra social de los malos tratos- así como de otras tantas que ensombrecen el bienestar de los ciudadanos- es, sin duda, la educación. Desde todos los ámbitos, especialmente el familiar, con los comportamientos que seamos capaces de desarrollar en nuestra vida cotidiana. En este sentido, esta Institución ha propuesto en varias ocasiones, no sin cierta incompreensión por parte de algún sector, la modificación del Código Civil, en su artículo 154, para erradicar la posibilidad de utilizar el “cachete” como método corrector. Ni es pedagógico ni tiene efecto positivo alguno sobre el que lo recibe, pero tampoco sobre el que lo da. No debemos permitir que el uso del castigo físico, aunque sea moderado, sustituya la dedicación que debemos tener hacia nuestros hijos y la responsabilidad de educarlos en los valores de todos, los que consagra nuestra Constitución. “*Educa, no pegues*”, sería el lema que los padres han de interiorizar. Transmitir a los hijos el sentido de la tolerancia, la equidad, la amistad, ayudarles a sentirse seguros, valorarlos y estimularlos con frecuencia, aceptarlos... Este es el camino.

Reflexionemos sobre cuál debe ser nuestro papel en la sociedad, desde la perspectiva de que todas las aportaciones son importantes. No podemos pasar por la vida indiferentes, ciegos, ajenos al sufrimiento de los demás. Los malos tratos sólo pueden prevenirse a través de la concienciación y el rechazo claro y contundente a quienes los practican. No minimicemos el lastre social que suponen y colaboremos todos, venciendo la inercia que nos llevan a silenciar lo que estamos viendo tan cerca. Es fundamental nuestra denuncia, nuestra participación activa. Sólo así podremos terminar con esta lacra, indigna de una sociedad avanzada como la que hemos conseguido construir.

Pedro Núñez Morgades
Defensor del Menor

LA SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El gobierno acaba de presentar un Proyecto de Ley integral contra la violencia de género de cuya redacción se revela la decisión de adoptar medidas contundentes para erradicar este grave problema social, abordándolo en esta a largo plazo mediante la adopción de medidas en el ámbito educativo, así como medidas innovadoras en el ámbito judicial como son la creación de juzgados especializados, y amplias medidas de carácter social.

También se adoptan medidas de protección a víctimas que afectan a su seguridad, y se ha anunciado la dedicación de mas recursos económicos y humanos para llevar a efecto la protección a las víctimas de violencia de género.

La información a las víctimas

Las fuerzas de seguridad tienen una gran labor a desarrollar para contribuir a erradicar la violencia de género. En muchos casos son los primeros con los que contacta la víctima, ya que es a quienes habitualmente la víctima se dirige a solicitar protección y sin lugar a dudas, la víctima valorara la ayuda que puede conseguir de la sociedad en cierta medida en función de esa primera entrevista, por eso es primordial ofrecer una buena información cuando se la atiende. Es importante que las mujeres víctimas de violencia conozcan los recursos a su alcance para poder obtener ayuda ante su situación.

Es verdad que a veces en los puestos de la Guardia Civil o en las Comisarías de Policía se facilita a las víctimas una hoja de información con los derechos que la asisten, en algunos casos también se le facilitan los recursos existentes dependientes de la Comunidad Autónoma o del Municipio, pero sería interesante que de forma sistematizada se les proporcionara a las víctimas este tipo de información que le puede ser útil para asesorarse, para recuperarse, para poder solicitar ayudas etc.

Uno de los derechos que tienen a las víctimas es la posibilidad de estar asistida en la declaración por una abogada/o pudiendo optar a los servicios de asesoramiento jurídico gratuito dependientes de instituciones o de asociaciones de mujeres, y este derecho de se le debe poner en su conocimiento, ya que muchas mujeres manifiestan su desconocimiento, señalando que cuando fueron a interponer la denuncia o bien en las dependencias judiciales se les explico que el fiscal les iba a defender en sus intereses, no siendo necesario que solicitasen profesionales para su defensa y representación, lo cual no es exacto, ya que el Fiscal tiene la obligación de velar por el interés general pero no de forma especial por el interés de la víctima, por los que velara su defensa,

además de tener la obligación de mantenerla informada durante todo el proceso.

La denuncia y la obligación de denunciar

La declaración de la víctima que habitualmente se efectúa en dependencias de la Guardia Civil o la Policía Nacional, influirá en el desarrollo del proceso con posterioridad, En ella es importante que se reflejen las agresiones concretas cometidas, señalando el día y la hora en que se cometieron, las circunstancias que han rodeado la agresión, si ha habido testigos de los hechos, tanto presenciales como de referencia, si han existido agresiones anteriores, si las mismas se han denunciado. En el “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 de género” aprobado el 10 de Junio pasado, se recoge un cuestionario exhaustivo a la víctima, que en caso de su total cumplimentación, será una fuente de información con la que se podrán elaborar estadísticas y estudios sobre la violencia doméstica que se denuncia.

Si se cumplimentan las denuncias, conteniendo todos los datos que constan en el protocolo, se mejorara con mucho su redacción, no obstante cabe destacar que en los estudios realizados por la Asociación de Mujeres Juristas Themis se constata que ha habido avances significativos en la redacción de las denuncias en los procedimientos analizados durante los años 1999 y 2000, comparado con los años 1992 a 1996.¹

Las agresiones físicas, independientemente de los lazos que unan al agresor y la víctima, se consideran delito público, tanto en el Código Penal del 95 como con anterioridad, sin embargo en los Tribunales era habitual sobre todo en los juicios de faltas (procedimientos en los que se enjuician las infracciones penales mas leves), que cuando la víctima no denunciaba, o retiraba la denuncia, se archivaba el procedimiento sin que el Fiscal recurriera esta resolución, haciendo una interpretación errónea de la normativa vigente en ese momento. Actualmente desde la Ley 14/1999 de 9 de junio, de “modificación del Código Penal en materia de protección a la víctima de malos tratos y de la Ley de enjuiciamiento Criminal”, no cabe ninguna duda de su naturaleza de delito público.

En cuanto a otro tipo de agresiones como son las amenazas, vejaciones o coacciones de carácter leve, actualmente se considera que en caso de que recaigan sobre alguna de las personas mencionadas en el, art. 173 nº 2 del Código Penal², que contempla ahora un círculo de personas más amplio: “quien sea o haya sido cónyuge; con quien esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia; descendientes, ascendientes y hermanos (todos ellos por naturaleza, adopción o afinidad, propios, del cónyuge o conviviente); menores o incapaces que convivan o estén sujetos a potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del

¹ Pag. 35 “La violencia familiar en el ámbito judicial” Asociación Mujeres Juristas Themis 2003

²Reforma del Código Penal efectuada en la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

cónyuge o conviviente; personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”, se perseguirán de oficio, reservándose solo la obligación de que exista denuncia previa para las injurias.

Con respecto a las agresiones sexuales, para su persecución es necesaria la denuncia de la víctima, aunque se puede considerar suficiente la denuncia tácita o la voluntad expresada en juicio. El fiscal podrá incoar procedimiento, pero por querrela y valorando los intereses de la persecución del delito y los particulares de la víctima. Por tanto, al Fiscal se le da la oportunidad de actuar sino existe denuncia de la víctima, aunque lo común es que no actúe.

Sin embargo cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, incapaz o persona desvalida, quiebra la regla que exige querrela pudiendo interponer simplemente denuncia y no le concede la Ley la posibilidad de ejercitar el principio de oportunidad al Ministerio Fiscal, debiendo presentar denuncia en cuanto conozca la existencia del delito de agresión sexual.

La Ley regula expresamente que en las agresiones sexuales, el perdón del ofendido no extingue la acción penal ni la responsabilidad.

La persecución de oficio de las agresiones de violencia familiar, incluidas las agresiones sexuales a menores, a pesar de recogerse en la Ley en la realidad es limitada, si no existe denuncia de las víctimas. Ni los familiares, ni los servicios públicos, ni los ciudadanos en general denuncian las agresiones de las que tienen conocimiento, ya sea directa o de forma indirecta, no existiendo ningún tipo de actuación en esta materia, salvo cuando la víctima acude a un centro sanitario.

En ningún caso se abren procedimientos por el incumplimiento de la obligación legal de denunciar, ni siquiera se fomenta con campañas institucionales esta obligación, tampoco desde las propias instituciones se concientiza a los funcionarios de la misma, hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones los terceros (vecinos, familiares, amigos) que conocen los hechos, los ponen en conocimiento de las Instituciones que consideran competentes, como los Servicios sociales u organismos de igualdad, y estos funcionarios a su vez, no suelen poner estos hechos en conocimiento de la Guardia civil o policía, aunque sea como una denuncia anónima en caso de que no se faciliten sus datos aquellos que relatan los hechos.

Las fuerzas de seguridad deberían promover campañas institucionales enviando mensajes, a la población en general para que se interpongan denuncias frente a los hechos delictivos. La publicidad, dirigida hacia la población en general, en la que se indique por parte de las fuerzas de seguridad que estamos ante una conducta delictiva, podría incidir en modificar los comportamientos del agresor, pues se evidenciaría que su conducta es perseguida por las fuerzas de seguridad y que hay terceros que pueden denunciar su comportamiento y no solo la víctima. Hasta ahora las campañas institucionales han estado dirigidas fundamentalmente a las víctimas

animándolas a que denuncien, y habitualmente estas campañas son organizadas desde los organismos de igualdad, Institutos de la Mujer, Direcciones Generales de la mujer etc.

En muchas ocasiones, cuando en los medios de comunicación se relata un caso concreto, vemos como se recoge el testimonio de terceros, generalmente vecinos o conocidos de la víctima, que manifiestan que eran conocedores con anterioridad de los hechos, y lo reconocen de forma abierta, sin que en ningún caso se planteen que debían haber puesto estos hechos en conocimiento de las fuerzas de seguridad, por ello sería adecuado el efectuar una campaña informativa dirigida a la población en general en la que se informe que es una conducta delictiva y que existe la obligación legal de denunciar.

La elaboración del atestado

Una de las notas que caracteriza a las agresiones que se producen en el ámbito familiar es la dificultad de obtener pruebas de las mismas que permitan fundamentar una sentencia condenatoria. Esta dificultad deriva de la propia dinámica comisiva de estas infracciones penales, que se desarrollan generalmente en la intimidad del hogar. Con frecuencia no se tienen mas testigos que la propia víctima y sus hijos.

En general los vecinos y familiares son reacios a acudir a juicio para relatar si han presenciado hechos violentos u otros hechos de carácter indiciario como pudiera ser el escuchar gritos o ver a la víctima con magulladuras o llorosa poco después de ocurridos los hechos.

Cuando existe agresión física se cita a la víctima para que el médico forense valore las lesiones con anterioridad al acto de juicio oral, limitándose a constatar lo que en su día se verifico por el médico que la atendió. Las lesiones psicológicas no son valoradas por el médico forense cuando existen.

Es curioso comprobar que en las agresiones mas graves, con bastante frecuencia, se efectúan informes periciales psiquiátricos o psicológicos del procesado, a efectos de demostrar su exención o atenuación de la responsabilidad criminal, y en general no se aportan informes psicológicos de la víctima.³

No se producen prácticamente otro tipo de investigaciones, como pueda ser indagar si el vecindario ha oído o visto algo, si existe algún testigo de los hechos, si esta conducta del agresor ha generado problemas de comportamiento en las víctimas, como por ejemplo en los menores su comportamiento en el colegio, o existe alguna intervención de los servicios sociales de su localidad etc.,

En el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad antes mencionado se recoge que se elaborara un informe vecinal para hacer constar cuantos datos puedan ser de utilidad, si efectivamente esta medida se lleva a cabo, nada mas se tenga conocimiento de los hechos, puede ser de gran

³ Pag. 95 "la violencia familiar en el ámbito judicial"

utilidad como prueba indiciaria, así como que las inspecciones oculares se documenten con fotografías o video para que el juez pueda apreciar en su caso cualquier síntoma de violencia visual en el inmueble.

También sería interesante que se recabaran, cuando existen hijos menores, informes de los servicios sociales para que desde estos servicios se obtuvieran informes del centro escolar sobre los menores, del centro del salud, etc.

Es conveniente que cuando la víctima presente lesiones físicas, además de aportarse el parte de lesiones del médico se pudieran aportar fotografías de las lesiones nada mas efectuarse la agresión para mejor valoración por parte del Juez y del médico forense⁴.

La evaluación del riesgo y prevención del delito

Cuando las fuerzas de seguridad se enfrentan con la comisión de un delito en el ámbito familiar, se realiza una investigación centrándose en como ocurrieron los hechos, en función de la gravedad de la agresión, a mayor gravedad de los hechos la investigación es mas exhaustiva. Si la agresión es de menor entidad existirán menos diligencias de investigación e incluso pueden ser nulas, pero no se adoptan medidas de evaluación del riesgo ni medidas preventivas para que no se puedan repetir estos hechos.

Para ello, en la investigación de estos hechos, tenemos que partir que nos encontramos ante un tipo de delincuencia diferente, al que no podemos aplicar solo los patrones clásicos de prevención de riesgo. Habrá que evaluar el riesgo en función de unos indicadores distintos, ya que el delincuente al que nos enfrentamos aunque es un agresor, solo es violento para con su víctima, no es en general violento hacia los demás, puede ser un ciudadano modélico, por tanto habrá que estudiar sus pautas de comportamiento y crear un protocolo de actuación por parte de las fuerzas de seguridad específico para estos delincuentes.

Por poner un ejemplo ocurrido recientemente, en un pueblo de Madrid, acudió la policía al auxilio de una mujer víctima de violencia en su domicilio, una vez en el domicilio el agresor manifestó a los policías que se personaron que su intención era abandonar voluntariamente su vivienda y pernoctar en la vivienda de un familiar, además de entregar un juego de llaves de la vivienda, los agentes optaron por no poner en duda su palabra y como medida de protección le manifestaron a la víctima que en caso de que volviera les llamara por teléfono que ellos acudirían de inmediato.

Probablemente este comportamiento por parte de las fuerzas de seguridad es correcto y esta dentro de los protocolos de actuación, sin embargo en este tipo de delincuencia la actuación debería ser diferente.

En concreto en este caso la acción policial no fue eficaz, porque esa misma noche el agresor volvió y abriendo la puerta de la vivienda con otro juego de llaves que tenia, mató a su mujer, sin darle tiempo a la víctima a llamar a la

⁴ pag. 21 "Defiende tus derechos" Asociación de Mujeres Juristas Themis 2003

policía. En ningún caso los agentes se representaron esa posibilidad, y tampoco hicieron ninguna averiguación en el sentido de asegurarse de que el agresor iba a cumplir lo que manifestó verbalmente, ya que si se hubiera efectuado un seguimiento al agresor, fácilmente se podía haber comprobado que no llevo a efecto los planes que había manifestado y se podían haber adoptado otro tipo de medidas.

Tampoco se ha realizado un estudio de las pautas de comportamiento que habitualmente siguen los agresores en los casos que ejercen una violencia mas extrema, si se efectuara un estudio policial exhaustivo sobre estos casos, se podría hacer un análisis para prever el comportamiento de futuros agresores y que medidas se deben adoptar para prevenirlo.

La protección a la víctima

Hoy en día nos encontramos con una realidad, desgraciadamente muy habitual, se dicta una medida de protección u “orden de protección” para la víctima de violencia doméstica, pero no se garantiza que la misma se cumpla, asistiendo en ocasiones al incumplimiento reiterado de las medidas de protección y ante estos incumplimientos o quebrantamientos de medidas, los Tribunales no suelen adoptar: “medidas que impliquen una mayor limitación de la libertad personal” ni la medida de “prisión provisional” a la que la Ley les autoriza claramente desde la última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que entro en vigor el 28 de Octubre pasado.

Hasta la fecha, no se están adoptando medidas con carácter generalizado cuando se incumple la orden de protección, aunque es un gran acierto que en el Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad antes mencionado, se especifica que en caso de incumplimiento por el agresor de la medida de alejamiento se produce un incremento objetivo del riesgo para la víctima, por lo que se procederá a la inmediata detención del infractor, y se le pasara a disposición judicial para que se celebre la comparecencia ante el Juez que deberá adoptar medida de prisión provisional o medidas que impliquen mayor limitación de su libertad si lo estiman conveniente.

Sin embargo, en general, los jueces no están adoptando medidas de prisión, ni tampoco medidas intermedias que impliquen una mayor limitación de la libertad personal de aquel que incumple una medida de alejamiento, fórmula que aunque aparece en la Ley en la actualidad, en la práctica no se ha utilizado, medidas como el control permanente del agresor mediante medios electromagnéticos (homelink), como medida sustitutiva a la prisión, en caso de incumplimiento del alejamiento, podría ser eficaz, si a esto además se añaden medidas específicas de auxilio policial a las víctimas en caso de que exista el más leve peligro.

Si no se adopta la medida de prisión preventiva, ni las medidas intermedias antes mencionadas, son necesarias medidas de vigilancia policial hacia al agresor, cuando existe un riesgo detectado, esta vigilancia puede efectuarse de forma gradual en diversas etapas, dependiendo del riesgo manifestado. No se trata de que todos los presuntos agresores tengan una vigilancia policial constante, pero en los casos en que se perciba un mayor riesgo, deberían ser

vigilados constantemente, en otros bastaría con ser vigilados en los momentos de mayor riesgo, valorándose junto con las víctimas cuales son esos momentos.

En la valoración del riesgo, sería conveniente se diera un papel activo a las instituciones y organizaciones no gubernamentales que dan información o ayuda a las víctimas de violencia.

Cuando se adoptan medidas de protección porque se consideran necesarias para garantizar la seguridad de la víctima, existe un reconocimiento de la necesidad de dar protección a la víctima, el incumplimiento de las medidas adoptadas cuando se denuncia debe obtener un remedio efectivo y deberá actuarse con la diligencia debida no pudiéndose dejar a las víctimas indefensas frente a la violación de sus derechos y libertades, pues en caso contrario el Estado será responsable.

La coordinación entre los profesionales

La coordinación entre los distintos profesionales que van a tener contacto con las víctimas de violencia, se regula en la denominada “Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica” que entro en vigor el 2 de Agosto de 2003, y en el protocolo de actuación que se adopto para el cumplimiento y desarrollo de la orden de protección, en el que se regulo la creación de los puntos de coordinación.

Esta coordinación que se desarrollo en la normativa que regula el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica, limita las funciones de los puntos de coordinación a la comunicación con agilidad por parte de los secretarios judiciales de las ordenes de protección que tienen que efectuar en un plazo no superior a veinticuatro horas a los puntos de coordinación, una vez llegan a ellos, que dependen de las Consejerías de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas, son remitidas en muchos casos, a los Servicios Sociales de las administraciones locales, y la coordinación puede finalizar en este punto.

Estos puntos de coordinación no están dotados de un contenido real de transmisión de informes o comunicación entre los distintos profesionales que efectúan el tratamiento o protección directa a las víctimas de violencia de género.

Los jueces cuando dictan una orden de protección, tienen la obligación de efectuar un seguimiento del cumplimiento de la misma, para ello deberían coordinarse con las fuerzas de seguridad, para tener conocimiento de como se esta desarrollando la medida adoptada.

Además es importante que se conozca el estado anímico de la víctima pues ello puede servir a los distintos profesionales para valorar la situación con mayor objetividad.

Por ello, estos puntos de coordinación no deberían ser meras oficinas a las que se remite la orden de protección, para poder optar a las ayudas sociales, sino debería englobar una filosofía de verdadera coordinación entre los distintos profesionales que actúan con las víctimas de violencia de género, en el ámbito familiar, ya que ello redundara en llevar a efecto una verdadera política de tratamiento integral de la víctima.

La guardia civil y la policía tienen personal especializado para el tratamiento de la violencia de género, que desarrollan una gran labor y manifiestan en muchos casos una gran empatía con las víctimas de violencia, pero deberían formarse mas profesionales para poder abordar esta tarea tan importante como es la protección de las víctimas de violencia de género.

La ayuda que perciben las víctimas por parte de las fuerzas de seguridad es el muchos casos, la forma en la que valoraran la importancia que la sociedad da a este grave problema.

Su actuación tanto en la cumplimentación de las denuncias como en la elaboración de los atestados tendrá consecuencias evidentes para que se pueda dictar una sentencia condenatoria al agresor.

La prevención del delito y evaluación del riesgo es una de las labores que solo pueden llevarse a cabo por fuerzas de seguridad con una formación especializada.

Las fuerzas de seguridad tienen un papel fundamental para conseguir la erradicación de este tipo de violencia y ayudar a las víctimas y sobre todo para hacer comprender a la ciudadanía que estamos ante una conducta criminal y como tal debe ser tratada.

Fdo. Angela Alemany Rojo
Presidenta de la Asociación Mujeres Juristas Themis

ESTUDIO SOBRE DIFERENTES ASPECTOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

1.- DELIMITACION CONCEPTUAL

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2000 señala que la violencia doméstica se ha convertido en un problema social de primera magnitud. Uno de las primeras dificultades que surgen al estudiar este fenómeno es su denominación: violencia doméstica, violencia de género, violencia de sexo.

Hay autores que apuestan por la denominación de violencia de género para referirse única y exclusivamente a la violencia familiar o violencia doméstica, porque, aunque se produce esta conducta generalmente en el hogar, en esencia se trata de una agresión de algunos hombres hacia la mujer con quien conviven o han convivido por el hecho de considerar a su sexo inferior¹. Para justificar esta afirmación se hace referencia a los trabajos de Naciones Unidas que advierten del peligro que encierra la utilización de conceptos equívocos, como el de violencia doméstica o violencia familiar para designar la violencia de género; así como a estudios estadísticos que indican que el sexo femenino es la principal víctima de esta tipología delictiva².

Los argumentos que aportan quienes defienden el uso de la expresión violencia de género no proceden del conocimiento lingüístico y de la reflexión intelectual, ya que los términos género y sexo no están identificados en el diccionario³.

¹ ADOLFO CARRETERO SÁNCHEZ, "La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación", Diario La Ley, n.º 6023, de 21 de mayo de 2004.

² Ibidem., Concretamente hace referencia a dos estudios estadísticos a los que califica de rigurosos y fiables. El primero de ellos, elaborado en 1999-2000 con relación a la Violencia de Género en Castilla-La Mancha por la Asociación de Mujeres Juristas Themis, extrapolable a todo el Estado según el autor, y al encargado por el Consejo General del Poder Judicial al laboratorio de Sociología Jurídica de las Universidad de Zaragoza en 1999, tomando como punto de partida las sentencias sobre Violencia de Género dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de todo el Estado español. Según estos estudios, la Asociación Themis pone de relieve que en los casos de violencia de género estudiados el varón es agresor en el 87% de ellos en el seno de la pareja o ex pareja, el 94% en los de violencia de hijos a padres y el 82% en el de padres a hijos.

En el estudio elaborado por la Universidad de Zaragoza el estudio distingue entre agresores y víctimas. Desde el punto de vista de los agresores, un 88% de los inculpados eran de sexo masculino en casos de violencia de pareja o ex pareja; con respecto a la violencia contra menores eran varones el 75% de los inculpados y por último el porcentaje de varones inculpados en casos de violencia contra ascendientes era de 82,4%. Desde el punto de vista de las víctimas, se señala que el 88% de las víctimas por violencia en la pareja son mujeres, un 65% en el de violencia contra descendientes y un 63% en la violencia contra ascendientes.

³ El periodista Alex Grijelmo en su libro "La seducción de las palabras" dice: "*muchas feministas han llevado su justa lucha al terreno del lenguaje, pero despreciando la*

Desde la Real Academia de la Lengua se apuesta claramente por el término violencia “de sexo” antes que “de género” o “doméstica”. En un informe publicado en mayo de 2004, los miembros de la RAE recuerdan que “en los medios de comunicación españoles predomina hoy, bien que con titubeos, la denominación violencia doméstica. La opción lingüística que la próxima ley adopte resultará claramente decisiva para fijar el uso común. De ahí la necesidad, a juicio de la RAE, de que el Gobierno considere su propuesta”. En su propuesta de denominación, la RAE apunta que, para que esa ley integral incluya en su denominación la referencia a los casos de violencia ejercida por parte del novio o compañero sentimental con el que no conviva, podría añadirse “o por razón de sexo”. Con ello, concluye que la denominación completa más ajustada para la actual ley que se encuentra en el Congreso de los Diputados sería Ley Integral contra la Violencia Doméstica o por Razón de Sexo.

Igualmente, Francisco Rodríguez Adrados, miembro de la Real Academia Española y de la Historia en un artículo publicado en el periódico ABC el 23 de junio de 2004 “*Violencia que no es de género*”, se manifestaba en el mismo sentido que la RAE, y hacía una explicación de los términos *gender violence* y género. Según este autor, “*gener y género son lo que los lingüistas denominan falsos amigos: palabras de sentido en parte común, pero en parte muy diferente y cuya traducción, la de la una por la otra, aparentemente normal y evidente, causa errores. Conviene evitar este uso anómalo, ambiguo y contradictorio de género antes de que se difunda definitivamente. Los errores de traducción del inglés son, a partir de un momento, imposibles de eliminar*”.

Incluso entre la elección entre “*violencia doméstica*” o “*violencia familiar*” existen preferencias sobre la utilización de una u otra. En este sentido hay quien prefiere la expresión de “*violencia familiar*” porque es más amplia que la de violencia doméstica. En efecto, doméstico, en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, es “*perteneciente o relativo a la*

historia de las palabras y las estructuras de la lengua común. Podemos ver un ejemplo claro de este desdén lingüístico en su empeño por emplear la expresión violencia de género. Solo el complejo de inferioridad de los hispanohablantes frente a los términos que llegan desde el inglés puede explicar que las feministas españolas prefieran la expresión violencia de género a fórmulas más descriptivas y contundentes en español”.

Otra opinión en contra de la expresión violencia de género la encontramos en una autoridad académica de máximo prestigio como era Fernando Lázaro Carreter. En *El Dardo en la Palabra*, bajo el título *Vísperas navideñas*, en *El País*, el domingo 3 de diciembre de 2000, OPINIÓN/15 afirmaba lo siguiente: “... a) en inglés, el vocablo *gender* significa a la vez género y sexo; sabemos todos que, en las lenguas románicas, éstos términos tienen significados muy distintos, gramatical el uno, y biológico el otro... b) en el Congreso sobre la Mujer celebrado en Pekín en 1995, los traductores de la ONU dieron a *gender* el significado de “sexo”; así incluían también a los transexuales, que, siendo hombres de cuerpo, se sienten mujeres, o a la inversa: también se ceba la violencia contra sus personas. La solución, inmediatamente aceptada por algunos siervos de la lengua inglesa, satisfará, tal vez a quienes tienen que vivir en tal contrariedad y sería aceptable si no hiriera el sentimiento lingüístico castellano (y catalán, portugués, italiano, francés, etc.), donde se diferencian muy bien cosas tan distintas como son el género y el sexo. Hablar de violencia de género parece demasiada sumisión a los dictados de la ONU, autora de tantos desmanes lingüísticos”.

casa u hogar”, por lo que la expresión “*violencia doméstica*” se circunscribe a la cometida en el ámbito de la intimidad domiciliar, en tanto que violencia familiar es la que tiene lugar en el seno familiar, no siempre producida en el domicilio, que es, el lugar donde se mora de forma fija y permanente⁴.

En primer lugar, debemos indicar que la equiparación como sinónimos de las denominaciones violencia doméstica y violencia de género es un grave error, ya que el concepto de violencia de género no se circunscribe al ámbito familiar, sino también a los ámbitos laborales y sociales.

En segundo lugar, la denominación de violencia de género no es la más apropiada desde un punto de vista técnico-jurídico, donde lo importante es recoger un supuesto de hecho abstracto y general en el que quepan todas las conductas, no resultando idóneo, por tanto, esta denominación ya que se olvida, de forma injustificada de las víctimas varones.

Y finalmente, aunque se consiga un pequeño beneficio al resaltar el papel de víctima de la mujer en determinados delitos, se produce también dos efectos negativos. El primero, que se olvida o se posterga a un segundo plano a los varones víctimas de estos delitos que abarca la violencia de género, y el segundo efecto negativo, aun más preocupante que el anterior, es que se estereotipa al hombre como agresor, cuando, como sabemos, ello no tiene que ser necesariamente así.

En consecuencia, la expresión violencia de género es, desde un punto de vista estrictamente jurídico, una expresión inadecuada que recuerda épocas anteriores en la que los legisladores desconocían las virtudes y beneficios de la codificación napoleónica. Ciertamente, leyes autonómicas recientes y el proyecto de ley presentado por el Gobierno de la Nación no parecen otorgarnos la razón, pero desde un punto de vista doctrinal, existe una clara preponderancia en los autores por la calificación de la violencia en el ámbito familiar como violencia doméstica o familiar, del acoso en el trabajo como acoso o mobbing y de las agresiones sexuales como violaciones y otros atentados contra la libertad sexual, sin que el género de la víctima sea el que determine el tipo de la conducta criminal. Todo ello a pesar de que sea necesario tener en consideración la circunstancia de que la víctima de estos delitos es en mayor medida personas del sexo femenino y que en el ámbito familiar coincide con la esposa, madre o hija.

El informe de la Comisión de Estudios del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley contra la Violencia sobre la Mujer dice que históricamente las relaciones de dominio que se han ejercido en el seno de la familia la han llevado a cabo los hombres contra las mujeres, fruto de una cultura machista y que ello debe ser tenido en consideración a fin de adoptar las medidas correctoras pertinentes. Ahora bien, esta afirmación no nos puede llevar a distinguir o discriminar entre iguales, pues no puede recibir diferente protección del ordenamiento jurídico el ofendido por violencia en el ámbito familiar de sexo masculino: esposo, ascendiente o descendiente, de la

⁴ EDUARDO DE URBANO CASTRILLO, “El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar”, Diario La Ley, n.º 5248, 15 de febrero de 2001.

ofendida. Trato diferenciado que se justificaría única y exclusivamente en el sexo de la víctima. Tampoco puede el sexo determinar el reproche que deba recibir el agresor.

El principio de igualdad recogido en el artículo 14 de nuestra Carta Magna no puede entenderse en el sentido de que no admita diferencias entre grupos de personas. No estamos ante un principio o mandato constitucional absoluto que prevé sin fisuras la interdicción de la discriminación, ya que las posibles diferencias entre diversos grupos de españoles pueden, y en muchos casos deben, generar una diferencia de trato, lo que nuestro Tribunal Constitucional ha venido a reiterar en numerosas ocasiones usando del axioma “*tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”⁵.

Como reconoce el propio voto particular del Acuerdo emitido por la Comisión de Estudios e Informes⁶, el hecho de que se produzca un trato diferenciado en la Ley exige la existencia de unos requisitos agravados que permitan superar el test de constitucionalidad referido al principio de igualdad del artículo 14 CE⁷. En definitiva, la discriminación positiva está permitida, pero deben de existir razones objetivas, adecuadas y proporcionadas que justifiquen el trato ventajoso en la Ley para un determinado grupo, de modo que sea precisamente esta distinción o diferencia de trato la que conduzca finalmente a una real y verdadera igualdad, dando con ello cumplimiento a uno de los preceptos de mayor belleza literaria de nuestra Constitución: <<corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo... sean reales y efectivas>>.

La idea, no tan lejana, de que los actos violentos en el ámbito familiar debían quedar en el puro y estricto ámbito privado de las relaciones ha sido ampliamente superada, y hoy día la sociedad y los poderes públicos han tomado conciencia de la necesidad de actuar contra esa forma de violencia que ataca bienes tan esenciales de nuestra convivencia como la vida, la integridad

⁵ Resulta esclarecedora en este sentido la STC n.º 229/1992, de 14 de diciembre: <<No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el artículo 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombre y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”.

⁶ Redactado por la Excma. Vocal del Consejo General del Poder Judicial, D.ª Montserrat Comas d’ Argemir Cendra, y suscrito por el Excmo. Vocal del Consejo General del Poder Judicial D. Luis Aguiar de Luque.

⁷ El informe de la Comisión de estudios e informes del CGPJ discrepa en 21 puntos con el texto legislativo redactado por el Gobierno y destaca entre otras cosas que “*es objetable constitucionalmente que pasen a considerarse delitos las amenazas y coacciones leves sólo cuando el ofendido sea mujer*” o que “*carece de justificación crear una nueva categoría de juzgados sólo para mujeres, ya que si los órganos judiciales no pueden crearse por razones de raza, ideología, creencias, tampoco pueden serlo por razones de sexo*”. El informe del CGPJ concluye que una ley denominada “*integral*” debería proteger también a las mujeres, a los menores, a los ancianos e incluso a los hombres. Además, expone que se intenta establecer “*un derecho penal de autor, voluntarista, donde predomina no tanto lo normativo como lo que se ha dado en llamar el sano sentir del pueblo*”.

física y psíquica, el honor, la libertad y, en resumen, la dignidad del ser humano. En este ámbito el agresor se ubica en la posición de sujeto dominante, pues no se trata de una agresión aislada o esporádica, sino que la agresión se produce en un contexto de sometimiento de la víctima.

La norma puede reaccionar de forma abstracta contra el dominador-agresor, pero no debe discriminar entre sujetos dominantes-agresores en función del sexo. A pesar de la existencia de trabajos tendenciosos, alejados de la realidad y de alta resonancia, como la macroencuesta elaborada por el Instituto de la Mujer⁸, en el que se afirmaba que 4 de cada 5 mujeres eran víctimas a diario de la violencia en el ámbito familiar, nuestra legislación había logrado identificar distintos tipos de violencia doméstica en función de la posición que ocupaba en el grupo familiar el agresor y el ofendido:

- a) La violencia sobre el cónyuge o persona con la que se guarda relación de afectividad.
- b) Violencia sobre los ascendientes por el descendiente o cónyuge de éste.
- c) Violencia sobre los descendientes por cualquiera de los ascendientes y/o sus parejas legales o de hecho.
- d) La violencia de los descendientes sobre los ascendientes, y e) la violencia entre hermanos o sujetos unidos en el ámbito familiar por semejantes lazos.

En todas estas tipologías el agresor puede ser un varón o una mujer y en todas ellas el ofendido o víctima puede ser indistintamente de uno u otro sexo, lo que no nos debe hacer olvidar que, en la primera de las tipologías, el 91,1% de las víctimas son mujeres.

2.- REFORMAS NORMATIVAS

2.1. El origen del delito de malos y su inclusión en el Código Penal de 1973

El delito de malos tratos fue introducido en nuestro Código Penal por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código Penal. De este modo, y según la Exposición de Motivos de la esta Ley Orgánica de reforma del Código Penal, se respondía a la hasta entonces deficiente protección de los miembros físicamente mas débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo. En este sentido se tipificaban como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados mas que una sucesión de faltas, se producían de modo habitual⁹.

⁸ La macroencuesta fue calificada, no sin razón, como un estudio falto de rigor, prejuiciado y sexista.

⁹ El nuevo artículo 425 del Código Penal de 1973 decía lo que sigue:

Por la misma norma se ubicó la falta de malos tratos en el artículo 582 CP, si bien ya se recogía con anterioridad en los artículos 583 y 585.1 CP¹⁰.

Algunos autores entendían que más que un delito la reforma de 1989 había supuesto una cualificación de la falta de malos tratos, y que venía motivada al añadir el elemento de la habitualidad, que constituía un elemento fáctico que, generalmente, se representaba por tres episodios o actos de violencia y así lo venía exigiendo tanto la doctrina como la jurisprudencia¹¹.

Finalmente, aunque el artículo 425 CP 1973 nada decía respecto del concurso, se admitía y nadie dudaba de la aplicabilidad del concurso de delitos cuando además del maltrato se producía la correspondiente lesión o muerte del ofendido¹², si bien, no faltaban autores que negaban la aplicabilidad del concurso y afirmaban la aplicación del delito de resultado con la agravante de parentesco¹³.

En definitiva, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003, los elementos vertebradores del tipo penal recogido en el artículo 425 CP 1973 eran cuatro:

- a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.
- b) Que se ejerza con habitualidad.

<<El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a la tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto de mayor>>.

¹⁰ La redacción del artículo 582 del Código Penal de 1973 quedó como sigue:
<<El que por cualquier medio o procedimiento causares a otro una lesión que no precisare tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigiere la primera asistencia facultativa, será castigado con la pena de arresto menor, salvo que se tratare de alguna de las lesiones del artículo 421.

El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión>>.

Téngase en cuenta que no sólo se producía la falta de malos tratos cuando se daba la situación de agresión sin lesión del apartado segundo de este precepto, sino que también, como es obvio, se incurría en la falta de malos tratos cuando se producían como consecuencia del mismo las lesiones al ofendido a las que hace referencia el apartado primero del precepto.

¹¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte Especial, 10.ª edición, tirant lo blanch, Valencia 1995.

¹² VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU, GONZALEZ CUSSAC, Derecho Penal, Parte Especial, 3.ª ed., Valencia 1993.

¹³ BERDUGO, La reforma del Código penal.....

- c) La acción violenta podía tener como causa cualquier fin.
- d) Que tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, a lo que debemos añadir que en aquel momento era preciso además que dicha relación fuese presente y no pasada.

2.2. El continuismo del Código Penal de 1995

El artículo 153 del Código Penal de 1995, en su redacción originaria, recogió, con ligeras modificaciones, el sentir del originario artículo 425 CP 1973¹⁴. No obstante, es necesario reconocer que el nuevo precepto mejoró y corrigió determinados defectos del anterior:

- a) La inclusión dentro del tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.
- b) Se recogía expresamente el concurso con el delito o falta de resultado que la acción violenta hubiese producido.

En cambio, otros elementos del tipo permanecieron de forma invariable:

- a) Se mantuvo la exigencia de una convivencia presente y actual.
- b) Se conservó la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo, ser cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.
- c) Se mantuvo la nota o característica de la habitualidad como definidora del delito de malos tratos¹⁵. Asimismo, la falta de malos tratos conservó los perfiles que ya se establecieron en el artículo 582 del CP 1973 con la reforma de 1989¹⁶.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996.

¹⁵ La redacción originaria del artículo 153 CP 1995 era la que sigue:
<< El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare>>.

¹⁶ El contenido del artículo 617 CP 1995 era el que sigue:
<<1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

2.3. Las reformas de 1999

La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de Modificación del Código Penal en Materia de Protección a las Víctimas de Malos Tratos, tenía el propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mejor y mayor protección a las víctimas, como se confesaba en la propia Exposición de Motivos. Las modificaciones tuvieron un marcado carácter sustantivo y procesal, que podemos sistematizar del siguiente modo:

- a) Se amplía el tipo, de modo que no sólo son punibles las conductas producidas en el presente de una relación de convivencia derivada del matrimonio o de relación afectiva análoga, sino que además, se incurre en la comisión del ilícito a pesar de que la convivencia haya desaparecido.
- b) Se amplía la acción típica agresora, de forma que, tras la modificación normativa, no sólo constituye elemento del tipo la acción física violenta, sino también la acción que violenta psíquicamente a la víctima¹⁷.
- c) Se ofrece una conceptualización o definición de la habitualidad con la que se pretende solventar las dificultades interpretativas que se habían producido hasta ese momento y todo ello se realiza en el entorno de cuatro elementos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar, y finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior¹⁸.

Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses>>.

¹⁷ Algunos autores, como Francisco Muñoz Conde, consideraron que esta equiparación entre la violencia física y la psíquica fue la modificación más importante, aunque estimaban que si bien ello no suponía problema alguno en el plano teórico, lo cierto era que en la práctica la acreditación o prueba de las lesiones psíquicas no dejaba de ser todo un problema. En cualquier caso y pese a las dificultades probatorias, la reforma era de todo punto coherente, ya que ello suponía la equiparación con el tipo básico de las lesiones, que prevé, no sólo las lesiones físicas, sino también las lesiones psíquicas que pudiese padecer el ofendido.

¹⁸ El precepto que resultó tras la reforma operada por la Ley Orgánica 4/1999 en la redacción originaria del CP 1995 resultó como sigue:

<<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 de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres 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.

d) Se aumenta el contenido aflictivo o penológico. De este modo se incluye como pena grave, menos grave y leve *“la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos”*¹⁹, que es considerada como pena privativa de derechos²⁰. Tras la reforma, la prohibición de aproximación a la víctima, sus familiares u otras personas, así como la prohibición de comunicarse con estos sujetos también se recoge como pena accesoria²¹.

e) La falta de lesiones recogida en el artículo 617 CP fue modificada en dos ocasiones en el breve plazo de dos meses, así, la redacción del apartado segundo fue modificada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, y posteriormente por la Ley Orgánica 14/1999. También por esta última norma se modificó el artículo 620 CP, en el sentido de permitir que las faltas leves de amenazas y coacciones, cuando el ofendido fuese alguna de las personas a las que hacía referencia el artículo 153, hoy 173, fuesen perseguidas de oficio.

f) Las reformas realizadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal eran de elevada importancia. Así se incluía como diligencias previas la posibilidad de proteger a los ofendidos o perjudicados por los delitos, a sus familiares u otras personas con una serie de medidas cautelares que se recogían en el artículo 544 bis, precepto que precisamente introducía la reforma.

También se incluía una importante modificación en el ámbito competencial, excluyendo de las competencias de los Jueces de Paz el conocimiento de las faltas relacionadas con la violencia doméstica²².

Durante el periodo comprendido entre 1999 y 2003 no hubo modificaciones normativas que afectasen a la violencia doméstica de un modo directo. Sí podemos, no obstante, señalar la modificación colateral que se produjo en el Código Penal relativa a la sustracción de menores y cumplimiento del régimen de custodia. En este sentido, se añadió por la Ley Orgánica 9/2002

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores>>.

¹⁹ Vid. artículo 33 del Código Penal.

²⁰ Vid. artículo 39 del Código Penal y artículo 48 en el que se establece el contenido concreto de la pena introducida con la reforma de 1999.

²¹ Vid. artículo 57 del Código Penal.

²² Concretamente, la nueva redacción del artículo 14.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal era la que sigue:
<<Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción

el delito de sustracción de menores, que había sido suprimido del Código Penal de 1995 y se introdujo también como delito en el que incurre el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa, modificándose la redacción del artículo 622 relativa a la falta de infracción del régimen de custodia.

Finalmente, cabe destacar de este periodo, la instauración del enjuiciamiento rápido como procedimiento especial con la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, así como la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la anterior, reforma en la que se previó expresamente la aplicación del enjuiciamiento rápido a los delitos de violencia doméstica y así, los primeros tipos delictivos concretos que se recogían en la regla segunda del artículo 795.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal eran las lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a las que se refería el artículo 153 del Código Penal, ahora artículo 173.

2.4. El nuevo artículo 153 del Código Penal y el reformado artículo 173.2.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo un nuevo artículo 153 en el Código Penal y trasladó el antiguo artículo 153 al Título VII del Código, "*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*", dándole no sólo una nueva redacción sino también una modificación sustantiva en algunos aspectos.

Con relación a la violencia doméstica, la Exposición de Motivos confiesa que la finalidad de la reforma es que "*.. el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos*". En esta línea, sigue diciendo la Exposición de Motivos, "*... las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617*". El ajuste técnico no es otro que la derogación del último párrafo del apartado 2.º del artículo 617.

La segunda reforma sustantiva supone la reenumeración y reubicación sistemática del anterior delito de violencia doméstica en el que se requería la nota de la habitualidad, al que, como dice la Exposición de Motivos, "*se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*".

En consecuencia, existiendo entre la víctima y el agresor la relación de parentesco recogida en el artículo 173.2 del Código Penal, esto es, cónyuge o excónyuge, conviviente o exconviviente, ascendientes, descendientes,

hermanos por naturaleza o adopción o afines, propios o del cónyuge o conviviente, menores o incapaces que convivan o se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, personas integradas en otra relación integrada en el núcleo familiar, personas vulnerables sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, se producen los siguientes supuestos:

a) Delito de maltrato familiar, que lleva aparejada la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, 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 seis meses a tres años, en los siguientes supuestos²³:

- Maltrato sin causar lesión objetivada en asistencia facultativa o parte médico.
- Amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos.
- Menoscabo psíquico o lesión que sólo tenga una primera asistencia facultativa sin precisar tratamiento médico, es decir, menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el Código Penal²⁴.

La inclusión de estos supuestos, hasta ahora considerados meras faltas, como delito de malos tratos ha generado la división doctrinal que, con la nueva reforma puesta en marcha, se verá incrementada. En este sentido, el Fiscal del Tribunal Supremo, DEL MORAL GARCÍA²⁵, considera que se endurece en sobremanera la respuesta penal hasta llegar a lo desproporcionado, pues toda agresión física, incluso episódica, pasa a ser delito²⁶.

²³ Como tipo agravado en el párrafo segundo del artículo 153 establece:

<<Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga 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 de la misma>>

²⁴ Entendemos que en el presente caso no existiría concurso con la falta de lesiones, es decir, no se condenaría como responsable de un delito de malos tratos y una falta de lesiones, ya que esa circunstancia, a diferencia del artículo 173.2, no se prevé en la norma.

²⁵ ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, "Aspectos Penales de la Violencia Doméstica. El Ministerio Fiscal y la Violencia Doméstica", Ponencia en el III Encuentro sobre Violencia Doméstica, celebrado en el Centro de Formación de Jueces de Madrid, del Consejo General del Poder Judicial, los días 26 a 29 de noviembre de 2003.

²⁶ En el mismo sentido se pronuncia MERLOS CHICHARRO, "Análisis de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, en materia de violencia doméstica", Ponencia dada en el Curso celebrado en el Centro de Escuela de Fiscales de la Administración de Justicia, octubre de 2003, quien califica la medida de excesiva y un tanto ingenua al querer combatir la violencia doméstica con más Derecho Penal.

Otros autores se sitúan en posiciones intermedias, criticando la comisión sin lesión, pero admitiendo y calificando de acertada la opción del legislador que configura como delito el menoscabo físico o psíquico cuando causa lesión no constitutiva de delito²⁷.

b) El segundo supuesto vendría por la comisión sin habitualidad de agresiones físicas o psíquicas que el agresor pudiera realizar sobre el ofendido y que tuviesen como resultado lesiones tipificadas como delito del artículo 147 CP o, incluso, la muerte de la víctima.

En este caso y por extraño que pueda parecer, debemos negar la existencia de concurso entre el delito de malos tratos y el delito de resultado que se produzca. Así, en el caso de que se produjese unas lesiones del artículo 147 CP, referidas a los sujetos a los que hace referencia el artículo 173.2 CP, sólo habría, en nuestra opinión, un delito de lesiones dolosas con la agravante de parentesco. Ello es así, porque el nuevo artículo 153 CP, a diferencia del anterior y del actual artículo 173.2 no prevé expresamente el concurso y, de todos es sabido el principio según el cual donde la Ley distingue nosotros debemos distinguir. No obstante, no faltarán y argumentos para ello hay, que defiendan el concurso entre el delito en que se concrete los actos de violencia física o psíquica y el maltrato familiar recogido en el artículo 153 CP.

c) El último precepto que regula la violencia doméstica es el artículo 173.2 CP, que fue redactado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, teniendo como claro antecedente la anterior redacción del artículo 153 CP.

La ubicación sistemática de este precepto ha sido alabada por parte de la doctrina y es justificada por el hecho de que el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE), que tiene consecuencia lógica no sólo en el derecho a la vida, sino también a la integridad física y moral con interdicción de los tratos humanos degradantes (artículo 15 CE) y el derecho a la seguridad (artículo 17 CE), quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos (artículo 39 CE)²⁸. No obstante, dada la identidad existente entre el tipo del artículo

²⁷ ADOLFO CARRETERO SÁNCHEZ, "La violencia de género: análisis crítico de las principales medidas penales para su erradicación", Diario La Ley n.º 6023, 21 de mayo de 2004.

²⁸ En definitiva, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2000, "... se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la integridad de las personas y la protección de la familia".

153 y el artículo 173.2 CP, ambos relativos a la violencia doméstica, no es muy aconsejable la dispersión normativa existente en la actualidad.

Respecto de las relaciones que deben existir entre el agresor y la víctima cabe hacer las mismas precisiones que respecto del delito del maltrato familiar recogido en el artículo 153 CP, siendo la nota que caracteriza al tipo del artículo 173.2 la habitualidad. La habitualidad, exigida anteriormente por el artículo 153 CP, dio lugar a diversas corrientes interpretativas, siendo tradicionalmente la más habitual la que exigía para satisfacer este presupuesto la existencia de tres acciones violentas; criterio cuyo único apoyo lo encontraba en la aplicación analógica del concepto de habitualidad que el artículo 94 CP establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas.

En la actualidad, se abre paso otra línea interpretativa que prescinde del automatismo numérico de las tres agresiones, considerando que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2000)²⁹.

2.5. Las grandes reformas sustantivas y procesales del año 2003.

El año 2003 ha sido un año de importantes reformas legislativas que se han llevado a cabo en relación a los ilícitos penales que se producen en el ámbito doméstico y que constituyen importantes pilares del sistema normativo aplicable.

2.5.1- Orden General de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica

Las especiales características que contiene este tipo delictivo, por el entorno en el que se produce, los sujetos activos y pasivos afectados y la alarma social que genera, ha obligado a los poderes públicos a abordar el problema de forma multidisciplinar con medidas preventivas, asistenciales, legales, etc., que permitan una defensa integral de la dignidad humana.

Con este objetivo se constituyó en el seno de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados de fecha 22 de octubre de 2002 una Subcomisión en la que participaron todos los

²⁹ Estas interpretaciones se basan en dos criterios ofrecidos por la norma y que ya introdujo la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en el artículo 153 CP, ubicándose en la actualidad en el artículo 173.3 CP, que precisa para apreciar la habitualidad que se atiende al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, siendo indiferente que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el ámbito subjetivo de la violencia familiar.

grupos parlamentarios, que tenía como finalidad “...formular medidas legislativas que den una respuesta integral frente a la violencia de género...”.

El 24 de marzo de 2003, esta Subcomisión presentó sus conclusiones definitivas en el seno de la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer, que contienen entre otras propuestas una de carácter legislativa que busca una mayor eficacia y mejor protección de las víctimas y que se ha concretado en la “Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica”. Esta ley introduce una nueva redacción del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y le añade un nuevo artículo, el 544 ter, que con sus once apartados realiza una muy detallada regulación de los pasos que deben seguirse hasta que se dicte la Orden de Protección, que como se indica en la Exposición de Motivos, constituirá para las víctimas un auténtico “estatuto integral”³⁰.

El éxito de la solicitud de amparo por parte de las víctimas requiere de la coordinación interinstitucional de todos los que participan de forma activa en el logro de este objetivo. Esto se plasma con la creación de la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección, que adoptó entre otros acuerdos la elaboración de un Protocolo de actuación que sirva de base para coordinar las diferentes actuaciones en que se verán implicadas las distintas instituciones y Administraciones públicas.

Esta reforma legislativa tiene un claro objetivo, unificar, a partir de una sola solicitud, los diferentes instrumentos de protección de la víctima previstos por el ordenamiento jurídico, que afectan al campo penal, civil y de protección y asistencia social.

La respuesta judicial ante este tipo de situaciones debe ser rápida porque las especiales características que se dan en este tipo de ilícitos penales aconsejan celeridad para garantizar el éxito, es decir, no demorar la respuesta judicial, procediendo a dictar la Orden de Protección cuando se constate que existe una situación objetiva de riesgo inminente.

La orden de protección puede ser acordada de oficio por el Juez de Instrucción, puede solicitarla la propia víctima y aquellas personas que tengan con ella alguna relación de parentesco o afectividad a que hace referencia el artículo 173, el Ministerio Fiscal y por aquellas personas, entidades u organismos públicos o privados que tengan

³⁰ La introducción de este precepto en nuestro ordenamiento jurídico, es también una respuesta a la Recomendación que el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el 30 de abril de 2002, sobre la protección de las mujeres contra la violencia, en la que recomienda a los Estados miembros introducir, desarrollar y/o mejorar las políticas nacionales sobre diferentes aspectos: obtener la seguridad y protección máxima de las víctimas; potenciar la asistencia a las víctimas de violencia que eviten una victimización secundaria; adecuar el Derecho Civil y Penal en los procedimientos; promover la formación especializada de profesionales; etc.

conocimiento de la comisión de un delito de carácter público y por tanto la obligación de ponerlo en conocimiento de la autoridad competente³¹.

La solicitud siempre se debe dirigir al Juez de Instrucción ya que es el órgano competente para decidir su adopción, pero el lugar donde se puede presentar con el fin de que las víctimas dispongan de todas las facilidades posibles para hacerlo, es directamente ante cualquier Juzgado, ante el Ministerio Fiscal, en las Oficinas de atención a las víctimas que se creen, en los servicios sociales o instituciones asistenciales competentes y en las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, es decir, en cualquier puesto de la Guardia Civil, comisaría de Policía o dependencia de las Policías Autonómicas o Locales³². En el caso de no realizarse ante la Autoridad Judicial, el receptor de esta solicitud deberá remitirla sin dilación alguna al Juzgado de Guardia.

La solicitud se realiza en modelos normalizados que puedan ser cumplimentados de forma sencilla por cualquier persona, pudiéndose obtener fácilmente en cualquier organismo e institución. Además, el modelo permite solicitar las medidas que se consideren conveniente adoptar: penales, civiles y asistenciales, y debe tener un espacio reservado para la descripción lo más detallada posible de los hechos denunciados.

Aunque es prioritario que la orden de protección se adopte en el mismo día en que se solicita, se prevé también la posibilidad de que el Juez de Guardia por cualquier circunstancia no pueda hacerlo en ese tiempo, en cuyo caso se establece que la audiencia se celebre como máximo dentro de las 72 horas siguientes desde la presentación de la solicitud. Durante la audiencia, el Juez de Guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que la declaración en esta audiencia se realice por separado.

La práctica diaria demuestra que en un gran número de supuestos la orden de protección se solicita ante la Policía Judicial. Esta realiza el oportuno atestado que permite acreditar los hechos objeto de denuncia y sirve como base previa para la actuación posterior del Juez de Guardia que contará con mayores medios para fundamentar el otorgamiento o no de la orden de protección.

La competencia corresponde al Juez de Instrucción en funciones de guardia, con independencia de que en aplicación de las normas de reparto no sea ese juzgado el que deba conocer ese procedimiento

³¹ Vid. en este sentido lo dispuesto en el párrafo 2º del apartado 2 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³² Ibidem. apartado 3º del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

penal. Con esta medida se pretende que la víctima no peregrine entre los juzgados en espera de aquél en que recaiga la causa.

Sólo puede dictarse una orden de protección por cada víctima afectada, por tanto no pueden concurrir varias órdenes. En el caso de que se produzca una modificación importante de las circunstancias que originaron su adopción, se puede modificar el contenido de la orden de protección por el órgano judicial que es competente para conocer el asunto, pero no puede dictar una nueva que contradiga la anterior, aunque en casos de urgencia también puede realizar la modificación el Juez de Guardia, que luego remitirá las actuaciones al órgano judicial competente.

La preocupación que genera la violencia doméstica entre todos los sectores de nuestra sociedad, ha propiciado la búsqueda de soluciones desde diferentes ámbitos, ya que aunque la repuesta penal puede ser la que tenga más resonancia entre todas las partes implicadas, no siempre ésta es la más eficaz. Esto es sin duda, lo que llevó a nuestros legisladores a aprobar esta norma por unanimidad y a considerar como su elemento más innovador el carácter que adquiere de estatuto integral, al permitir adoptar para la víctima, a través de un sencillo y rápido procedimiento judicial, diferentes medidas de naturaleza penal, civil y asistencial³³.

Las medidas cautelares de carácter penal y de seguridad, podrán ser cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal y se adoptarán por el Juez de Instrucción en funciones de guardia, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos y la necesidad de proteger de forma total e inmediata a la víctima, pudiendo ser cualquiera de las siguientes:

- Prisión provisional.
- Prohibición de aproximarse a la víctima (lo que comúnmente se conoce como orden de alejamiento).
- Prohibición de residir en determinados lugares.
- Prohibición de comunicarse con la víctima y demás personas de su entorno familiar.
- Retirada de las armas que tenga el agresor.

³³ El incumplimiento de cualquiera de estas medidas cautelares susceptibles de adoptarse, dará lugar a la comisión de un delito de “quebrantamiento de condena” del artículo 468 del Código Penal, y además, en el caso de que la agresión a la víctima se produzca por un funcionamiento anormal de cualquiera de las autoridades encargadas de garantizar su protección integral, nos encontraremos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que le permitirá a la víctima reclamar una indemnización por los daños físicos o morales que se le hayan ocasionado.

- Cualquier otra que se estime necesario adoptar teniendo en cuenta que siempre debe respetarse la proporcionalidad entre la medida adoptada y la necesidad de su adopción.

La adopción de la orden de protección también sirve para que las distintas Administraciones Públicas afectadas, estatal, autonómica y local, apliquen las diferentes medidas de asistencia y protección social que precisen las víctimas que adquieren con ella la condición de persona protegida. En este sentido, la orden adquiere el valor de título suficiente y le permite obtener todos los beneficios de carácter social, asistencial, sanitario, jurídico, psicológico y de cualquier otra índole, especialmente los de carácter económico a que pueda acogerse.

Una de las novedades más importantes que introduce la nueva Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección, lo constituye el hecho de que el Juez de Instrucción en funciones de guardia pueda adoptar, además de medidas penales, civiles, legitimando con ello a la víctima para que pueda solicitar otras de carácter social. Con esta posibilidad se pretende acabar con las situaciones que se daban con anterioridad y que tenían su origen en la falta de sintonía entre las medidas cautelares de naturaleza penal que adoptaba el Juez de Instrucción y las que dictaban los Jueces del orden jurisdiccional civil que conocían de procesos matrimoniales o de menores³⁴.

La naturaleza de las medidas de este tipo que pueden adoptarse, siguen los principios que inspiran el orden jurisdiccional civil y, en este sentido, pueden ser solicitadas por la parte afectada (la víctima o su representante legal), o por el Ministerio Fiscal cuando nos encontremos ante supuestos en los que estén implicados menores de edad o incapaces³⁵.

Entre las medidas de tipo civil sobre las que puede decidir el Juez de Instrucción destacan las siguientes:

- Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.
- Determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos.
- Determinación del régimen de prestación de alimentos.

³⁴ Se trata de evitar con esta medida situaciones en las que por un lado un juez de lo penal adopte una orden de alejamiento del presunto agresor, y por otro, que el juez civil que conoce de la causa de separación del matrimonio, acuerde que compartan la misma vivienda, alegando razones de dificultad económica entre la pareja.

³⁵ Las medidas de naturaleza civil están recogidas en el apartado 7, del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- Cualquier otra disposición que permita apartar al menor de un peligro o le evite perjuicios (prohibir su salida del territorio nacional, prohibir expedir el pasaporte al menor o retirárselo si lo tiene expedido, exigir autorización judicial previa ante cualquier cambio de domicilio del menor, etc).
- La suspensión o privación de la patria potestad de los hijos al maltratador.

Debemos señalar que por las características propias de estas medidas de carácter civil, aunque son susceptibles de ser solicitadas por todas las posibles víctimas de este tipo delictivo que pueden pedir la adopción de una Orden de Protección, en realidad, prácticamente, sólo tiene cabida su aplicación cuando el delito se está cometiendo entre personas en las que se da una relación de pareja, casada o no, y con o sin hijos, siendo hoy día difícil su aplicación para otros posibles supuestos de hecho en los que se da otro tipo de relación.

Estas medidas civiles que se pueden adoptar tras la solicitud de una Orden de Protección, no se podrán aplicar si anteriormente un órgano de la jurisdicción civil hubiere dictado alguna medida de esa naturaleza, y ello, como indica el apartado 7 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *"sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil"*, precepto que regula la posibilidad de que el Juez, en cualquier tipo de procedimiento, para evitar un mal a los menores de edad, pueda adoptar aquéllas medidas que considere oportunas.

La adopción de cualquiera de estas medidas que están íntimamente relacionadas con los menores de edad que padecen este tipo de violencia cuando ésta es ejercida directamente sobre el otro miembro de la pareja, no se consideran penas que se imponen al maltratador, sino medidas protectoras de los intereses de los menores³⁶.

Analizando el contenido de las posibles medidas civiles que se pueden adoptar como consecuencia de la solicitud de una Orden de Protección, tenemos que decir que se produce una gran similitud entre estas medidas y las que se pueden adoptar de forma previa antes del comienzo de un proceso matrimonial³⁷.

Lo novedoso de esta nueva Ley es que la Orden de Protección puede dictarse a favor de personas que mantienen relaciones sentimentales sin estar casadas (parejas de hecho) y por tanto son sujetos susceptibles de recibir esa protección a través de esas medidas.

³⁶ Vid. en este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de julio de 1999 y más recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000.

³⁷ Vid. lo dispuesto en los artículos 103 y 104 del Código Civil y 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén la aplicación de ciertas medidas para los casos en que se produzcan malos tratos.

Así por ejemplo, para atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar, es necesario que el agresor y la víctima convivan en esa casa, que guarda estrecha relación con la medida de prohibir al inculpado residir en un determinado lugar, que prevé el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que lógicamente incluirá el lugar donde esté ubicada la casa familiar, con el fin último de que no se produzcan contradicciones al aplicarse las medidas cautelares que deben velar por los derechos de la víctima y los intereses de los menores e incapaces afectados por estas situaciones de violencia³⁸.

Estas medidas tienen un carácter provisional, se adoptan por un período de 30 días y aunque no se dice nada sobre el plazo, se entiende que comenzará su cómputo desde la fecha en que se notifique el auto de su adopción. Si en este período la víctima o su representante legal presenta una demanda que de lugar a la apertura de un proceso de familia ante un Juzgado de Familia, dichas medidas seguirán en vigor otros 30 días, siendo preciso ahora que se produzca su ratificación, modificación o suspensión por el órgano jurisdiccional que sea competente³⁹.

Por este motivo es aconsejable que la demanda de separación, nulidad o divorcio que presenten las víctimas de malos tratos se realice antes de que termine ese plazo de 30 días, solicitando entonces al juez de lo penal la prórroga de las medidas acordadas por otros treinta días más.

El problema que se nos puede plantear es cuando la víctima de la violencia doméstica es la pareja de hecho del agresor y no tienen hijos menores, ya que aplicando literalmente la norma no podrían instar un procedimiento de familia, de forma tal que la solución a este supuesto será aplicar a estas parejas de forma analógica lo dispuesto en los procesos matrimoniales, siendo preciso por tanto, que en un futuro próximo se proceda a realizar un regulación expresa de estos supuestos que se están resolviendo a través del recurso a la analogía⁴⁰.

³⁸ Estamos frente a un caso particular en que el mismo Juez, puede adoptar una medida cautelar de carácter civil, atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar, y otra penal, la prohibición de residir en un determinado lugar, comúnmente conocido como orden de alejamiento.

³⁹ Conviene destacar en este sentido, como hace la profesora M^a Paz García Rubio en su artículo publicado en el diario "La Ley" de 16 de junio de 2004, en relación a la ratificación, modificación o dejar sin efecto las medidas que se adoptaron y sobre la que debe pronunciarse el juez competente, si es precisamente la autoridad judicial la que no cumple ese plazo y no se pronuncia sobre el asunto. En estos casos no puede entenderse que se produce la caducidad de las medidas, sino su prórroga automática hasta que se pronuncie la autoridad judicial competente, permaneciendo vigente la oportuna anotación realizada en el Registro Central en relación con aquéllas medidas civiles que fueron adoptadas. Si se considerara que estas medidas caducan por culpa de la falta de pronunciamiento por parte de la autoridad judicial competente, estaríamos vulnerando el artículo 24 de la Constitución Española que consagra el principio de tutela judicial efectiva

⁴⁰ El recurso a la analogía es la solución por la que se inclina gran parte de la doctrina y jurisprudencia. Así lo entiende, por ejemplo V. Magro Servet, en su artículo "*Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica*", publicado en el Diario La Ley, de 16 de diciembre de 2003, para

2.5.2.-Registro Central

El nuevo artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, en su apartado 10, regula la necesidad de inscribir en un Registro Central todas las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica que se dicten y en la Disposición Adicional Primera sienta las bases para que el Gobierno dicte una disposición reglamentaria que permita su organización.

Con esta finalidad se aprobó el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, que es el instrumento jurídico encargado de recoger toda la información relativa a las penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia firme por la comisión de delitos o faltas, y de anotar las medidas cautelares y órdenes de protección adoptadas en procedimientos penales que están tramitándose contra los autores de estos hechos delictivos, asegurando en todo momento la protección de los datos de carácter personal que contengan en los términos exigidos por la legislación vigente⁴¹.

Además de regular su organización, establece los procedimientos para inscribir, cancelar y consultar las órdenes de protección que se dicten, convirtiéndose así en la principal fuente para conocer las que están en vigor. Su objetivo fundamental es el de servir de instrumento auxiliar a las distintas instituciones encargadas de proteger a las víctimas de este tipo de violencia, y no el de configurarse como una simple oficina estadística⁴².

quien “...al no existir prohibición expresa y existir la vía de la aplicación analógica del citado Capítulo, a parte de no existir propiamente el proceso de familia al que se refiere el apartado 7º, una interpretación lógica de la norma debe aconsejar extender a las parejas de hecho la adopción de las medidas civiles de la orden de protección que serían ratificadas, luego, por el juez de primera instancia competente...”. En esta misma línea la profesora M^a Paz García Rubio, en su artículo “Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la orden de protección” publicado en el Diario La Ley, de 16 de junio de 2004, dice que como lo es en el ámbito material civil, donde la jurisprudencia ha evolucionado desde una negación inicial a la plena admisibilidad del recurso al método analógico, en cuyo sentido destacan las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2001, de 5 de julio de 2001 y de 16 de julio de 2002, estima que mientras el recurso a la analogía con las normas relativas a los efectos del matrimonio y de su ruptura es una posibilidad para el Juez en el caso de que resulte aplicable el Derecho material del Estado carente de normas ad hoc en esta materia, es un imperativo derivado de la Constitución en el caso del Derecho procesal cuando sí exista Derecho material autonómico regulador de la relación de pareja.

También el profesor García Rubio, en su obra “Introducción al Derecho Civil”, Cálamo, Barcelona, 2002, página 163, dice que para utilizar la analogía correctamente el Juez está obligado a efectuar un doble juicio: primero un juicio de semejanza, y después uno de relevancia de dicha semejanza.

⁴¹ En el sentido de proteger los datos personales, se rige por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y sus disposiciones complementarias.

⁴² Vid. en este sentido lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto 355/2004, que dispone que “la finalidad exclusiva del Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica es facilitar a los órganos judiciales del orden penal, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos judiciales del orden civil que conozcan de los procedimientos de familia la información precisa

Es único para toda la Nación y su encargado es el responsable, además del control y gestión de sus funciones, de procurar que todas las comunicaciones que se realicen de forma telemática se hagan en los modelos establecidos garantizando la autenticidad de los datos anotados y que pueden ser de dos tipos:

- Penas y medidas de seguridad, conteniendo prácticamente los mismos datos que se recogen en el Registro Central de Penados y Rebeldes, que son comunicadas por los secretarios judiciales dentro de las 24 horas siguientes a la declaración de firmeza de la sentencia⁴³.
- Medidas cautelares y órdenes de protección, que recogerán entre otros datos los siguientes: órgano judicial que tramita el procedimiento, delito o falta; datos de filiación y domicilio del imputado y víctima; orden de protección o medida cautelar adoptada, fecha de las medidas civiles o penales impuestas y su duración; cancelación de los datos, comunicación de las órdenes de protección a aquellas Administraciones Públicas que sean competentes en materia de protección social⁴⁴, etc. Esta comunicación es realizada por el secretario judicial de forma telemática en unos modelos concretos y en el mismo plazo de 24 horas.

La disposición de toda la información necesaria de manera centralizada en un solo organismo en soporte informático apropiado, permitirá emitir informes fiables sobre el grado de efectividad que representa la adopción de las medidas cautelares, modificar las que sean procedentes cuando cambien los motivos que originaron su adopción, ejecutarlas en los términos que se indiquen y realizar un seguimiento completo de las mismas en todo el territorio nacional. Todo ello permitirá acceder de forma rápida a toda la información que contiene a los distintos órganos judiciales implicados, al Ministerio Fiscal y a la Policía Judicial.

3.- PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMESTICA

para la tramitación de causas penales y civiles, así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de las medidas de protección de dichas víctimas”.

⁴³ Entre otros datos se anotan los siguientes: órgano judicial que dictó la sentencia, fecha, nº de procedimiento, datos de filiación y domicilio del condenado y de la víctima, D.N.I., delito o falta cometido, pena impuesta, cancelación de las sentencias, etc.

⁴⁴ La notificación de la orden de protección se enmarca dentro de las previsiones que establece el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus apartados 8 al 10.

Otro instrumento que crea la Ley 27/2003, de 31 de julio, con el fin de ofrecer una mejor tutela a las víctimas de este tipo de violencia, es la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.⁴⁵

Esta Comisión es la encargada de elaborar protocolos de actuación que sean de alcance general que además de asegurar la implantación de las ordenes de protección que se aprueben, creará instrumentos adecuados de coordinación que posibiliten la efectividad de las medidas de protección adoptadas para las víctimas, tanto por órganos judiciales como por las distintas Administraciones Públicas implicadas⁴⁶.

Dentro de las atribuciones que tiene encomendadas esta Comisión, se encuadra la creación de un protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en relación con esta tipología delictiva, que probablemente tiene su origen en el hecho constatado que, aunque de conformidad con lo establecido en el artículo 2.3 de la Ley 27/2003, la solicitud de la Orden de Protección puede hacerse ante diferentes autoridades e instituciones públicas, las víctimas optan principalmente por hacerlo ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁴⁷.

El objetivo que se persigue con esta medida es potenciar la formación de funcionarios especializados en el tratamiento de este tipo de violencia que se produce en el seno de la familia. Por este motivo se elabora este protocolo que establece las pautas de actuación que deben seguir los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que se activará tan pronto como tengan noticia de la comisión de un acto que pudiera ser objeto de una infracción penal en materia de violencia doméstica y tendrá presentes estas actuaciones que permiten confeccionar el correspondiente atestado:

- 1- Diligencias para determinar si existe o no una situación clara de riesgo para la víctima y el alcance de su gravedad. Para realizar una valoración lo más aproximada posible de esta situación de riesgo concreta se procederá a tomar declaración a la víctima, testigos en el

⁴⁵ La Disposición Adicional segunda de la Ley 27/2003, recoge su creación y establece los organismos que la integran.

⁴⁶ En este sentido, la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, en su reunión del día 10 de junio de 2004 aprobó la elaboración de un Protocolo para implantar la Orden de Protección en el que incluye un modelo normalizado de formulario para solicitarla por los diferentes sujetos que pueden hacerlo, con indicación expresa de los lugares donde se puede presentar la solicitud. La existencia de este modelo normalizado no supone que el hecho de no utilizarlo posibilite que no se realicen los tramites para otorgar una Orden de Protección, ya que como establece la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, no es preciso tramitarla en modelos normalizados.

⁴⁷ Conviene resaltar, como también lo hace la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado de 13 de enero de 2004, que la sede en que se presenta lleva implícitas en algunos una serie de consecuencias procesales, así sólo se podrá tramitar mediante el procedimiento de juicio rápido, cuando la Orden de Protección se hubiera hecho en una de las sedes de cualquiera de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que se tramitará junto con el oportuno atestado, requisito éste esencial para que puedan incoarse las diligencias urgentes de juicio rápido.

caso de que los hubiera, vecinos, personas del entorno de su familia, trabajo, etc. que permitan aportar datos sobre otros posibles episodios de violencia que se hayan producido anteriormente, su personalidad, antecedentes delictivos, si sufre algún tipo de adicción, etc.

- 2- Adopción de las medidas concretas con las que proteger el bien jurídico lesionado de la víctima. Medidas que podrán consistir desde facilitarle un teléfono de contacto directo y permanente con el funcionario de policía especializado asignado para su protección o de cualquier otro tipo de dispositivo tecnológico que permita una comunicación inmediata entre la víctima y el agente; proporcionarle una protección permanente durante las 24 horas del día; asesorarle sobre los distintos tipos de recursos asistenciales a los que tiene derecho.
- 3- Incautación de cualquier arma u objeto peligroso que sea susceptible de ser o haber sido utilizado por el presunto agresor.
- 4- Detención y puesta a disposición de la autoridad judicial del presunto agresor, cuando la gravedad o situación de riesgo, así lo aconsejen.

Siempre que se produce la intervención de un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se elaborará un atestado que deberá contener como mínimo lo siguiente:

- Datos de la víctima, agresor y grupo familiar: filiación, domicilio, teléfono de contacto, tipo de relación, tiempo de convivencia, profesión, lugar de trabajo, situación laboral y económica, estado de salud, tenencia de armas, vehículo, costumbres, lugares que frecuenta, fotografías, etc. Existencia o no de hijos, datos de su identidad, procedimiento de separación o divorcio, medidas adoptadas, datos sobre la vivienda y patrimonio, así como cualquier otra pregunta que se considere necesaria para facilitar la investigación policial.
- Declaración lo más detallada posible de la víctima sobre el relato de los hechos ocurridos, fecha y lugar de comisión, posibles motivos, tipo de maltrato producido, medios utilizados, denuncias anteriores por hechos similares, testigos.
- Se indicará a la víctima del derecho que tiene a ser asistida por el letrado que designe o por el que le corresponda de oficio. Si ha sufrido algún tipo de lesión y no ha sido asistida en un centro médico, se le ofrecerá la posibilidad de ser trasladada a uno para recibir la pertinente asistencia médica, en cuyo caso se adjuntará el parte médico a la denuncia presentada, en el caso de que no quiera esta asistencia médica se dejará constancia por escrito de esta circunstancia.

- Si no goza de ningún tipo de protección, se le informará de la posibilidad que tiene de solicitar la aplicación de una Orden de Protección, cumplimentando dicha solicitud y remitiéndola al Juzgado de Guardia.
- Se requerirá al denunciado para que realice sus manifestaciones sobre los hechos denunciados, procurando contrastar todos los términos en que se formula la denuncia, de forma que se pueda realizar el esclarecimiento de los hechos objeto de la investigación.
- Se recogerán las manifestaciones que realicen los testigos, sobre la base de las preguntas que se les formule para intentar esclarecer los hechos denunciados y confirmar o no las declaraciones formuladas tanto por la víctima como por el presunto agresor. En todo caso se tendrá en cuenta si es o no testigo ocular, su relación con la víctima y agresor, descripción detallada de los hechos denunciados y de otros si tuviera conocimiento, descripción de la ayuda prestada, etc.
- Se consignarán las declaraciones de cuantos agentes policiales hayan intervenido en el caso concreto, indicando las diligencias que hayan realizado para comprobar la veracidad de los hechos denunciados, medios de prueba empleados (vídeo, fotografía, etc.), comprobar la existencia de episodios anteriores semejantes, etc.
- Cuando se proceda a la detención del denunciado, debido a la existencia de suficientes indicios racionales sobre la autoría de un determinado hecho delictivo, se extenderá una diligencia de detención e información de derechos.
- En el caso de que al que presunto autor se le hubieren retenido algún arma, se extenderá una diligencia de su incautación y se dará cuenta a la autoridad gubernativa por si procediere la revocación de su autorización administrativa para portar armas. Si el agresor fuera un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o si fuera un trabajador de la seguridad privada, que por razón de su trabajo porte armas, se procederá a dar cuenta inmediata a su superior jerárquico de los hechos en los que está implicado.
- También se puede remitir a la Autoridad Judicial que conoce del caso otra serie de diligencias:
 - Indicando una relación detallada de los antecedentes penales y medidas adoptadas anteriormente como consecuencia de la aplicación de una orden de protección o resolución judicial de alejamiento motivada por episodios relacionados con malos tratos.
 - Remitiendo el informe médico, en el caso de haber precisado de atención médica por las lesiones ocasionadas, así como las fotografías de dichas lesiones.

- Indicando las medidas policiales que se han adoptado de forma cautelar para proteger a la víctima, asegurar su presencia y la del agresor ante la autoridad judicial que conocerá el caso, así como evitar que víctima y agresor concurren en el mismo espacio físico, hasta que la autoridad judicial competente adopte la resolución que corresponda.
- Sobre evaluación de riesgo para la víctima, que se hará teniendo en cuenta los datos recogidos durante el proceso de elaboración del atestado.
- Haciendo constar la remisión del atestado al órgano judicial encargado del caso.

El control y seguimiento de una orden de protección o de una medida de alejamiento acordada por el órgano judicial realizado por la unidad operativa responsable se hará de la siguiente:

- a) Analizando el riesgo que puede darse en cada caso concreto con el fin de graduar las medidas que adoptarán en cada situación que pueda presentarse. Para ello tendrán en cuenta todos los datos obtenidos en la fase de investigación y elaboración del atestado, así como los que proporcione la autoridad judicial que conoce el caso.
- b) Estudiando el contenido de la resolución judicial que permitan determinar los elementos que pueden contribuir a incrementar la seguridad de las víctimas.
- c) Adoptando las medidas de protección que sean adecuadas a la situación de riesgo que se trata de evitar: vigilancia policial, dotación de teléfono móvil, vigilancia electrónica, etc.
- d) Elaborando informes de seguimiento que se remitirán a la Autoridad Judicial competente si se considera necesario.
- e) Informando a la Autoridad Judicial competente de cualquier incidencia que suponga una variación de la situación existente, entre otras porque se haya reanudado la convivencia, se produzca un cambio de residencia o si la víctima renuncia al estatuto de protección concedido, para que adopte las medidas que considere oportunas.

Con el fin de establecer un sistema adecuado que permita comunicar inmediatamente cualquier incidencia que se produzca y que sea susceptible de afectar a la seguridad de la víctima, se debe disponer de un sistema que

permita el intercambio rápido de información, basado en las siguientes líneas de actuación:

- Establecimiento de las bases para el funcionamiento adecuado del Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, en el que se registrarán todos los datos que aporten los órganos judiciales, facilitar el acceso al mismo a la Policía Judicial y establecer un sistema de seguridad que permita la comunicación telemática de los datos.
- Desarrollo de un sistema telemático de intercambio de documentos entre los órganos judiciales y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que garantice la confidencialidad de la información transmitida. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden intercambiar entre otras: denuncias presentadas, solicitud de una orden de protección, atestado policial, diligencias practicadas e incidencias producidas. Las Autoridades Judiciales por su parte, les comunicarán las resoluciones que adopten con el fin de proteger a la víctima, así como cualquier modificación de las mismas; informes sobre las circunstancias personales, sociales y psicológicas de la víctima, su familia e imputado; la existencia de otros procesos penales abiertos y cualquier otra incidencia que sea susceptible de afectar a la seguridad de la víctima y de su entorno.

Todas las comunicaciones que remitan las autoridades judiciales serán enviadas de forma inmediata a la Unidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que sean competente en materia de violencia doméstica: Guardia Civil (EMUME), Cuerpo Nacional de Policía (SAM, UPAP), Policías Autonómicas y Policías Locales. Esto implica la puesta en marcha de unos mecanismos adecuados que permitan la coordinación adecuada entre los distintos cuerpos policiales.

4.- ULTIMAS MEDIDAS EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMESTICA ADOPTADAS POR EL NUEVO GOBIERNO

El Consejo de Ministros de 7 de mayo de 2004 aprobó el Plan de Medidas Urgentes para la Prevención de la Violencia de Género. Este acuerdo fue previo a la tramitación del actual proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Las principales medidas que figuran en este Plan son las siguientes:

1. El Fiscal General del Estado adoptará las medidas precisas y oportunas en el ámbito de su competencia y de sus funciones, incluyendo sobre todo:
 - Considerar prioritaria la persecución de los delitos relacionados con la violencia de género.

- Prestar especial atención a la adopción de medidas cautelares dirigidas a la suspensión, en los casos más graves, del régimen de visitas a los hijos establecido a favor del agresor.

- En caso de quebrantamiento de las órdenes de alejamiento, instar la inmediata detención y puesta a disposición judicial del infractor como posible autor del delito de quebrantamiento de medidas y se le podrá aplicar la prisión provisional.

- Fortalecer los mecanismos de cooperación entre el Ministerio Fiscal y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con el fin de elaborar un mapa de riesgo para la coordinación de actuaciones de prevención e intervención rápida.

- Elaborar un protocolo de denuncia que favorezca un modelo normalizado e integral de denuncias para un mejor conocimiento de la compleja situación personal y familiar, tanto de la víctima como del agresor, y que permita incorporar información completa sobre la situación física y el estado psíquico de los menores relacionados.

2. Aumentar las plantillas de las unidades especializadas en la asistencia y protección de la mujer dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
3. Potenciar la colaboración ente el Ministerio de Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias, a través del Convenio Marco de Colaboración, para que los Cuerpos de Policía Local participen de forma más coordinada y eficaz en la vigilancia y cumplimiento de las órdenes de protección dictadas por la Autoridad Judicial.
4. El Gobierno remitirá a los Delegados y Subdelegados del Gobierno una Circular estableciendo las actuaciones que con carácter prioritario y urgente deben adoptarse en orden a la ejecución de medidas urgentes en la lucha contra la violencia de género.
5. Establecer nuevos criterios sobre colectivos prioritarios de las políticas activas de empleo, a fin de incluir en los mismos a las víctimas de violencia de género. Con las Comunidades Autónomas con transferencias en materia de políticas activas de empleo, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales pondrá en marcha mecanismos de cooperación, como contratos-programa y Conferencia Sectorial, a fin de dar prioridad a las víctimas de violencia de género en la participación en los programas de fomento de empleo.
6. La Secretaría de Estado de Asuntos Sociales, Familia y Discapacidad asumirá, a través del IMSERSO, la cobertura del servicio de

7. Se ampliará la cobertura de la Renta Activa de Inserción al colectivo de víctimas de violencia de género⁴⁸.

El Consejo de Ministros aprobó el 25 de junio de 2004, la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la mujer. Esta remisión se produce una vez recibidos los dictámenes preceptivos del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Estado, del Consejo Escolar del Estado y del Consejo Económico y Social.

Ninguno de los dictámenes de estos órganos sugiere desviaciones constitucionales, a excepción del voto mayoritario del Informe del Consejo General del Poder Judicial, que ha sido acompañado de cuatro votos particulares formulados por un total de nueve de sus integrantes. El informe aprobado por el CGPJ puede estimarse que formula un juicio de descalificación objetiva y global de la iniciativa del Gobierno. Los demás órganos, por el contrario, emiten un juicio favorable sobre la necesidad, oportunidad jurídica y contenidos normativos de esta iniciativa. En todos ellos se realizan un número considerable de observaciones tanto de técnica jurídica como gramaticales que han sido incorporadas al Proyecto.

El Consejo de Estado ha alertado para que no se produzcan abusos con la aplicación de las medidas cautelares. El dictamen señala que el mantenimiento de tales medidas cautelares *“exige observar, con especial cuidado, principios esenciales de nuestro Derecho Penal, como el de la proporcionalidad, puesto que éstas medidas atañen al núcleo de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución (artículos 17, 18 y 19 CE) y debe ser evitada la precipitación en su adopción, o su utilización abusiva”*. Además, recomienda que, *“además del análisis del fenómeno al que responde la iniciativa”*, haya *“una mayor reflexión sobre los instrumentos más adecuados para abordarlo de la manera más eficaz”*.

En conclusión, nuestra valoración se aproxima a la realizada por el Consejo de Estado, que señala las mismas dificultades encontradas por nosotros en el aspecto represivo y sancionador. Desde esta óptica la conversión de las faltas de amenazas leves y coacciones leves en delito cuando sean cometidas por hombres pueden plantear no sólo problemas con los principios de proporcionalidad y culpabilidad, como dice el Consejo de Estado, sino también puede plantear problemas con el principio de igualdad como dice el Informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo

⁴⁸ Recibirán, con carácter preferente, acciones de inserción laboral, la prestación económica de 345 euros mensuales durante diez mensualidades y la ayuda en pago único para cambio de residencia en cuantía equivalente a tres mensualidades de la prestación por Renta Activa de Inserción. Si la víctima tiene orden de protección, la prestación económica se percibe desde el momento de la solicitud, a diferencia del resto de los beneficiarios que deben esperar tres meses.

General del Poder Judicial⁴⁹, ya que no debe olvidarse que los delitos de lesiones, amenazas y coacciones protegen el mismo bien jurídico con independencia del sexo de la víctima. Por otro lado, los beneficiarios de la aplicación de las medidas represoras o sancionadoras no deben ser únicamente las mujeres, que lo serán mayoritariamente por la realidad que nos rodea, sino cualquier sujeto que sea el ofendido o víctima del delito, aunque el Consejo de Estado se limita a apuntar con carácter especial a los hijos como víctimas de la violencia ejercida contra las mujeres.

Finalmente, respecto de la especialización jurisdiccional, no habría problema alguno en aceptar una especialización funcional, pero lo que se pretende es la creación de una jurisdicción especial por razón del sexo de la víctima⁵⁰, lo que pertenece, como ya se ha dicho, al Antiguo Régimen, y sobre lo que el dictamen del Consejo de Estado guarda silencio; no obstante, también son destacables las dificultades indicadas por el Consejo de Estado, en el sentido de que pueda resultar excesivo crear un órgano jurisdiccional de este tipo por cada partido judicial y sobre el hecho de la extensión de competencias en materia civil en órganos jurisdiccionales que tienen un carácter predominantemente penal.

Con carácter general se han recogido todas aquellas observaciones que denunciaban posibles discordancias del Anteproyecto con normas preexistentes en el ordenamiento jurídico español, especialmente en los ámbitos educativo, penal y procesal. Asimismo, se han incorporado las sugerencias que inciden en la mejora de la protección que se ofrece a las víctimas en el ámbito laboral y funcional. No han sido atendidas, sin embargo, aquellas propuestas que contradicen de forma directa el espíritu de la Ley. Esta ley apuesta por la introducción en el ordenamiento jurídico español de medidas de acción positiva que tratan de subvertir la situación de desigualdad que, presente en la conciencia colectiva, afecta de forma directa a la mujer.

Dentro de las modificaciones aceptadas pueden resaltarse las siguientes:

Denominación de la Ley.- El Proyecto de Ley Orgánica que se remite al Congreso de los Diputados recupera la denominación "Violencia de Género". Dicha denominación ha sido criticada en términos lingüísticos y también desde un punto de vista conceptual, pero se utiliza en la medida en que la expresión "género", en castellano, abarca tanto la violencia sobre el hombre como sobre la mujer. Además se trata de un término ampliamente arraigado en los ámbitos internacionales y utilizados por todas aquellas asociaciones que han abanderado la lucha contra la violencia sobre la mujer.

⁴⁹ Vid. El Informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, siendo ponente el Excmo. Sr. Vocal D. José Luis Requero Ibáñez.-

⁵⁰ Ibidem.

Objeto de la Ley.- Se adecua el objeto de la Ley a los objetivos perseguidos por la misma, cuales son combatir la violencia padecida por las mujeres, con el fin último de conseguir su erradicación, a través de la adopción de un conjunto de medidas cuya finalidad es la protección integral de las víctimas, tanto desde el punto de vista de la prevención y la sanción del agresor, como desde la asistencia total a quienes la sufren.

El Proyecto circunscribe su ámbito de aplicación a la violencia que sufren las mujeres cuando el agresor es o ha sido su cónyuge o esté o haya estado ligada al mismo por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, pues, prescindiendo de las previsiones de índole general que tratan de avanzar en el respeto a la dignidad consustancial de la mujer, la mayoría de sus preceptos se centran, no genéricamente en toda violencia que sufre la mujer por el hecho de serlo, sino en la violencia que se dirige específicamente contra ella por la relación singular que tiene con el agresor

Asimismo, el Proyecto, en el que se elimina toda intención finalista, opta por una descripción de la violencia perseguida como manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, manifestación latente en la conciencia colectiva y que tiene su plasmación más clara en el ámbito de las relaciones afectivas.

Menores.- Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas indirectas o mediatas de esta violencia. La Ley contempla también su protección, no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer. Así, los menores tendrán derecho a las prestaciones de los servicios sociales cuando se encuentren bajo la patria potestad o guardia y custodia de la persona agredida.

Ámbito laboral.- Se recogen bonificaciones para las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a las trabajadoras, víctimas de violencia sobre la mujer, que hayan debido suspender su contrato de trabajo para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia integral.

Se establece también la necesaria coordinación de los servicios públicos de empleo para facilitar el acceso al trabajo de las mujeres que, por razón de la violencia, se hayan visto obligadas a cambiar el lugar de trabajo y residencia.

Se garantiza la equidad interterritorial en la implantación de los servicios sociales de asistencia a las víctimas de violencia, a través de la dotación de un fondo específico dirigido a este fin.

Ámbito educativo.- Se contempla la integración en todos los Consejos Escolares de miembros que velen por la aplicación de los principios de igualdad entre hombres y mujeres y la resolución pacífica de conflictos.

Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para garantizar la formación inicial y permanente del profesorado en materia de igualdad.

Se extiende a la formación profesional la obligatoriedad de incluir entre sus fines y principios reguladores las técnicas de prevención y resolución pacífica de conflictos.

Vivienda y residencias de mayores. Se favorece a las víctimas de violencia el acceso a las residencias de mayores, como colectivo preferente.

5.- FORMACIÓN ESPECIALIZADA

Es en el año 1995 cuando la Dirección de la Guardia Civil, a través del Servicio de Policía Judicial, diseña la implantación de un programa específico para atender aquellos delitos, cuyas víctimas eran mujeres y niños, por Especialistas Mujer-Menor (EMUME). A este grupo de profesionales se les impartió una formación específica orientada hacia este grupo de riesgo con el fin de que su intervención en los casos que se produzcan sea rápida, las denuncias se tramiten de forma adecuada y los reconocimientos médicos se realicen con la suficiente rapidez y rigor que impidan que los indicios y lesiones producidas desaparezcan.

En una primera fase que concluyó en 1996, se produjo el despliegue en todas las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de Comandancia, con la incorporación de una mujer especialista en la investigación de esta tipología delictiva y se completó con la creación del Emume central, encargado de realizar tareas de formación, apoyo y coordinación de los especialistas que integran los diferentes equipos encargados de proporcionar una protección integral a las víctimas de estos delitos. En esta primera fase se incorporaron 54 mujeres, cifra que se duplicó en la segunda y pasó a 118 efectivos, estando previsto que se incremente el número a 4/5 miembros en algunos equipos, hasta alcanzar los 132 especialistas.

Una de las medidas del Plan de Medidas Urgentes para la Prevención de la Violencia de Género, aprobado por el Consejo de Ministros de 7 de mayo de 2004, es aumentar las plantillas de las unidades especializadas en la asistencia y protección de la mujer dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Estas son las Unidades de Prevención, Asistencia y Protección contra los malos tratos a mujeres (UPAP), integradas por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, y los EMUME, o Especialistas para hacer frente al incremento de delitos contra las mujeres, integrados en las

unidades de Policía Judicial de cada Comandancia de la Guardia Civil. Estas unidades se aumentarán en 200 y 250 efectivos del CNP y de la Guardia Civil respectivamente. A tal fin se realizarán campañas de divulgación del funcionamiento de estas unidades entre los funcionarios policiales y se ofrecerán dichas plazas a funcionarios que se encuentren en situación de segunda actividad.

Además, tal como indica la Recomendación del Consejo de Europa (2002)⁵¹ del Comité de Ministros sobre la protección de las mujeres contra la violencia (adoptada el 30 de abril de 2002), es necesario fomentar la “*formación especializada de los profesionales que se enfrentan a la violencia contra las mujeres*”, por lo que devienen especialmente importantes los diferentes Planes de Formación que desarrollen las distintas instituciones y administraciones públicas⁵¹.

6.- ANÁLISIS ESTADÍSTICO

El desconocimiento de las causas que desencadenan este tipo de violencia obstaculiza las actividades que se deben realizar para combatirla. La falta de datos hace difícil la realización de estudios, la formulación de políticas y su implantación. Por ello, es necesario llevar a cabo actividades sistemáticas de investigación, análisis y difusión de datos sobre el alcance, carácter y las consecuencias de la violencia doméstica. Una de las herramientas más importantes con que contamos es la estadística. No obstante, su utilidad es limitada, debido a los numerosos cambios legislativos que se han producido desde el año 1998, así como a los cambios de criterio aplicados en la recogida de los datos. En este sentido, y a modo de ejemplo hay que tener en cuenta que el Ministerio del Interior hasta el año 2002 no recogía las agresiones a las víctimas que no tuviesen una relación formalizada con el agresor. Es decir, las víctimas mortales a manos de sus compañeros sentimentales no eran incluidas

⁵¹ El proyecto de ley también recoge la necesaria especialización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el artículo 27: “1. El Gobierno establecerá, en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, unidades especializadas en la prevención de la violencia sobre la mujer y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas. 2. El Gobierno, con el fin de hacer más efectiva la protección de las víctimas, promoverá las actuaciones necesarias para que las Policías Locales, en el marco de su colaboración con las Fuerzas de Seguridad del Estado, cooperen en asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas por los órganos judiciales cuando éstas sean algunas de las previstas en la presente Ley o en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el artículo 57 del Código Penal”. También Montserrat Comas considera que tiene que haber una especialización: “tanto policías, como fiscales, jueces y todas aquellas personas que tienen que resolver cuestiones relativas a la protección de las víctimas deben tener una formación específica, conocer las leyes que el Parlamento constantemente cambia, para que sean eficaces. Es necesario que estén muy concienciados y bien formados respecto a la mejor forma de abordar la protección. Por tanto la formación debe ser integral, lo cual significa no sólo jurídica. Hay que ser muy buen conocedor de las leyes que el Parlamento dicte. Además es esencial conocer las causas que favorecen la violencia contra la mujer; las razones por las que las víctimas tardan años en denunciar y los miedos que tienen esas víctimas. Hay que poder atenderlas en el momento en que acuden a los servicios policiales con toda la información que ellas requieren acerca de dónde podrán encontrar la asistencia sanitaria y psicológica que precisan en aquel momento. Y todo eso requiere una formación integral”.

en la estadística oficial, por lo tanto, las cifras hay que interpretarlas con las matizaciones pertinentes.

La estadística relativa a las denuncias de malos tratos muestra claramente que el ofendido es habitualmente la mujer. Así, de las 76.000 denuncias registradas en el año 2003, el 90% se interpusieron por mujeres; de las 6.004 órdenes de protección concedidas durante ese año, el 92,5% se acordaron en beneficio de las mujeres y a fecha de 6 de julio son 36 mujeres las que han perdido la vida.

Aunque las víctimas son mayoritariamente mujeres, los niños y los mayores, por su vulnerabilidad, también son objeto de agresiones. Ocho menores han muerto en lo que va de año a manos de sus progenitores y los expertos en este problema estiman que sólo un 10 ó un 20% de estos casos de maltrato se denuncian⁵².

Finalmente, no hay que olvidar que el varón en su condición de pareja o expareja o relación de análoga afectividad, también puede ser, y de hecho es, víctima de malos tratos.

6.1 Análisis de las denuncias

Según un estudio publicado por el Observatorio sobre Violencia Doméstica y de Género, el 41% de las personas que fueron juzgadas en el año 2003 por delitos o faltas relacionadas con la violencia doméstica fueron absueltas. En dicho informe, podemos ver que durante el año pasado llegaron a los juzgados 76.267 denuncias de las cuales se tramitaron 66.188. Un 13,2% fueron retiradas, motivo por el que se archivaron los procedimientos. Por otro lado, las denuncias que finalizaron en juicio supusieron el enjuiciamiento de 57.176 personas, resultando 33.329 justiciables condenados y 23.447 absueltos⁵³.

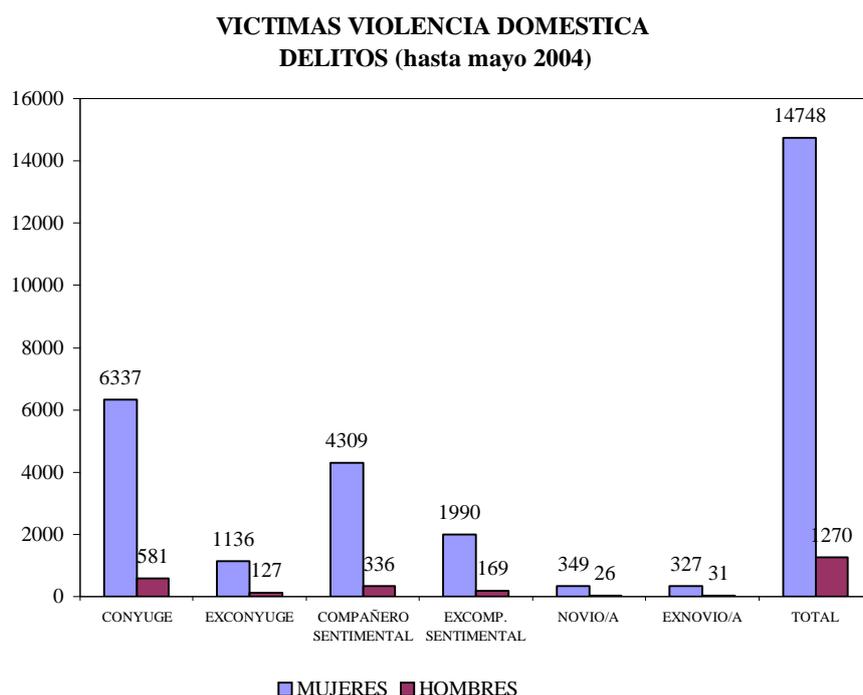
Las mujeres representan el 90% del número total de víctimas que han presentado denuncias (66.542) y, de aquéllas, el 83% son españolas. En función del porcentaje de población, las víctimas de nacionalidad española alcanzan una tasa de 0,14 por cada 1.000 habitantes, mientras que las víctimas extranjeras tienen una tasa del 0,46 por cada 1.000 habitantes.

⁵² El Defensor del Menor, Pedro Núñez Morgades opina que “*se habla mucho de violencia doméstica y se identifica con la que padecen las mujeres, pero la realidad es que los malos tratos a niños y mayores siguen siendo los grandes ignorados cuando generalmente se están produciendo simultáneamente. Cuando hay una mujer maltratada, los hijos también lo están, física o psicológicamente y su desprotección es aún mayor*”.

⁵³ El informe no incluye datos sobre la causa de las absoluciones, que podrían tener que ver con la falta de pruebas suficientes para condenar o con la carencia de fundamento de las denuncias.

En el gráfico nº 1 se recogen las cifras sobre las denuncias interpuestas por las víctimas de delitos de violencia doméstica hasta mayo de este año con relación al agresor, si es pareja o expareja de la víctima y distinguiendo entre los diferentes grupos de relaciones de afectividad que puedan unirle con la víctima, así como el sexo del mismo. A la vista del gráfico podemos afirmar que el sexo es determinante, siendo porcentualmente muy significativo el número de casos en el que la mujer aparece como denunciante y el hombre como denunciado.

Gráfico nº 1



6.2 Análisis de las muertes

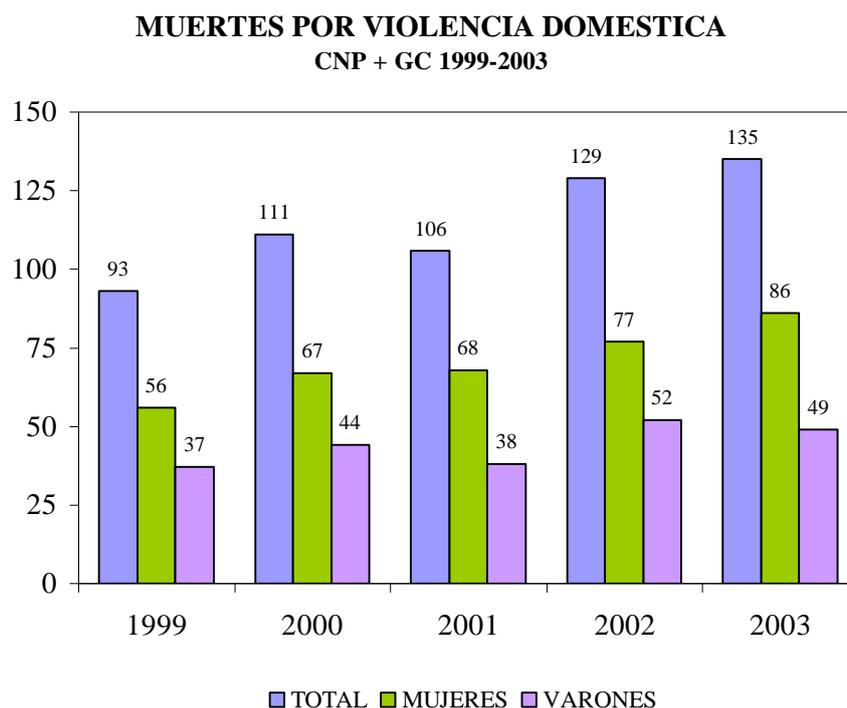
De todos los datos estudiados, el referido a las muertes por violencia doméstica es el que permite realizar un análisis más real del problema ya que se trata de datos constatables y en la mayoría de los casos irrefutables. A pesar de todo, las cifras varían dependiendo del organismo o institución que las ofrece. Así por ejemplo, para la Red Estatal de Organizaciones Feministas contra la Violencia de Género, la cifra de víctimas es mayor de 354, que es el dato ofrecido por el Ministerio del Interior⁵⁴. Para el Consejo General del Poder Judicial tan sólo han fallecido en el pasado año 22 hombres, resultando la cifra

⁵⁴ Los datos de la Red Estatal de Organizaciones Feministas contra la Violencia de Género se han obtenidos de las noticias aparecidas en la prensa. Entre el año 1999 y el 2003, según los datos del Ministerio del Interior, 354 mujeres murieron a manos de sus maridos, parejas o ex compañeros.

de varones fallecidos por violencia doméstica inferior a la recogida en los datos del Ministerio del Interior⁵⁵.

Hemos de advertir que el análisis de las víctimas por violencia doméstica lo vamos a realizar con los datos del Ministerio del Interior comprendidos entre el año 1999 y el año 2003, teniendo en cuenta como ya se ha hecho, que hasta el año 2002 no se recogían las agresiones entre parejas legalmente no formalizadas.

Gráfico nº 2

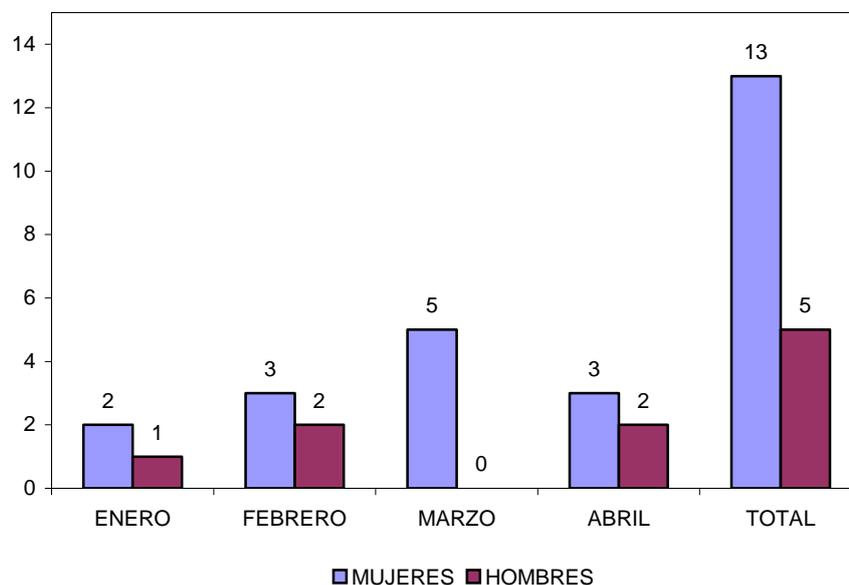


El siguiente gráfico referido únicamente a las relaciones de pareja (cónyuge o análogo) y, que comprende solamente los cuatro primeros meses del año 2004, recoge las víctimas mortales por violencia doméstica en función del sexo de la víctima.

Gráfico nº 3

⁵⁵ En el año 2003 la cifra que el Ministerio del Interior da sobre las muertes por violencia doméstica es de 49.

**VICTIMAS DE HOMICIDIO/ASESINATO
POR SU CONYUGE O ANÁLOGO
ENERO/ABRIL 2004**



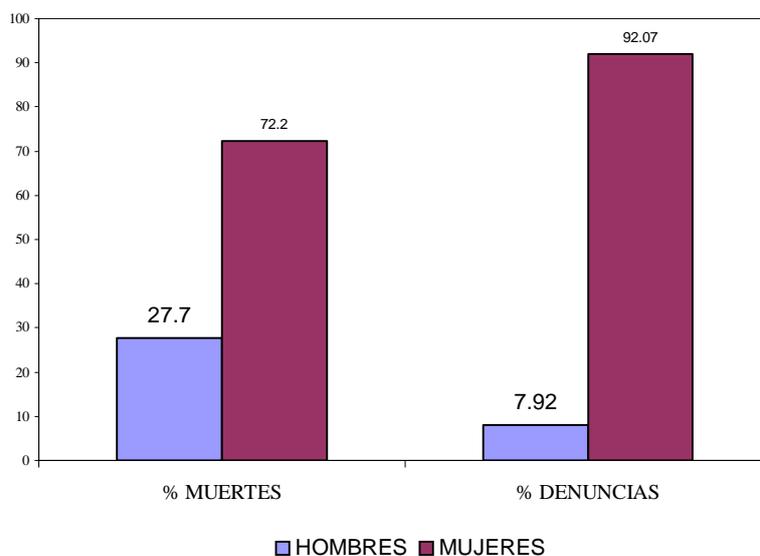
A la vista de los gráficos ya estudiados, se observa una gran diferencia entre los datos que reflejan las víctimas mortales y los datos que recogen las denuncias presentadas. En este sentido los datos referidos a la mortalidad siguen situando a la mujer como víctima principal de esta conducta delictiva, pero a la vez se demuestra que el hombre no sólo puede ser víctima, sino que es también en un porcentaje importante ofendido por este delito, tanto en su condición de descendiente y ascendiente, como en la de pareja o expareja.

Por ello, nos encontramos ante un ilícito penal cuya característica principal es que entre el agresor y la víctima existe o ha existido una relación de afectividad, convirtiéndose aquél en sujeto dominante de la relación y habitual agresor y la víctima en sujeto dominado y en estado de permanente agresión.

Ello sigue justificando que hablemos de violencia doméstica o violencia familiar y que encontremos en la cultura machista la causa justificativa de esta diferencia estadística entre víctimas mortales y denuncias. Esta cultura machista justifica que sea la mujer la ofendida en el mayor número de casos, pero también explica la escasez de denuncias presentadas por los hombres.

Gráfico nº 4

**PORCENTAJES DE DENUNCIAS Y VICTIMAS
PERIODO ENERO-ABRIL 2004**



Para comprender la magnitud del problema es conveniente comparar los datos estadísticos estudiados, con los de algunos países de nuestro entorno político. En este sentido son esclarecedores los datos que recogemos en la siguiente tabla correspondiente al año 2000⁵⁶.

	MUERTES	TASA ⁵⁷
ALEMANIA	224	5,34
BELGICA	55	10,61
DINAMARCA	21	7,85
ESPAÑA	67	3,27
FINLANDIA	26	9,8
HOLANDA	17	2,13
IRLANDA	6	3,19
LUXEMBURGO	1	4,57
NORUEGA	20	8,88
POLONIA	33	1,66
PORTUGAL	26	5,07
REINO UNIDO	179	5,98
RUMANIA	147	12,93
SUECIA	21	4,68

⁵⁶ Sanmartín, José; Molina, Alicia y García, Yolanda: Informe Internacional 2003: "Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja". Valencia. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, 2003.

⁵⁷ La tasa a la que se hace referencia es el número de muertes por cada millón de mujeres.

La tasa del año 2000 para España era de 3.27, lo que nos permite afirmar que se encontraba en una posición mejor que la mayoría de los países analizados. En cambio la tasa del año 2003 asciende a un 4,19, si bien es necesario reiterar, aun con el peligro de incurrir en redundancia, que en el año 2002 se empezaron a contabilizar como supuestos de violencia doméstica agresiones que hasta ese momento no eran consideradas como tales⁵⁸.

A pesar de todo, con la tasa de 4,19, España se encuentra en una posición más favorable que otros países donde la igualdad de sexos se encuentra más consolidada (Noruega, Suecia, etc...).

Ello nos lleva a plantearnos si los esfuerzos policiales y judiciales que se están realizando son proporcionales a la dimensión del problema, ya que los recursos materiales, personales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de los órganos jurisdiccionales son limitados, de modo que el sobreesfuerzo en una faceta supone reducir la eficacia en otros sectores relativos a la seguridad.

Juan Carlos González Sanmillán
Francisco José Alés Moreno
Pilar Elvira Piqueras Durán

⁵⁸ Desconocemos cómo se ha realizado la estadística de los países analizados. Sin embargo, entendemos que la fuente citada en el pie de página anterior ha recogido datos homogéneos de todos estos países.

EL DESARROLLO DE LAS ESCALAS FACULTATIVAS EN LA GUARDIA CIVIL

Hoy en día nuestra sociedad exige de la administración pública servicios de mayor calidad, y más si se trata de una de las cuestiones que preocupa al ciudadano: la seguridad. Por tanto, la Guardia Civil debe exigirse aumentar la calidad de su trabajo para seguir dando a los españoles el servicio que éstos requieren. La sociedad actual está en continuo cambio y el Cuerpo ha de adaptarse rápidamente, objetivo que se consigue mediante la, cada vez mayor, cualificación de sus miembros.

Esta intención ha perseguido el legislador al agrupar a sus miembros en Escalas, en función de las facultades profesionales asignadas al conjunto de los empleos de cada una de ellas y del grado educativo exigido para la incorporación, renombrando las existentes y creando otras dos: Facultativa Superior y Facultativa Técnica¹, con la finalidad de cubrir áreas muy especializadas dentro del ámbito de actuación del Instituto, y con el objeto de adaptarse a los avances tecnológicos que se producen en el ámbito de la investigación policial.

Éste ámbito constituye la razón de ser de las escalas Facultativas, prestar unos servicios que requieren conocimientos científicos y técnicos adquiridos en las diferentes escuelas y facultades universitarias, y consecuentemente realizar funciones de asesoramiento especializado para que los órganos de gestión y dirección tengan en sus manos la información científica y técnica necesaria en las que fundamentar sus decisiones.

Todas las instituciones tanto públicas como privadas, entienden que uno de los indicadores de calidad y buen funcionamiento de una institución o empresa es una buena política de gestión de recursos humanos. La Guardia Civil no debe dar la espalda a este hecho, debiendo poseer una política donde se especifiquen claramente los objetivos a los que debe tender la institución en cuestión de recursos humanos. Y esta gestión de recursos humanos se realizará, hasta el año 2005, mediante personal del Cuerpo que disponga de las titulaciones abriéndose el ingreso a personal civil a partir de esa fecha.

Aunque la creación de estas escalas es un hecho, todavía son cuestionadas. Hay quienes piensan que no son necesarias. En este sentido, no se puede obviar la realidad y renunciar a que existan en la Institución personas que poseen unos conocimientos científicos y técnicos altamente cualificados, que elevan la calidad del trabajo que se realiza en el Cuerpo. Una de las características de la sociedad actual consiste en que los conocimientos son efímeros y actualizados constantemente, necesitando por tanto personas que posean los conocimientos adecuados para determinados puestos de trabajo muy específicos y especializados. Se deben aprovechar los recursos humanos existentes, ya que estos hombres y mujeres no necesitan una adaptación a las peculiaridades de la Guardia Civil pues poseen un conocimiento lo

¹ LRPGC, artículo 11.

suficientemente extenso de la Institución para poder conocer de primera mano sus necesidades, objetivos, funciones, relaciones, etc.

La creación de estas escalas supone el reconocimiento al trabajo especializado que algunos Guardias Civiles realizan en sus respectivas unidades, para el cual se requiere una carrera universitaria, y que en la mayoría de los casos es cursada al tiempo que se compatibiliza con sus cometidos en el desarrollo de la profesión.

Este reconocimiento es importante ya que su carencia podría tener consecuencias no deseables ni acordes con una adecuada política de personal. Concretamente puede ocurrir que este personal al no encontrar incentivos personales abandone la Guardia Civil y, en consecuencia, que se vayan personas ya formadas y con dilatada experiencia profesional. Por otra parte, puede ocurrir que permanezcan en el Cuerpo pero con un importante grado de desmotivación y desinterés en su trabajo, realizándolo pero empleando un esfuerzo muy por debajo de sus posibilidades. Con este reconocimiento se exigirá una mayor eficacia y eficiencia en su quehacer diario, y se supondrá un estímulo para impulsar investigaciones fructíferas para el futuro de la Guardia Civil.

La Jefatura de Enseñanza, en el ámbito de su responsabilidad, ha de formar al personal que supere el correspondiente proceso selectivo de ingreso en el centro docente de formación, y prepararlo para la incorporación a la Escala Facultativa Superior o Facultativa Técnica, según corresponda.

Es en este punto donde cabe preguntarse qué tipo de formación y contenidos debe proporcionar el sistema de enseñanza del Cuerpo para que el producto final sea un buen profesional que sepa combinar y adaptar la formación recibida previamente en el ámbito del sistema educativo general, de carácter principalmente técnico, con la profesional del Cuerpo.

La respuesta a esta interrogante se encuentra en la propia Ley de Personal, ya que establece como objetivos del sistema de enseñanza de la Guardia Civil la formación integral, la capacitación profesional específica de quienes han de integrarse en cualquiera de las Escalas del Cuerpo, y la permanente actualización de sus conocimientos en los ámbitos científico, técnico, militar y de gestión de recursos².

El desarrollo de dicha enseñanza se ha plasmado en los proyectos de Órdenes Ministeriales de planes de estudios de la enseñanza de formación para el acceso a las Escalas Facultativa Superior y Facultativa Técnica del Cuerpo de la Guardia Civil, que ajustándose a los criterios señalados en la Ley 42/99, tienen las siguientes finalidades:

- a) Impartir la formación necesaria para adquirir la condición de militar de carrera de la Guardia Civil.

² LRPGC, artículo 19.

- b) Integrar las enseñanzas teóricas y prácticas de carácter profesional con la formación humana necesaria para el desempeño de las funciones asignadas al Cuerpo de la Guardia Civil, y de acuerdo con los principios básicos de actuación contenidos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- c) Complementar la formación, acreditada con el título exigido para el ingreso en el centro docente de formación para el acceso a las Escalas Facultativas, proporcionando al alumno la capacitación profesional necesaria para el desarrollo de los cometidos y el ejercicio de las facultades que les van a ser encomendadas con su incorporación a la Escala correspondiente.

Veamos a continuación cómo se accede a la enseñanza de formación y los aspectos más destacables de los planes de estudios correspondientes.

ACCESO A LA ENSEÑANZA DE FORMACIÓN.

Mediante el Real Decreto 597/2002 se aprueba el Reglamento general de ingreso en los centros de formación de la Guardia Civil. En él se contemplan el acceso directo y el cambio de escala como modalidades de acceso a la enseñanza de formación para la incorporación a las Escalas Facultativas.

Oferta de empleo público

La Dirección General del Cuerpo, dentro de su política estratégica de recursos humanos, anualmente estudia las necesidades de personal del Cuerpo, y dentro de éstas, aquellos puestos de trabajo donde se requiere la presencia de cierto personal con unos conocimientos validados por un título de grado universitario.

Hasta la fecha, la forma de acceso utilizada ha sido sólo la de cambio de escala, ya que está previsto cubrir las vacantes en las dos escalas con personal perteneciente a la Guardia Civil hasta el año 2004 inclusive³. Es de suponer que en la oferta de empleo público del año 2005, y siguientes, se reserven plazas también para la modalidad de acceso directo.

Conocido es que en el Cuerpo no se dispone de personal licenciado o diplomado en ciertas áreas de conocimiento, por lo que será necesario publicar aquellas que sean necesarias y de las que no se disponga por acceso directo.

Hasta la fecha han sido ofertadas y cubiertas las siguientes plazas en cada una de las áreas de conocimiento:

³ LRPGC, Disposición transitoria octava y RD 597/2002, Disposición transitoria segunda.

ÁREA DE CONOCIMIENTO	AÑO					
	2002		2003		2004	
	PUBLICADAS	CUBIERTAS	PUBLICADAS	CUBIERTAS	PUBLICADAS	CUBIERTAS
ESCALA FACULTATIVA SUPERIOR						
L. Psicología	7	7	12	12	13	
L. Biología	5	5	5	4	4	
L. Química	2	2	3	3	3	
L. Farmacia	2	2				
I. Telecomunicaciones	1	1				
I. Informática	2	S.P.				
L. Veterinaria	2	2	1	1		
L. Filología Hispánica	1	1			1	
L. Medicina	1	1	1	1		
L. Geología	1	1				
L. Física	1	S.P.	1	S.P.		
L. Ciencias de Educación			2	1	2	
L. Sociología					1	
L. Ciencias de la Información					1	
L. Filología Inglesa					2	
Arquitecto					1	
ESCALA FACULTATIVA TÉCNICA						
I. Tco. Telecomunicaciones	2	1				
Ingeniero Tco. Informática	5	5	8	8	7	
Diplomado Enfermería	5	2	8	8	13	
Ingeniero Tco. Industrial	2	2	4	3	2	
Diplomado Biblioteconomía	2	2				
Diplomado Estadística	2	1			1	
Arquitecto Técnico	1	1				
I. Tco. Obras Públicas	1	1				

*S.P.- Sin peticionarios

Proceso selectivo

Los aspirantes a participar en los procesos selectivos tienen que cumplir una serie de condiciones generales, comunes para el ingreso en el centro de formación correspondiente a cada escala, y otras particulares para el ingreso por cambio de escala o acceso directo. Estas condiciones particulares afectan a los aspirantes para el acceso a las dos escalas Facultativas⁴, y son:

⁴ RD 597/2002, artículo 20.

- Estar en posesión de las titulaciones del sistema educativo general en las áreas de conocimiento que se determinen en las correspondientes convocatorias, de acuerdo con la oferta de empleo público.
- No tener cumplida ni cumplir, dentro del año en que se publiquen las correspondientes convocatorias la edad de cincuenta (50) años por cambio de escala, ni de treinta y tres años por acceso directo.
- No superar el número máximo de tres convocatorias.
- Encontrarse en la situación de servicio activo o en la de servicios especiales o en los supuestos e) o f) del artículo 83.1 de la Ley 42/1999.

Para los Tribunales de selección se ha contado con personal tanto del Cuerpo como ajeno al mismo. Entre estos últimos cabe destacar además de miembros de las Fuerzas Armadas a catedráticos y profesores titulares de la Universidad Complutense y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

El proceso selectivo se realiza con criterios muy exigentes, pues a la extensión de los temarios tanto de materias profesionales como del área de conocimientos hay que unir los mínimos requeridos para aprobar tres pruebas teórico-prácticas anteriores a las pruebas físicas, destacando, además, la exposición del ejercicio práctico realizado ante los expertos del Tribunal. Esto puede comprobarse en el cuadro anterior donde se aprecia que han quedado sin cubrir diferentes plazas ofertadas.

ENSEÑANZA IMPARTIDA

La existencia de estas dos formas de acceso obliga a establecer distintas etapas de formación en los cursos académicos de los que consta esta enseñanza, una vez superados los respectivos procesos selectivos y haber ingresado en el centro docente.

En consecuencia, los procedentes de acceso directo deberán recibir una formación militar y profesional básica para adquirir conocimientos que los de cambio de escala ya poseen, y a partir de ese momento recibir formación común con los procedentes de la otra modalidad de acceso, es decir, formarse para desarrollar los cometidos propios de un Oficial de la Guardia Civil y, además, aplicar los conocimientos adquiridos en la educación universitaria en los campos que la Guardia Civil necesite cubrir.

Centro Docente de Formación

La enseñanza desarrollará en Academias pertenecientes a la estructura del Ministerio de Defensa y de la Dirección General de la Guardia Civil donde se imparta la enseñanza de formación para la incorporación a las Escalas Superior de Oficiales y de Oficiales.

La Academia de Oficiales de la Guardia Civil, en Aranjuez, es el centro elegido para impartir las enseñanzas tendentes a la incorporación a las dos escalas.

Planes de Estudios

La posibilidad de dos formas de acceso para cada escala obliga a estructurar el plan de estudios de éstas, de duración un curso académico, en cuatro etapas o períodos ordenados cronológicamente. Los dos primeros serán realizados por los alumnos procedentes de acceso directo, y los dos últimos por todos los alumnos independientemente de la modalidad de acceso al centro docente.

Lógicamente al tratarse de dos escalas diferentes, el contenido de las materias de enseñanza y asignaturas es distinto, apreciándose más las diferencias a la hora de desarrollar cada plan de estudios en sus programas correspondientes.

La estructura y contenido de los dos proyectos de planes de estudios es muy similar. Cada plan se estructura en cuatro períodos:

- El primero, de formación militar de carácter general.
- El segundo, de formación profesional básica.
- El tercero, de formación profesional específica.
- El cuarto, de formación profesional facultativa.

Período de formación militar carácter general

Con una carga lectiva de once (11) créditos y duración de ocho (8) semanas, en este período se recibirá la formación militar básica necesaria para adquirir, una vez superado el plan de estudios, la condición de militar de carrera de la Guardia Civil, al pertenecer a un instituto de naturaleza militar.

Se desarrollará según se contempla en la Orden Ministerial 258/2002, por el que se aprueban los Planes de Estudios de la Enseñanza Militar de Formación para la incorporación a las Escalas Superiores de Oficiales y Escala de Oficiales, de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, y constará de las siguientes fases:

- 1ª Fase, inicial o de instrucción militar básica, que se cursará en una de las Academias Generales de la estructura docente del Ministerio de Defensa.
- 2º Fase, de formación en las características específicas del Ejército de Tierra, en la Academia General Militar⁵.

Período de formación profesional básica

Con una carga lectiva de dieciséis (16) créditos y duración de ocho (8) semanas, en este período se impartirán los conocimientos generales vinculados a su condición de miembros de la Guardia Civil. Este segundo

⁵ LRPGC, artículo 20.4 “los que vayan a incorporarse a las escalas facultativa Superior y Facultativa Técnica por acceso directo cursarán una fase de formación militar en la Academia General Militar del Ejército de Tierra”.

período de formación se cursará en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil.

Los conocimientos generales mencionados se agrupan en las siguientes materias de enseñanza:

- Seguridad Pública, constituida por las asignaturas Estructura policial española, Estructura y organización de la Guardia Civil, y Protección Civil.
- Recursos Humanos.
- Derecho Penal.
- Derecho Procesal Penal.
- Derecho Constitucional.
- Historia de las Instituciones españolas.

Período de formación profesional específica

Con una carga lectiva de veinticinco (25) créditos y duración de doce (12) semanas, en este período se impartirán conocimientos que permitan ampliar los de carácter profesional y adquirir aquellos propios de los miembros pertenecientes a la categoría de Oficiales de la Guardia Civil, en función de los cometidos y facultades correspondientes a cada Escala.

Se cursará en la Academia de Oficiales de la Guardia Civil.

Las materias de enseñanza impartidas en este período serán:

- Informática.
- Seguridad e Inteligencia.
- Criminología.
- Idioma Inglés.
- Derecho Administrativo, que incluye las asignaturas de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo.
- Seguridad Pública.
- Gestión de la Seguridad, con la asignatura Técnicas Directivas.
- Gestión de Recursos Económicos, compuesta por Presupuesto y gasto público, y Contratación Administrativa.
- Derecho Internacional Público, con las asignaturas Relaciones Internacionales, Cooperación Policial Internacional y Derechos Humanos.

En este período se realizarán prácticas de gestión de personal y recursos de acuerdo a las facultades profesionales y cometidos asignados a cada escala.

Período de formación profesional facultativa

Con una carga lectiva de veintiún (21) créditos y duración de once (11) semanas, este período tendrá carácter eminentemente práctico y estará dedicado a completar la formación acreditada con el título exigido para el

ingreso en el centro docente, y a adquirir la capacitación para ejercer las facultades de cada escala. Se cursará en los Centros, Servicios y Unidades de la Dirección General de la Guardia Civil que se determinen, con el apoyo de otras instituciones cuando sea necesario, según la siguiente distribución:

- Adquisición de conocimientos teórico-prácticos (16 créditos).
- Elaboración de un trabajo de investigación (5 créditos).
- Fase específica de Prácticas.

En los correspondientes programas de desarrollo del presente Plan de Estudios se concretarán los contenidos de los conocimientos a adquirir en este período, trabajos de investigación y prácticas a realizar en función de las diferentes ramas, especialidades y titulaciones requeridas en la convocatoria del proceso selectivo para el ingreso en el centro docente.

Dichos programas se realizarán según los criterios formativos específicas de cada Unidad, Jefatura o Servicio donde se desarrolle este período.

Profesorado

El profesorado que imparte las materias o asignaturas es, en la actualidad, durante el tercer periodo el de la Academia de Oficiales de la Guardia Civil, y durante el cuarto periodo personal de Unidades con experiencia para mostrar a los alumnos como aplicar sus conocimientos a las misiones de cada una de las Unidades.

CONSIDERACIONES FINALES

La existencia de las dos escalas Facultativas puede ser muy estimulante para personas con inquietudes intelectuales y de conocimiento, que se deciden a cursar o continuar estudios universitarios, teniendo presente la posibilidad de que algún día pueden acceder a ellas. El beneficio tanto para el individuo como para la Institución es evidente, ya que al contar con personas mejor preparadas, motivadas intelectualmente, se consigue de alguna manera elevar el desarrollo integral de nuestros miembros.

La complejidad de los servicios que desempeña la Guardia Civil con arreglo al ordenamiento jurídico, al mismo tiempo que el máximo respeto a los derechos constitucionales, exigen una calidad en ellos que sólo puede lograrse mediante el apoyo de los conocimientos científicos y especiales que proporcionan las Universidades.

La necesidad de personal cualificado y titulado que intervenga en los diferentes procesos del servicio, especialmente en la fase de investigación y de aportación de pruebas e informes en el proceso penal, justificaba la urgente incorporación a la estructura orgánica de la Guardia Civil de personal habilitado y preparado al efecto.

Pero esta necesidad era igualmente sentida con la gestión de los recursos humanos y materiales, de cuya interacción debe deducirse el adecuado apoyo a las funciones asignadas a la Guardia Civil. Por tanto, la presencia de “facultativos” era una realidad sentida por los servicios y órganos de apoyo en sus diferentes vertientes. Y en ese sentido, se espera que los nuevos oficiales vengan a dar respuesta al vacío existente, cubierto con gran celo y preparación por miembros del Cuerpo que, en un principio, no fueron seleccionados y formados para estos cometidos.

Como se ha expuesto anteriormente, reconocida la necesidad no lo ha sido tanto la respuesta que desde la Administración se ha dado. A veces se han cuestionado otras formas de reclutamiento, como la contratación laboral de personas más cualificadas y habilitadas, la existencia de personal funcionario civil de otros cuerpos de la Administración, la creación de escalas facultativas cuyos miembros no fueran militares de carrera,...

También surge la cuestión, a menudo, de la necesidad de que existe una política de personal que realice el estudio de las demandas de las diferentes titulaciones requeridas y planifique su recluta en el tiempo hasta completar las plantillas previstas. Unida a esta interrogante, se plantea qué titulaciones universitarias se requerirán cuando se contemple la posibilidad de acceso directo al centro docente de formación además del sistema de cambio de escala. Incluso, si habrá la posibilidad de un acceso especial para los componentes de determinados Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, como el Cuerpo de Sanidad Militar.

Pero sobre todo, la cuestión más urgente e importante a resolver es definir los cometidos y funciones que han de desempeñar los componentes de estas escalas. La enseñanza de formación para incorporarse a éstas debe estar orientada a conseguir unos objetivos bien definidos, objetivos que figurarán en los planes de estudio y que serán alcanzables mediante la impartición de los contenidos de las distintas asignaturas y materias de enseñanza.

En este sentido, el buen hacer del profesorado de la Academia de Oficiales de la Guardia Civil y de los Servicios implicados, y, sobre todo, el interés y grado de superación demostrado por los componentes de las dos primeras promociones de “facultativos” han venido a suplir esa carencia de funciones y cometidos antes mencionada, estableciendo unos objetivos específicos en cada período de los que se estructura el plan de estudios para obtener una formación integral y capacitación profesional acorde con la finalidad de cubrir áreas muy especializadas dentro del ámbito de actuación del Instituto, tal como se establece en la Ley de Régimen del Personal.

CONCLUSIONES

La creación de las Escalas Facultativas en la Guardia Civil se considera un acierto, ya que permite tener especialistas con estudios de alto nivel que potencian la imagen del Cuerpo.

Además, alienta a que el personal persiga una mayor preparación; pero, no sólo en el momento de alcanzar la titulación como requisito para acceder al centro docente y posterior incorporación a la escala, sino también porque el aspirante continua ampliando sus conocimientos con los diferentes cursos, seminarios, etc. a los que asiste y que en el proceso selectivo son valorados.

Por otra parte, el acceso directo proporciona una vía a la que acudir ante la falta de titulados de una determina área ya sea por la dificultad o porque se requieran titulaciones de nueva creación.

Los destinos obtenidos por los alumnos de la primera promoción han sido mayoritariamente órganos centrales de la Dirección General de la Guardia Civil. Esto es debido a que muchos de estos nuevos oficiales venían desarrollando su trabajo en los mismos órganos como especialistas, a lo que deberán añadir a partir de este momento la responsabilidad añadida de ser oficial de la Guardia Civil.

Se abre así un nuevo campo de actuación profesional, que completará la experiencia adquirida y desarrollada en las Unidades y Servicios con el estudio técnico que puedan aportar los nuevos componentes de estas escalas en función de la titulación universitaria requerida.

EL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO COMO AMENAZAS A LA SEGURIDAD *

José Andrés Campón Domínguez

Capitán de la Guardia Civil

Licenciado en Derecho

SUMARIO: I. CONCEPTOS: 1.1 El Blanqueo de capitales, 1.2 La Financiación del Terrorismo, 1.3 La Seguridad; II. EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN; III. LAS CAUSAS DE LOS CONFLICTOS; IV. LOS FLUJOS ECONÓMICOS COMO NÚCLEO DE LAS NUEVAS AMENAZAS; V. MEDIDAS INTERNACIONALES ADOPTADAS PARA HACER FRENTE A LA NUEVA REALIDAD; VI. MEDIDAS LEGALES ADOPTADAS EN ESPAÑA PARA HACER FRENTE A ESTAS AMENAZAS: 6.1 Medidas legales adoptadas, 6.2 Resultados conseguidos; Bibliografía.

1. CONCEPTOS

Las definiciones de conceptos siempre ocupan los primeros puestos en la exposición de cualquier tema. A veces, se pasa sobre ellos de puntillas para no profundizar en la materia y comenzar a encontrar los primeros escollos de importancia nada más empezar la tarea. Otras veces, lo que se pretende es no tomar partido, desde la definición de los conceptos, por una determinada tendencia o alcanzar las conclusiones nada más comenzar a desarrollar los argumentos. Estos y otros muchos, son los peligros que se corre al abordar los conceptos preliminares de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, y sobre todo del concepto clave de Seguridad, pero es necesario partir de una terminología y unas bases teóricas lo más claros posibles para no incurrir en imprecisiones.

1.1 Definición de Blanqueo de capitales.¹

El blanqueo de capitales tiene lugar con posterioridad a la ocurrencia de casi todos los tipos de delitos donde existe una ganancia patrimonial. Debido a la necesidad de ocultar este origen ilícito y el acto criminal originario, los delincuentes necesitan mezclar el dinero o los bienes de esta forma obtenidos. Este proceso genera importantes beneficios, casi todos en dinero en efectivo, que debe ser lavado para, posteriormente, ser reinvertido. Esto significa una serie de complicadas transacciones financieras (depósitos estructurados, transferencias

* Este trabajo coincide sustancialmente con el presentado como monografía en la Escuela de Guerra del Ejército de Tierra (Zaragoza), y se finalizó el 10 de enero de 2004, por lo que no ha podido ser tenido en cuenta el brutal atentado que el 11 de marzo de 2004, con el que un grupo de asesinos con el fin de sembrar el terror en la sociedad española, y por extensión en todas las sociedades occidentales, acabaron con la vida de doscientas dos personas. Aunque a todos los españoles nos envuelve un sentimiento de congoja nada más recordar semejante barbaridad, creo firmemente que no podrán doblegar por estos medios la voluntad de la sociedad española de seguir progresando con seguridad y libertad.

¹ Término blanqueo de capitales: lavado de dinero. Ha acabado imponiéndose la traducción literal del francés (blanchiment) y no la inglesa “laundering” o lavado, que ha tenido más difusión en Hispanoamérica.

internacionales, cheques de caja,...) que tienen como resultado final que el dinero queda blanqueado y puede ser empleado en negocios lícitos. Estas actividades son un elemento indispensable para todas las organizaciones criminales ya se dediquen al tráfico de drogas, al terrorismo, al tráfico de armas, o a cualquier otra actividad de parecida índole.² Sin la capacidad para blanquear grandes cantidades de dinero derivadas directamente de sus acciones, la actividad criminal a gran escala solamente podría operar en una mínima parte de su actual nivel y con mucha menos flexibilidad de lo que ahora puede hacerlo.³ Para los delinquentes individuales, sin la posibilidad de disfrutar de los bienes obtenidos con los fondos procedentes de sus actos ilícitos, el delito no tendría ningún aliciente.

El lavado de dinero o de activos es el proceso de ocultar o disfrazar el origen ilegal de bienes y recursos provenientes de actos delictivos (tráfico ilícito de drogas, narcoterrorismo, secuestro, corrupción administrativa, contrabando, tráfico ilegal de armas, hurto de vehículos entre otros) para darles apariencia de legitimidad.

Sin embargo, no todo el capital generado por una actividad delictiva sistemáticamente desarrollada puede o debe ser, desde la óptica criminal, objeto de blanqueo, ya que gran parte de él puede ser utilizado, consumido o despilfarrado directamente por quienes lo produjeron y, más importante aún, otra parte considerable puede ser reintroducida en el circuito ilegal a los efectos de financiar en forma directa las actividades criminales o clandestinas emprendidas por la organización que los produjo. En este último caso, el objetivo central de la organización delictiva es mantener dentro del circuito ilegal los beneficios obtenidos en el ciclo delictivo anterior o en desarrollo, intentando con ello, además, neutralizar los riesgos de detección del mismo por parte de las autoridades preventivas o represivas. Solamente se blanquea aquella parte que requiere ser reinsertada en la economía legal ocultando su origen delictivo.

La doctrina jurídica española ofrece las siguientes definiciones del blanqueo de capitales:

- Es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.⁴
- Es el proceso por el que se da apariencia de legalidad al dinero o bienes procedentes de la comisión de un delito. El aludido proceso comienza con la ilícita obtención de un bien el cual, tras ser sometido a operaciones de transformación destinadas a desvincularlo de su origen, acaba siendo integrado en el ciclo económico apareciendo, de este modo, confundido con bienes lícitamente adquiridos.⁵

² SAENZ MONTERO, MANFRED: *El secreto bancario y el "lavado de dinero" en Costa Rica. (análisis y perspectivas de un problema social)*. Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Agosto. Año 9 Núm 13. San José (Costa Rica). (1997). <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2013/saenz13.htm>

³ SMITH, SUSAN L.: *Money Laundering: Trends and Techniques*. Senior Trial Attorney. Money Laundering Section, Criminal Division US Department of Justice. Conferencia pronunciada en el Ministerio de Justicia de Japón el 2 de febrero de 2001. Tokio. Japón. (2001). <http://www.jcps.ab.psiweb.com/>

⁴ BLANCO CORDERO, ISIDORO: *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi. Pamplona. (1997). Págs. 101. En el mismo sentido VALENTIN, BENIGNO DE: *El blanqueo de Capitales*. Madrid. (1998) Págs. 1

⁵ VIDALES RODRÍGUEZ, CATY: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Valencia. (1997). Págs. 72.

- Es aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delito grave) es ocultado, sustituido y restituido a los circuitos legales de tal forma que puede incorporarse a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita.⁶
- Es toda aquella estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas Públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y en su caso, el origen delictivo de la riqueza.⁷
- El proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero.⁸

La doctrina jurídica extranjera, prácticamente, coincide con la española en la descripción del concepto:

- Una actividad dirigida a disfrazar como lícitos fondos derivados de una actividad ilícita. Se trata de ocultar dichos fondos y a sus reales titulares y devolverlos al mercado de dinero, bienes y servicios con la apariencia de haber sido generados en una también actividad o inversión legítima.⁹
- En términos simples podemos definir la legitimación de capitales provenientes de hechos delictivos, como aquella actividad o conducta desplegada por el "legitimador" (o "lavador") para encubrir u ocultar el origen ilícito de una fuente de ingresos o de bienes en general, o la utilización de los mismos, cuando son el producto de un ilícito penal. Se trata de todo un proceso tendiente a legitimar esos ingresos o bienes obtenidos como producto de hechos delictivos.¹⁰
- El procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas (armamento, prostitución, trata de blancas, delitos comunes, económicos, políticos y conexos, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico) son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardises tan heterogéneos como tácticamente hábiles.
- El proceso mediante el cual el producto de actos ilegales es convertido en activos que aparecen como legítimos, ocultando así su origen criminal.¹¹
- Es una infracción contra la Administración de Justicia, puesto que el sujeto activo tiene la pretensión de ocultar o encubrir el origen de los recursos económicos logrados por la

⁶ GOMEZ INIESTA, DIEGO: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. Cedecs. Barcelona. (1996).Pgna. 141.

⁷ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: *Derecho Penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales*. En Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado. Madrid. (1995).

⁸ DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO: *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Dykinson. Madrid. (1997).

⁹ ADRIASOLA, GABRIEL: *El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito*. INGRUSI LTDA. Montevideo. Uruguay. (2001). Pgna. 6.

¹⁰ SAENZ MONTERO, MANFRED: *El secreto bancario...* (op.cit).

¹¹ SAINT DENIS, P: *Medidas recientes adoptadas en Canadá y a nivel internacional para combatir el lavado de dinero*. En IV Seminario Regional sobre medidas efectivas para combatir delitos de drogas y mejorar la Administración de Justicia penal. 15 al 27 de julio. San José de Costa Rica. (1989).

comisión de delitos de tráfico de drogas o de delitos relacionados con esa actividad; ya sea para legitimar esos capitales o para ayudar al narcotraficante (sujeto encubierto) a eludir las consecuencias jurídicas de su delito (delito encubierto)..."¹²

En algunas materias, tan útil como una definición del fenómeno resulta ser una descripción afortunada del mismo. Por ser una de las primeras en ver la luz y por ser universalmente utilizada, nos quedamos con la descripción de blanqueo de capitales que se realiza en el inciso b) del párrafo primero del artículo tercero de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que se aprobó en el marco de la Conferencia celebrada en Viena entre el 25 de noviembre y el 20 de diciembre de 1988, al considerar como "lavado de dinero":¹³

"...i) la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos..."

Esta descripción coincide, en esencia, con la que efectúa la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales que entiende que incurre en esta actividad quienes cometen las siguientes acciones intencionalmente:

La conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que este implicada en dicha actividad o eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos correspondientes a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

la adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

la participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución.

¹² HERNÁNDEZ RAMÍREZ, GUILLERMO: *El delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en la legislación penal costarricense*. Investigaciones Jurídicas. San José de Costa Rica. (1993), p. 30. Es una definición con carácter restringido del delito de Legitimación de Capitales Provenientes de Narcotráfico ya que en Costa Rica únicamente se tipifica como delito el "lavado de dinero" producto del narcotráfico.

¹³ Realmente esta definición solo es operativa en relación a los delitos tipificados en esta Convención que son los relacionados con el narcotráfico, pero en tanto que definición en abstracto es aplicable a todo tipo de delitos.

El conocimiento, la intención o la motivación que tienen que ser elementos de las actividades mencionadas en el presente guión podrán establecerse basándose en circunstancias de hecho objetivas.

Hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero.

Un concepto que incide, especialmente, en el papel de las instituciones financieras nos lo ofrece la Asociación de Bancos del Perú en 1998, para quien el proceso de lavado comprende la transferencia o depósito de dinero u otros bienes provenientes de actividades ilícitas mediante la realización de un conjunto de operaciones en efectivo, documentales, de servicios financieros y otras, utilizando a las empresas del Sistema Financiero, sin el conocimiento de estas, para su ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento.

Desde las instituciones policiales, el Secretariado de la Asamblea General de Interpol adoptó en 1995 una definición de trabajo que, de forma concisa, dice que el blanqueo de dinero es *“cualquier acción o tentativa de acción para ocultar o encubrir fondos de origen ilegal para que parezcan haber sido originados por fuentes legítimas”*.¹⁴

Concluimos con un concepto del blanqueo de capitales, útil desde el punto de vista criminológico, donde este termino es utilizado para describir un número inagotable de técnicas, procedimientos o procesos por los cuales fondos obtenidos tanto por actividades ilícitas o delictivas (dinero sucio), como de fuentes legales para eludir la imposición tributaria (dinero negro), se convierten en otros bienes de forma tal que oculten su verdadera procedencia, origen, propiedad o cualquier otros factores que evidencien una irregularidad.

1.2 La Financiación del Terrorismo.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en una resolución destinada a combatir la financiación del terrorismo,¹⁵ considera actos terroristas en primer lugar aquellos que constituyen un delito comprendido en el ámbito de los anteriores tratados que habían abordado aspectos parciales del fenómeno, y en segundo lugar, *“cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza ó contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”*.

En el mismo sentido, en el marco del Segundo Pilar de la Unión Europea se adoptó la Posición Común del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (2001/931/PESC) que entendía como acto terrorista el acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un

¹⁴ Original en ingles: *“Any act or attempted act to conceal or disguise the identity of illegally obtained proceeds so that they appear to have originated from legitimate sources”*.

¹⁵ Resolución 1269, de 19 de octubre de 1999, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Esta preocupación de las Naciones Unidas sobre el problema de la financiación del terrorismo con anterioridad al 11 de septiembre de 2001 demostraría que ates de esta fecha, en algunos ámbitos, existía una preocupación creciente por este problema de dimensiones planetarias.

país o a una organización internacional tipificado como delito según el Derecho nacional, cometido con el fin de:

- i) intimidar gravemente a una población;
- ii) obligar indebidamente a los Gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo;
- iii) o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;
 - a) atentados contra la vida de una persona que puedan causar la muerte;
 - b) atentados contra la integridad física de una persona;
 - c) secuestro o toma de rehenes;
 - d) causar destrucciones masivas a un gobierno o a instalaciones o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas de información, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos, o propiedades privadas que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;
 - e) apoderamiento de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;
 - f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;
 - g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
 - h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
 - i) amenaza de llevar a cabo cualesquiera de las acciones enumeradas en las letras a) a h);
 - j) dirección de un grupo terrorista;
 - k) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de informaciones o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo.¹⁶

Finalmente, la Unión Europea, después de largos y enconados debates, alcanzo un consenso que le permitió definir los delitos de terrorismo en los artículos 1 a 3 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo.

En la legislación penal española no existe una definición de lo que debe entenderse por terrorismo, y su tipificación se realiza a base de describir conductas que constituyen tipos penados de forma individual.

La doctrina española considera que el terrorismo es aquella conducta delictiva que, mediante actos de extrema violencia o grave intimidación, y con un fin subversivo, trata de destruir el sistema político democrático empleando, a estos efectos, medios selectivos o catastróficos.¹⁷

¹⁶ La citada Posición Común entiende por grupo terrorista, todo grupo estructurado de más de dos personas, establecido durante cierto tiempo, que actúe de manera concertada con el fin de cometer actos terroristas. Por grupo estructurado se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un acto terrorista sin que sea necesario que se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni que haya continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada.

¹⁷ GARCIA SAN PEDRO, JOSE: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. (1993). Citando a LAMARCA PEREZ, Carmen: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid. (1985).Pgna. 57. Pretende alcanzar una definición que permita delimitar la conducta o el complejo de conductas a las que se denomina como

Para la doctrina anglosajona, el terrorismo político es el uso sistemático del crimen y la destrucción y de la amenaza de ellos para aterrorizar a individuos, grupos, comunidades o gobiernos, obligándoles a ceder a las demandas políticas de los terroristas.¹⁸

Otros autores de esta misma procedencia, han objetado que el uso de los termino “uso sistemático” dibuja un concepto demasiado restrictivo de terrorismo. De esta forma no se puede llamar terroristas a aquellos que realizan un acto singular o actos inconexos unos de otros. Por eso puede definirse como el uso, o la amenaza del uso, de la violencia por parte de un individuo o grupo, lo mismo si actúa a favor como en contra de la autoridad establecida, cuando esa acción pretende crear una angustia extremada y efectos inductores de miedo sobre un grupo seleccionado y mayor que el de las víctimas inmediatas, con el propósito de obligar a este grupo a que acceda a las demandas políticas de los perpetradores.¹⁹

El Departamento de Estado norteamericano utiliza en sus informes anuales sobre terrorismo, la siguiente definición de terrorismo:

“es una violencia premeditada, con motivación política, perpetrada contra objetivos no combatientes por grupos no estatales o por agentes estatales clandestinos, habitualmente con el propósito de influir en una audiencia”.

Merece la pena destacar algunos aspectos de esta definición:²⁰

- a) *Violencia premeditada.* La violencia terrorista forma parte de un plan, que generalmente es difundido en forma de manifiesto o proclama, y que consta de diversas fases en las que la violencia o la amenaza de la misma son las principales armas para subvertir la legalidad vigente en un determinado Estado, incluso desde dentro del propio Estado.
- b) *Motivación política.* Aunque es verdad que detrás de todo grupo terrorista siempre hay una motivación política, en tanto en cuanto ataca al Estado que goza de esta naturaleza, sería necesario determinar que la motivación también puede ser predominantemente de otra índole, por ejemplo, religiosa, económica, delincencial o étnica.
- c) *Objetivos no combatientes.*²¹ A través de este concepto pretende diferenciarse entre una guerrilla y un grupo terrorista, pero la línea delimitadora, entre lo uno y lo otro, es terriblemente relativa.

terrorismo de acuerdo con el significado ordinario de la expresión, para lo cual analiza un conjunto de definiciones elaboradas por la doctrina, procedimiento que le lleva a la conclusión de que terrorismo es «violencia organizada con finalidad política». En el mismo sentido MESTRE DELGADO, Esteban: Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica. Madrid, 1987, que parte de la definición, ampliada con el elemento organizativo, de GARCIA VALDES, Carlos, pueden verse en «La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas», en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1984, págs. 293.

¹⁸ WILKINSON, PAUL: *Terrorism and the Liberal State*. Macmillan. Londres. (1977). Págs. 49.

¹⁹ WARDLAW, G.: *Terrorismo Político: Teoría, Táctica y contramedidas*. Traducción de Fernando Cano Morales. Ediciones Ejercito Servicio de Publicaciones del EME. Madrid. (1986). Págs. 57

²⁰ AVILES FARRÉ, JUAN: *El nuevo terrorismo y la seguridad nacional*. Instituto Gutiérrez Mellado. Curso de Verano 2002. Conferencia pronunciada el 23 de julio. Ávila. (2002). Págs. 2.

²¹ En cualquier caso la mayoría de los autores coincide en que, en tiempos de paz, un militar es también un no combatiente.

- d) *Grupos no estatales o agentes estatales clandestinos.* En este punto se dan cabida tanto a los grupos terroristas que pretenden hacerse con el poder por medio de las armas, o al menos influir significativamente en su ejercicio; como a los agentes o grupos del Estado que se colocan al margen de la ley para actuar contra ciudadanos de su propio país o de otro diferente, o contra grupos terroristas no estatales.²²
- e) *Influir en una audiencia.*²³ El terrorismo pretende alcanzar sus objetivos no solamente derribando las estructuras de poder existentes, sino también cambiando la moral y el pensamiento de la sociedad o sociedades, donde actúa. La amenaza y la coacción permanente de personas individuales y grupos colectivos es una de las herramientas a utilizar para lograr esta finalidad.

Dentro de la lucha contra el terrorismo, siempre ha existido una preocupación evidente respecto a la forma de estrangular las fuentes de ingresos que servían de soporte a los diferentes grupos terroristas, pero a partir del atentado de Nueva York del 11 de septiembre de 2001, este tema ha pasado a ser tratado con una exquisita sensibilidad, siendo situado en todas las estrategias antiterroristas en los primeros puestos de las prioridades de actuación.

Con anterioridad a la fatídica fecha del atentado a las Torres Gemelas, en nuestro país el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en España, dice que:

A los efectos de la presente Ley se entenderá por blanqueo de capitales la adquisición, utilización, conversión o transmisión de bienes que proceden de alguna de las actividades delictivas enumeradas en el apartado anterior²⁴ o de participación en las mismas, para ocultar o encubrir su origen o ayudar a la persona que haya participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, así como la ocultación o encubrimiento de su verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimientos o de la propiedad o derechos sobre los mismos, aun cuando las actividades que las generen se desarrollen en el territorio de otro Estado.

Como puede notarse, con solo una lectura, este artículo previene la utilización del sistema financiero para blanquear bienes procedentes de actividades ilícitas, pero no tiene en cuenta la posible aplicación de dinero y bienes de procedencia lícita para financiar actividades ilícitas, especialmente acciones terroristas.

De aquí surge la necesidad, de naturaleza puramente jurídica, de separar por un lado el blanqueo de capitales y, por otro lado, la financiación del terrorismo. Por este motivo, y para cubrir un vacío legal en cuanto a la prevención de la utilización del sistema financiero para poder financiar a organizaciones terroristas, ya sea a la acción directa o a labores de apoyo y sostén a la acción directa, se ha promulgado recientemente en España la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

²² Es lo que se ha venido a denominar “Terrorismo de Estado” o, más coloquialmente, “Guerra Sucia”.

²³ “Audiencia” es el término utilizado en la traducción al español, pero no parece el más adecuado. Se podría sustituir por “influir en la sociedad o en una parte de la misma”.

²⁴ Estas actividades serían: a) Actividades delictivas relacionadas con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; b) Actividades delictivas relacionadas con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; c) Actividades delictivas realizadas por bandas o grupos organizados. Estas actividades no coinciden con el concepto de delito previo de la legislación penal española ya que el artículo 301 del CP español establece que comete el delito de blanqueo de capitales: “ el que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tiene su origen en un delito grave,...”. Aquí las actividades susceptibles de generar bienes para blanquear serían las tipificadas por el propio CP como delitos graves.

Desde un punto de vista preventivo, criminalístico y policial los procedimientos, técnicas y esquemas utilizados en el blanqueo de capitales y los usados en la financiación del terrorismo son exactamente iguales. Son flujos incontrolados de capital y bienes que tienen su origen y se aplican en actividades ilícitas. Es precisamente la falta de control estatal e internacional de estos importantísimos movimientos de dinero y bienes lo que pone en peligro la Seguridad, tanto de los Estados como de las personas.

1.3 La Seguridad.

La tradicional distinción entre Defensa Exterior y Orden Público, se ha ido viendo afectada, a nivel nacional e internacional, por la evolución de la situación estratégica mundial. En el ámbito interior, el concepto Orden Público, que aparece contemplado en la Constitución de 1978, queda pronto desfasado y superado por el concepto de seguridad ciudadana. Comienza a ampliarse el espectro de adjetivos calificativos o de sustantivos que acompañan al término Seguridad.²⁵ En el ámbito europeo esta dualidad se ha trasladado al planteamiento de dos pilares diferentes de la Unión, el segundo dedicado a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y el tercero que contempla la Justicia y los Asuntos de Interior (JAI).²⁶

Sigue hablándose en la actualidad, por una parte de Seguridad Exterior o Defensa, que es competencia y vocación de las Fuerzas Armadas²⁷, y por otra parte de Seguridad Interior, que es responsabilidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Sin embargo, poco a poco surge una tendencia de opinión que sin romper completamente estos dos ámbitos de la Seguridad, pretenden tender puentes teóricos y prácticos entre ambos.

En conclusión, debería buscarse un nuevo concepto de seguridad integrada en el que estén intrínsecamente relacionados el concepto de seguridad internacional o colectiva, en la que sus principales sujetos son los Estados y las Organizaciones Internacionales, y el concepto de seguridad interior, en la que los protagonistas son las personas que conforman las diferentes sociedades estatales. Uno de los campos donde se debería aplicar esta interrelación de esfuerzos es el de la lucha contra los flujos ilícitos de capital que soportan por una parte, el crimen organizado, y por otra, a grupos terroristas más o menos virulentos.

2. EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

El Libro Blanco de la Defensa establece que la globalización de la actividad humana es una de las características fundamentales del escenario estratégico en el comienzo del nuevo siglo.²⁸ En sus apreciaciones este documento básico continúa diciendo que:

²⁵ Así tendríamos: Seguridad colectiva, Seguridad compartida, Seguridad vial, Seguridad interior, Seguridad exterior, Seguridad pública, Seguridad privada, Seguridad cibernética y Seguridad internacional.

²⁶ El Primer Pilar, y el verdadero núcleo de la Unión Europea, es el que conforman las Comunidades Europeas con sus diferentes Tratados fundacionales.

²⁷ Artículos 8 y 104 de la Constitución española de 1978.

²⁸ MINISTERIO DE DEFENSA: *Libro Blanco de la Defensa*. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. (2000). Págs. 29.

Vivimos en un mundo interdependiente, en el cual los muros tienden a derribarse y las fronteras a hacerse cada vez más permeables. Nadie puede considerarse ajeno a lo que sucede en cualquier parte del mundo, pues el aislamiento resulta una opción tan ilógica como poco aconsejable. Los prodigiosos avances registrados en los campos de las comunicaciones y de los sistemas de información, los flujos de capitales e inversiones y las relaciones comerciales de extensión mundial han favorecido la integración de los mercados financieros y estimulado la circulación de ideas, personas y bienes.

En la reciente Revisión Estratégica de la Defensa al analizar los nuevos riesgos emergentes se destacan los efectos negativos de la globalización, en la medida en que vincula más estrechamente a unos actores con otros, y a unas regiones con otras, la globalización sirve de multiplicador de riesgos, al permitir que sus efectos se propaguen con rapidez.²⁹

Como nuevos riesgos emergentes se citan los siguientes:

- Los ataques y agresiones al medio ambiente.
- Los problemas derivados de los movimientos migratorios extraordinarios y no controlados.
- Los ataques cibernéticos a los sistemas informáticos y de comunicaciones.³⁰
- Las sorpresas catastróficas.

En solo tres años que separan los dos documentos citados se puede observar que la globalización ha pasado de verse como algo neutro y francamente positivo para nuestra sociedad, a percibirse el fenómeno como un complejo entramado de factores, causas y efectos que arrastran un lado oscuro, los denominados riesgos emergentes. Ha desaparecido la referencia a los problemas derivados de la mayor facilidad que existe en la actualidad para los flujos de capitales y de inversiones a lo largo de toda la geografía mundial.

De todos los aspectos que se pueden analizar en relación con la globalización, a continuación, nos centraremos en los aspectos económicos y financieros derivados de este fenómeno y su relación con la delincuencia, en general, y con el terrorismo, en particular.

En 1998, Pino Arlacchi, a la sazón Director Ejecutivo de la Oficina para el Control de las Drogas y la Prevención del Crimen de las Naciones Unidas, dijo que: *"La globalización ha convertido el sistema financiero internacional en el sueño de los blanqueadores de capitales, y el billones de dólares por año del crecimiento económico a la vez que la salud financiera de todos los países se ve afectada la estabilidad de su lugar en el mercado global"*.

Se denomina mundialización financiera³¹ a la multiplicidad de interconexiones entre sistemas bancarios y sistemas financieros nacionales conducentes a la conformación de un espacio financiero mundial. Algún autor, que se deja llevar por esta euforia terminológica que

²⁹ MINISTERIO DE DEFENSA: *Revisión Estratégica de la Defensa*. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Revista Española de Defensa. Madrid. (2003). Pgnas. 33. En este documento se resalta la importancia del fenómeno de la globalización por su impacto en los medios de comunicación y en la opinión pública.

³⁰ Estos ataques han sido bautizados bajo el término "ciberterrorismo", aunque también se engloban dentro de un concepto más amplio que es la "ciberdelincuencia". El mundo de las telecomunicaciones, de los sistemas de información e internet parece uno de los más propicios a la actuación de los blanqueadores de capitales y los terroristas para depositar, transferir y ocultar sus fondos.

³¹ CHESNAIS, FRANÇOIS: *Blanqueo de dinero sucio y mundialización financiera*. Traducción Susana Merino. ATTAC. Paris. <http://www.rebelion.org/economia/chesnais090101.htm>

caracteriza la materia que estamos tratando, habla de cibereconomía.³² Este espacio se halla cada vez más unificado; dominado por una aplastante mayoría de sistemas nacionales, perfectamente estructurado y jerarquizado. Este proceso es consecuencia de una ruptura radical del régimen regulado de operaciones financieras y del control de capitales en vigor en algunos países desde la crisis de 1929 y en otros desde la Segunda Guerra mundial.³³

Paralelamente a la mundialización de la economía legal, la economía del crimen es, a su vez también, globalizada.³⁴ En numerosas actividades criminales que podemos denominar transnacionales, las redes utilizadas por las grandes organizaciones criminales internacionales están estructuradas para adaptarse ellas mismas a una lógica transnacional. Hoy, la economía legal y la economía criminal están fuertemente imbricadas e son interdependientes.

La internacionalización de los sistemas financieros y de crédito se produjo en forma desconexa y descoordinada con relación a la economía real y, en particular, a la producción.³⁵ Se configuraron sistemas financieros y crediticios altamente globalizados, desreglados, sustancialmente privatizados, gobernado solamente por el mercado y significativamente autonomizados de las regulaciones, imposiciones y determinaciones nacionales e internacionales.³⁶

En este contexto, algún autor³⁷ ha podido observar que la economía criminal produce un significativo daño a la sociedad y a la economía legal con consecuencias institucionales particularmente graves: primero, el sobredimensionamiento de las finanzas y la multiplicación de los riesgos inherentes a la existencia de enormes masas financieras, altamente móviles y de comportamiento imprevisible; segundo, la vulnerabilidad de las

³² DELIA FUENTES, ALMA: *Internet como fuente de investigación en temas de corrupción Algunas sugerencias para seguir la pista al lavado de dinero*. Coordinadora de información y capacitación de Periodistas de Investigación. Revista Probidad. Séptima Edición. Marzo-Abril. Méjico. (2000). <http://www.probidad.org/sv/ediciones/007/art06.html>

³³ RISSANEN, AHTE: *Global money - opportunity or threat?*. Telecom Research. Telecom Finland Ltd. Finlandia. (1996). <http://www.tml.hut.fi/Opinnot/Tik-110.501/1996/seminars/works/global.html> Hoy en día se utilizan todo tipo de conceptos adjetivados por el termino global, en este artículo se analiza el papel de dinero electrónico como dinero global que utiliza internet como su cauce de comunicación. La globalización es un fenómeno extremadamente complejo, cuyas expresiones se pueden encontrar en los más variados sectores y materias. U.S. CONGRESS, Office of Technology Assessment, *Information Technologies for Control of Money Laundering*, OTA-ITC-630. U.S. Government Printing Office, September. Washington, (DC). (1995). Se refiere a la economía sumergida global.

³⁴ FABIAN SAIN, MARCELO: *El lavado de...* (op. cit.).Es, pues, en este contexto económico-financiero e institucional que las organizaciones criminales y los agentes económicos de desempeño fraudulento han podido echar mano a los instrumentos financieros y comerciales más importantes para perpetrar exitosamente el blanqueo de los recursos generados y ocultados ilícitamente. La globalización económica también ha supuesto la *globalización de las actividades criminales transnacionales y de alta rentabilidad*. CHESNAIS, FRANÇOIS: *Blanqueo de ...* (op. Cit.). Parecen existir, tanto en el tiempo como en el espacio, ciertos paralelismos, entre la puesta en marcha de una parte de los mecanismos y de las instituciones de la mundialización financiera y los métodos cada vez más refinados del blanqueo de capitales surgidos de la producción y de la comercialización de la droga.

³⁵ CHESNAIS, FRANÇOIS: *Blanqueo de...* (op.cit.). Clásicamente, los autores distinguen tres elementos constitutivos en la puesta en práctica de la mundialización financiera: la desregulación o liberalización monetaria y financiera, la apertura de los mercados financieros nacionales y la eliminación de la intermediación, las tres "D" destacadas por H. Bourguinat.

³⁶ En sintonía con esta visión, Giddens también resalta que la globalización ha debilitado y tornado obsoleto al Estado-Nación y, en particular, a los poderes típicos de la gestión económico-financiera keynesiana.

³⁷ FABIAN SAIN, MARCELO: *El lavado de...* (op. cit.). También hace una descripción de la evolución económica del fenómeno del blanqueo de capitales apuntando los motivos por los que la globalización ha revolucionado los métodos de blanqueo.

economías nacionales y de las economías legales; tercero, la erosión de la capacidad de los Estados democráticos para aplicar con efectividad sus decisiones políticas, económicas, presupuestarias y sociales; y finalmente, la posibilidad de que la criminalidad económica y financiera se inserte activamente en la economía legal y hasta pueda controlar sectores, actividades o áreas claves de ésta.

En esta nueva realidad de la economía mundial, el factor geográfico se ha vuelto de nuevo más complejo en lo referente a la localización de las plazas que estructuran los mercados mundializados. Hay que hacer notar que una de las características de la mundialización financiera es la de actuar en las más prestigiosas tanto nuevas como antiguas - la City de Londres, Zurich y Ginebra, Nueva York, Chicago y Los Angeles, Frankfurt, Tokio y Singapur - y los lugares más recientes y más lábiles, como los paraísos fiscales y las plazas financieras offshore utilizadas por los grandes bancos y las grandes empresas para sus operaciones de la zona gris. Estas plazas financieras- Bahrein, pero sobre todo las de los diferentes estados de las Antillas ex - británicas o ex - holandesas, las Bahamas, las Bermudas, las islas Caimán así como Hong Kong en el extremo Oriente - son en las que las actividades ilícitas productoras de "dinero sucio" explotan todas las posibilidades de lavado así como de "secado" de capitales.³⁸ Queda ya al descubierto la íntima relación existente entre la existencia de plazas financieras offshore, el blanqueo de capitales procedentes de actividades ilícitas y la financiación del terrorismo en el contexto de la globalización.

Realmente el problema de la globalización económica, es conseguir diferenciar las actividades de blanqueo de capitales de las operaciones comerciales legítimas, de la financiación del terrorismo y del suministro de armas a facciones de combatientes en innumerables conflictos en todo el mundo.³⁹ Esta diferenciación es una dificultad añadida para el control por parte de las Autoridades nacionales encargadas de la supervisión de los sistemas financieros y cuasifinancieros. Al fin y al cabo, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo no son más que dos manifestaciones diferentes de un mismo fenómeno: el crimen organizado.

3. LAS CAUSAS DE LOS CONFLICTOS.

Entre las causas de los conflictos tradicionales encontramos, como más comunes, las siguientes:

- Nacionalismo⁴⁰
- Religión⁴¹

³⁸ CHESNAIS, FRANÇOIS: *Blanqueo de...* (op.cit.)

³⁹ U.S. CONGRESS, Office of Technology Assessment: *Information Technologies...* (op. cit.). El Subsecretario del Tesoro, Ron Noble, ha llegado a afirmar que "el crimen se oculta en los detalles del comercio legítimo".

⁴⁰ Durante el siglo XX el nacionalismo ha estado en el origen de las dos guerras mundiales, y junto al componente étnico es la base del permanente conflicto en los Balcanes. En nuestro país el nacionalismo radicalizado y violento, con matices ideológicos revolucionarios de raíz marxista, es una constante como origen de movimientos terroristas.

⁴¹ El ejemplo más claro de conflictos de base religiosa la tenemos en las Cruzadas, o en la Reconquista. Recientemente el islamismo salafista integristas y violento es uno de los factores más importantes en la aparición de movimientos terroristas de ámbito global. Pero no solo existen tensiones religiosas entre cristianos y

- Corrupción⁴²
- Drogas⁴³
- Económicos⁴⁴
- Ideológicos⁴⁵
- Territoriales

Los modernos conflictos, ya sean entre Estados, dentro de los Estados o de grupos al margen de los Estados frente a alguno o algunos de los Estados, no tienen una única causa, sino que son el producto de una serie de contenciosos basados en, supuestos o reales, derechos. La reconstrucción de esta tupida red causal se ve dificultada por la compleja e intrincada trama de intereses que se mueven, siempre, alrededor de los conflictos.

Aunque no se puede despreciar el componente moral o ideológico que esta presente en los conflictos a nivel mundial, si se puede decir que los aspectos materiales de tipo económico tienen una importancia cada vez mayor en todos los tipos de conflicto.

Además lo que en un principio fue saludado como un comienzo de la seguridad colectiva, la caída del muro de Berlín, ha tenido como efecto secundario un abaratamiento de los costes de adquisición de armamento, de todo tipo, por parte de grupos que antes no podían soñar siquiera con poseerlo. La crisis de algunos Ejércitos de países de la orbita de la antigua URSS ha permitido a antiguos miembros especializados de los mismos ponerse al servicio o integrarse en el crimen organizado y en grupos terroristas.

En la Revisión Estratégica de la Defensa (2003) aparece el nuevo concepto de “guerra asimétrica”⁴⁶ sobre la que se indica lo siguiente:

“El nuevo fenómeno al que se enfrentan los Ejércitos tradicionales particularmente tras los atentados del 11 de septiembre y la dramática constatación de un terrorismo catastrófico, es el de un enemigo que utiliza una aproximación asimétrica, que es, en esencia, él mismo asimétrico y no convencional. Además de prepararse para disuadir o desbaratar acciones de otras fuerzas semejantes, convencionales, los Ejércitos modernos deben saber cómo responder a toda una panoplia de amenazas no

musulmanes, también existen tensiones religiosas y territoriales en el contencioso de Cachemira entre India y Pakistán. Igualmente la guerra de la década de los ochenta entre Irán e Irak, o entre chiíes y sunitas, o el reciente atentado contra un imán chiita en Irak pone de manifiesto que dentro del Islam existe un latente conflicto religioso.

⁴² La Corrupción esta presente en casi todos los conflictos y guerras civiles del continente Africano, así en Nigeria con Sadi Abacha y más recientemente Taylor en Liberia. A veces, la corrupción se disfraza de conflicto étnico o tribal, y otras veces, lo hace de conflicto ideológico, Angola y Congo. En la mayoría de los casos, la droga, el tráfico de armas, y la explotación de los diamantes y otras riquezas de estos países inmensamente pobres es el motor siempre activo de perennes contenciosos.

⁴³ Es prácticamente unánime el consenso mundial sobre el actual motivo de la existencia de un conflicto importante en varios países de Sudamérica, especialmente, Colombia y Perú.

⁴⁴ En la invasión de Kuwait por parte de Irak, hecho que dio lugar a la primera Guerra del Golfo, aunque se adujeron supuestas reivindicaciones territoriales por parte de Irak, existían en el fondo apetencias económicas sobre el petróleo de ese pequeño país.

⁴⁵ A pesar de la caída del muro de Berlín, y dejando al margen a China, solo quedan dos países que mantienen contenciosos ideológicos con los Estados de Derecho occidentales que son Cuba y Corea del Norte y tanto en uno como en otro caso cíclicamente son motivo de conflicto. La situación de Venezuela con continuas convulsiones internas no puede sustraerse a esta dinámica.

⁴⁶ MINISTERIO DE DEFENSA: *Revisión Estratégica de la Defensa*. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Revista Española de Defensa. Madrid.(2003). Pgnas. 104. Es novedoso en nuestro país porque el término fue acuñado en Estados Unidos en la década de los ochenta por los expertos en estrategia que diseñaron la “Doctrina Reagan” sobre Seguridad Internacional.

convencionales, amenazas que no dejan de crecer en número, letalidad y accesibilidad para estados y grupos subestatales. Que la superioridad militar tradicional no signifique automáticamente mayor seguridad ni mayor efectividad para detener ataques asimétricos, es una situación totalmente nueva en el panorama estratégico, y fuerza a una profunda revisión de los postulados y medios de la defensa moderna”.

De la mano de esta larga cita llegamos al núcleo fundamental de este trabajo que consiste en presentar los flujos económicos de capitales y bienes como el motor y nexo de unión de todas las amenazas que acechan a las modernas sociedades. Sin el motor económico, los Estados y, sobre todo, los grupos subestatales –tal como los denomina el documento citado arriba– no pueden emprender ningún tipo de acción que ponga en peligro intereses vitales de otros Estados o grupos subestatales. Llevar a un primer plano el problema de la financiación de los grupos terroristas subestatales, detectar el origen de sus fondos económicos, los canales de movimiento, los mercados donde adquieren las armas, los explosivos, donde reciben su entrenamiento y que Estados, instituciones u organizaciones los sustentan es uno de los pilares de un sistema preventivo de Seguridad Global.

4. LOS FLUJOS ECONOMICOS COMO NÚCLEO DE LAS NUEVAS AMENAZAS.

El terrorismo y otras formas graves de criminalidad, más en su vertiente transnacional, tienen en común que el corazón de la organización no lo componen los elementos de primera línea de combate, sino los contables, recaudadores y blanqueadores de los fondos que los sustentan. El crimen organizado como concepto que engloba, tanto a unos como a otros, aunque pueda diferenciarse en los fines u objetivos últimos en los medios a través de los cuales ejecuta sus acciones, tiene como elemento común y necesario una estructura financiera. En tanto en cuanto estos canales financieros ilícitos estén más o menos organizados y desarrollados, mayor será la amenaza que presenten estos subgrupos delincuenciales o terroristas para la Seguridad.

En la actualidad, los flujos económicos ilícitos presentan ciertas características que les otorgan una impronta relativamente particular:

1. *La dimensión internacional del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.*⁴⁷

En primer lugar, tanto el blanqueo de capitales como la financiación del terrorismo se tratan de actividades de carácter internacional, es decir, que se desenvuelven a través de complejas operaciones y transacciones llevadas a cabo mayoritariamente a través de las fronteras nacionales, en diferentes países y jurisdicciones. El principal motivo para convertir y ocultar los fondos, ilícitamente generados o lícitamente generados pero destinados a financiar actividades ilícitas, mediante operaciones y técnicas de desplazamiento de capitales entre Estados está centrada en la necesidad de dificultar o impedir el control de tales

⁴⁷ SAVONA, ERNESTO et. Alt: *Globalization of crime: the organisational variable*. Transcrip. Working Papers. Septiembre nº 15. Trento. Italia. (1997); FABIAN SAIN, MARCELO: *El lavado ...*(op. cit.). En el mismo sentido BLANCO CORDERO, ISIDORO: *El delito de...*(op. cit.). p. 55

operaciones y la persecución de sus responsables por parte de las autoridades gubernamentales así como facilitar su encubrimiento y legitimación, lo cual se halla favorecido por la internacionalización de los circuitos financieros y comerciales. A partir del Watergate, los investigadores vieron que uno de los métodos de investigación que podían dar mejores resultados era seguir la pista al dinero hasta el verdadero responsable de la acción criminal. Este giro en las investigaciones criminales se conoce como “siga al dinero” (follow the money). La dimensión internacional de los flujos económicos ilícitos tiene como objetivo prioritario impedir este tipo de investigaciones.

Desde el punto de vista del delincuente, siempre es preferible efectuar las operaciones más delicadas y vulnerables en el proceso de blanqueo precisamente en aquellos países en que la legislación es más permisiva o en que los medios represivos con que cuenta la administración son más escasos. La coordinación internacional en materia de lucha contra el blanqueo, aunque creciente, deja aún mucho que desear, y permite a los blanqueadores aprovechar las lagunas existentes. Es más fácil eludir la acción de las unidades antiblanqueo si los fondos se desplazan de uno a otro país, que si el capital se desplaza en el interior de un solo país, donde las medidas judiciales y policiales podrían actuar con más eficacia.⁴⁸

Los circuitos que en un primer momento fueron, y siguen siendo, utilizados para eludir el pago de impuestos, y que posteriormente se aprovecharon por los blanqueadores de capitales que trabajaban o asesoraban al crimen organizado, han pasado a ser utilizados para la financiación de organizaciones terroristas y sus acciones.

2. *Profesionalización del blanqueo de capitales y de la financiación de capitales.*⁴⁹

El volumen de los capitales que se blanquean actualmente en cualquier país del mundo permite pensar que la parte del león de todo este flujo de dinero se canaliza a través de personas especializadas en estas tareas.⁵⁰ La evolución del crimen organizado ha colaborado también en esta tendencia hacia la profesionalización. Podemos decir que existe una gran multinacional del delito,⁵¹ que cuenta con especialistas en finanzas y economía para optimizar sus utilidades. Esta particularidad se manifiesta en el mayor profesionalismo de los miembros y de las estructuras de las organizaciones criminales encargadas del lavado de activos así como también en el creciente empleo de profesionales externos altamente calificados en cuestiones legales, financieras, contables, económicas, policiales, etc., por parte de esas organizaciones.⁵²

Existe una pléyade de profesiones, en las que algunos de sus miembros individualmente, se han puesto a disposición de las organizaciones criminales para asesorarles en operaciones de blanqueo, e incluso, para dirigir este tipo de acciones, de forma externa o interna a la propia organización. Por este motivo la Unión Europea recientemente ha tomado una serie de

⁴⁸ Esto no es del todo cierto, ya que la inmensa mayoría de los países europeos y Estados Unidos tienen una puerta trasera de sus mercados financieros: Estados Unidos en las Islas Caimán y en diversos paraísos caribeños; Gran Bretaña en las Islas del Canal; Francia en Montecarlo, Italia en San Marino y El Vaticano,...

⁴⁹ BLANCO CORDERO, ISIDORO: *El delito de...*(op. cit.). p. 56; FABIAN SAIN, MARCELO: *El lavado...*(op. cit.).

⁵⁰ BLANCO CORDERO, ISIDORO: *El delito de...*(op. cit.). p. 56. Cfr. La tipología de los blanqueadores

⁵¹ RAIMUNDI, CARLOS; TILLI, MARIANO: *El Lavado de dinero*. Cuaderno de desarrollo económico n° 5. Centro de estudios Nuevo Milenio. <http://www.nuevomilenio.org.ar/desarrollo/05.html>.

⁵² BLANCO CORDERO, ISIDORO: *El delito de...*(op. cit.).

medidas para convertir en sujetos obligados a una serie de profesiones vulnerables desde este punto de vista del blanqueo. Las obligaciones a las cuales ha sometido a estos profesionales coinciden básicamente con las que previamente tenían que cumplir las instituciones financieras. En este caso la polémica ha sido mayor, porque si las instituciones financieras tenían el secreto bancario, la mayoría de estas profesiones están amparadas por el secreto profesional. El caso paradigmático es el de los abogados, cuyo secreto profesional está amparado en textos internacionales, y en la mayoría de las Constituciones de los países desarrollados.

El grado de especialización ha llegado hasta el punto que existen organizaciones dentro de la estructura del crimen organizado que se han especializado solamente en realizar actividades de blanqueo de capitales para otras organizaciones que se dedican a las más variadas actividades ilícitas. Incluso con esta superespecialización, que vende eficacia y consigue rebajar los costes de la operación, se están superando las barreras étnicas, lo que ha sido favorecido por el fenómeno de la globalización.

En Suiza, en la década de los ochenta, se descubrió un caso de infiltración de blanqueadores profesionales en las altas instancias del gobierno, la banca, la judicatura y la policía de la Confederación Helvética, al que Ziegler denomina “peseta conexión”. Al proceder a la detención de un correo de nacionalidad española, con orígenes vascos, y en posterior registro de su domicilio en Suiza se descubrió el número de teléfono secreto del local del servicio telefónico de Basilea donde se procede al empalme de las escuchas telefónicas de la Policía con los números intervenidos judicialmente por la Oficina del Procurador.⁵³

3. *Enorme variedad y complejidad de técnicas y procedimientos.*

Las actividades de blanqueo de capitales se caracterizan por la gran variedad y complejidad de técnicas y procedimientos utilizados, cuya evolución depende no solamente de las contramedidas encaminadas a la localización y prevención del blanqueo por parte de las autoridades gubernamentales, sino también de la aparición de nuevas tecnologías o de nuevos tipos de operaciones o instrumentos financieros.

Como desarrollaremos en este trabajo, el sistema financiero y las operaciones habituales en él, configuran el escenario y los medios privilegiados para el blanqueo de capitales. No obstante, otros sectores son particularmente sensibles a esa actividad, tales como el comercio de divisas, los casinos, el comercio de joyas, piedras y metales preciosos, la inversión inmobiliaria, la compraventa de inmuebles, los seguros y numerosas actividades de servicios como la hostelería, el correo, el transporte de caudales, los servicios postales, y el transporte de pasajeros. Con esta enumeración “ad exemplum” no pretendemos agotar, ni mucho menos, los métodos y sectores de la actividad económica donde los blanqueadores ponen su vista, sino tan solo ofrecen una idea de su amplitud.

El proceso delictivo mediante el cual se lavan los bienes y utilidades generadas por una actividad delictiva viene definido por la necesidad de aplicación de un conjunto de técnicas,

⁵³ ZIEGLER, JEAN: *Suiza lava más blanco*. Ediciones B. Grupo Z. Documentos. Traducción de Susana Campomanes. 1ª edición. Barcelona. (1990). Págs. 190.

procedimientos y mecanismos económicos y financieros que en sí mismo son lícitos,⁵⁴ es decir, que implican la realización de un conjunto de actividades y la utilización de diversos medios económicos y financieros no prohibidos y que forman parte de la economía formal y no de la economía llamada informal o negra. Esta es una de las posibles explicaciones que justificarían la difícil evolución del tipo penal y las complicaciones que, a veces, entraña su aplicación.

Característica fundamental de los blanqueadores, más acusadamente en los profesionales, es su facilidad de adaptación a las nuevas situaciones y la rapidez en el desarrollo de nuevos métodos, alcanzando en ocasiones un grado de sofisticación en sus operaciones calificada por algunos como asombrosa.⁵⁵

Como ejemplo práctico de esta complejidad y variedad de procedimientos utilizados en un esquema de blanqueo de capitales diseñado por un profesional imaginativo y con una amplia formación tenemos el caso de Franklin Jurado. Este economista colombiano, graduado por Harvard, puso su talento y sus conocimientos al servicio de los carteles colombianos de la droga logrando crear entramados difícilmente detectables por las medidas preventivas actuales.

4. *La enorme magnitud del volumen de capitales que resultan blanqueados.*

El blanqueo de capitales se caracteriza por involucrar un enorme volumen de bienes y dinero de origen delictivo, lo que hace que esta actividad delictiva presente peculiaridades específicas. La tarea de lavar esas cuantiosas sumas de fondos procedentes del delito conlleva la necesidad de profesionalizar tal actividad, de establecer una red internacional y, tal como se observa con frecuencia, de corromper a numerosos funcionarios gubernamentales encargados de la represión de tal delito o de agentes de aplicación de la ley, a los efectos de relajar o neutralizar los controles administrativos o la acción de la justicia sobre dicha ilicitud. Esta característica nos proporciona una idea de la magnitud del problema que estamos analizando.

En el momento en que las sumas objeto de blanqueo alcanzan una determinada dimensión, las técnicas de blanqueo deben cambiar. Ya no se trata de operaciones de carácter artesanal, sino de operaciones masivas que requieren una organización profesional, una estructura, una red de colaboradores y cómplices en los más variados estamentos, un entramado internacional de empresas y entidades de diversos países, incluso entidades financieras propias que operen bajo la apariencia de legalidad (o al menos entidades financieras cómplices), en fin, toda una compleja organización, amplia, sofisticada, costosa, que permita realizar esta actividad a gran escala.

⁵⁴ RAIMUNDI, CARLOS; TILLI, MARIANO: *El Lavado de ...* (op. cit.). El lavado de dinero es el proceso de inversión de los productos o beneficios obtenidos mediante la realización de una actividad prohibida y reprimida por el derecho penal. Pero, a pesar de este origen, el proceso de inversión en nada difiere del que pueden llevar a cabo personas, tanto físicas como jurídicas, que desarrollan actividades no prohibidas. Desde el punto de vista financiero, no hay modalidades de inversión distintas, ya que utilizan los mismos mecanismos, las mismas ventajas y las lagunas legales, a la vez que aprovechan las distintas políticas económicas. Por ello, la economía que se desarrolla a partir de la actividad de lo que se denomina «crimen organizado transnacional» no está fuera del circuito institucionalizado, no es paralela, negra o subterránea. Antes bien, estas economías aprovechan todo el sistema.

⁵⁵ BLANCO CORDERO, ISIDORO: *El delito de...*(op. cit.). p. 60.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI-FATF) utiliza tres métodos indirectos de estimación de la cantidad de dinero blanqueado procedente del tráfico ilícito de drogas:⁵⁶

a) La extrapolación basada en la estimación de la producción mundial de drogas. Este método conlleva determinadas incertidumbres, como las siguientes:

- La producción global de plantas de opio, de hoja de cocas, de cannabis, etc.,
- El consumo interno y la exportación de drogas de cada uno de los países productores.
- Los laboratorios clandestinos de producción de sustancias psicotrópicas.
- Los precios de mercado a pie de calle de cada tipo de drogas.
- El papel de cada clase de drogas en la generación del capital y el nivel de capital generado por cada una de ellas.
- Tráfico al por mayor, el sistema completo de distribución de ventas, y el tráfico al por menor.
- Los flujos financieros dentro de cada país individual.

b) La extrapolación de las necesidades de los consumidores de drogas, debido a que el consumo de drogas como la heroína y la cocaína es ilegal en muchos lugares, ambos la recopilación de datos y los informes son irrealizables.

c) La extrapolación de las incautaciones de drogas por los cuerpos de policía, utilizando un coeficiente multiplicador que normalmente oscila entre el 5 y el 20 por ciento dependiendo de la droga y del país.

El año 1996, una delegación presentó a la reunión anual sobre tipologías de blanqueo de capitales del GAFI, un estudio sobre la magnitud del blanqueo de dinero en su país. El estudio estaba basado en la estadística oficial sobre delincuencia, en pruebas circunstanciales del blanqueo y en las opiniones de expertos en blanqueo.⁵⁷ Se decidió que los expertos estudiarían la metodología empleada para determinar si podía ser empleada en el análisis de la estimación de la magnitud del problema en los países del Grupo de Acción, e incluso, globalmente a nivel mundial.

En el informe correspondiente al año siguiente se incluyen los resultados de esta reflexión.⁵⁸ Se han intentado varias aproximaciones para estimar la cantidad total de capital blanqueado en un determinado ámbito:

- Algunos miembros realizan estimaciones basándose en los datos extraídos del número de informes sobre transacciones sospechosas (STR) registrados en sus países y las cantidades de dinero que involucran estas transacciones. Este método solo alcanza a estimar un subconjunto de capital de la total cantidad blanqueada.

⁵⁶ GAFI. Report on money laundering. 1989-1990. FATF-I. Paris. 7 de febrero. Paris. (1996).

⁵⁷ GAFI: *Report on money laundering Typologies. 1995-1996*. FATF-VII. 26 de junio. Paris. (1996). La cantidad estimada que era blanqueada en ese país ascendía a cuatro billones y medio de dólares por año. En 1995 Australia presentó una estimación del total de la cantidad blanqueada en ese país que situaba en torno a los 3,5 billones de dólares australianos (2,8 billones de dólares).

⁵⁸ GAFI: *Report on...1996-1997*. (op. cit.).

- Otros expertos ofrecieron datos sobre las sumas incautadas o embargadas en las investigaciones de blanqueo de capitales.⁵⁹

A pesar de lo anterior, la mayoría de los miembros del GAFI-FATF carecían de los datos suficientes para aportar una estimación creíble. Con todo se reconoce que hay un general acuerdo en fijar la cantidad de bienes blanqueados, anualmente, en unos cientos de billones de dólares.⁶⁰

Aunque coinciden con la afirmación anterior sobre la imposibilidad de cuantificar con precisión absoluta el volumen global del blanqueo de capitales, Tanzi y Quirk estiman dichos beneficios a escala global en unos 500.000 millones de dólares USA, o lo que es lo mismo, un 2 % del PBI mundial.⁶¹

El anterior Director General del Fondo Monetario Internacional (IMF), Michael Camdessus, ha estimado recientemente que el volumen de dinero blanqueado a través de las fronteras es entre el 2 y el 5 por ciento del producto bruto mundial.⁶² Su equivalente en dólares oscilaría entre 590 billones⁶³ y 1,5 Trillones de dólares.⁶⁴

El Departamento del Tesoro de los Estados Unidos declina hacer cualquier estimación sobre el volumen del capital blanqueado a nivel global y a nivel de su país, a pesar de lo cual afirma que la cantidad es muy grande. Otras Agencias federales⁶⁵ estiman que la cantidad blanqueada en todo el mundo alcanza los 300 billones de dólares. De estos, entre 40 y 80 billones pueden ser beneficios generados en los Estados Unidos por la venta de drogas. Siguen existiendo personas escépticas con estas estadísticas, que han sido elaboradas con una mezcla de experiencia, extrapolación e intuición. En todo caso no puede asegurarse que estas u otras cantidades sean las realmente blanqueadas.

⁵⁹ Una agencia perteneciente a un país del GAFI tuvo, desde el 1 de octubre de 1995 al 31 de agosto de 1996, un total de 1233 casos de blanqueo de capitales con una cantidad global de 1,62 billones de dólares.

⁶⁰ GAFI. *Report on ... 1989-1990*. (op.cit.). Punto 71. Entre el 2 y 5% de PGB del mundo es el abanico de fondos blanqueados anualmente, o su equivalente monetario que se situaría en una cifra entre los 590 billones de dólares y 1,5 Trillones de dólares.

⁶¹ QUIRK, P: *Macroeconomic implications of money laundering*. International Monetary Fund. IMF. Working Paper WP/96/66. Washington. USA. (1996).

⁶² CAMDESSUS, MICHAEL: *Money laundering. The importance of international countermeasures*. Encuentro plenario del GAFI-FATF. Febrero. Paris.(1998). Desde ese momento múltiples autores han hecho suya esta afirmación.

⁶³ SMITH, SUSAN L.: *Money Laundering: Trends and Techniques*. Senior Trial Attorney. Money Laundering Section, Criminal Division US Department of Justice. Conferencia pronunciada en el Ministerio de Justicia de Japón el 2 de febrero de 2001. Tokio. Japón. (2001). <http://www.jcps.ab.psiweb.com/>

⁶⁴ MOULETTE, PATRICK: *Money laundering: staying ahead of the latest trends*. Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF). 26 de mayo. OEDC Observer. (2000). http://www.oecdobserver.org/news/printpage.php/aid/244/Money_laundering:_staying_ahead_of_the_latest_trends.html

⁶⁵ U.S. CONGRESS, Office of Technology Assessment: *Information Technologies for Control of Money Laundering*, OTA-ITC-630. U.S. Government Printing Office, September. Washington, (DC). (1995). Como dato anecdótico en este informe se refleja que la sentencia media impuesta a los condenados por blanqueo de capitales por los Tribunales Federales en 1992 era de 46,1 meses de prisión, y que la sentencia media impuesta a los traficantes de drogas es de 89,4 meses y a los miembros directivos de organizaciones ilícitas de 106,4 meses.

Finalmente, Walker ha propuesto un modelo para estimar el montante total del blanqueo de capitales a nivel mundial.⁶⁶ El resultado, que ofrece la suma de las cifras individuales de cada país al que el modelo ha sido aplicado, ronda los 2,8 trillones de dólares.

5. *Fenómenos asociados al blanqueo de capitales*

El blanqueo de capitales se caracteriza por llevar asociado una serie de fenómenos que observados en conjunto facilitan una comprensión global del mismo. El crimen organizado genera en sus actividades ingentes cantidades de dinero que necesitan del blanqueo de capitales para poder ser útiles a los delincuentes que dirigen o pertenecen esas organizaciones criminales, pero a su vez, los blanqueadores buscan “clientes” y con sus servicios favorecen el que pequeños grupos sin estructura, a medida que sus beneficios crecen exponencialmente, se conviertan en poderosas organizaciones. La interrelación entre crimen organizado y terrorismo es obvia, tanto como fuente de subsistencia de los miembros de la organización como forma de vida. Esta afirmación es particularmente visible en grupos terroristas como GRAPO, que acude a robos en establecimientos bancarios o en transportes de caudales para su financiación aun en ausencia de cualquier otro tipo de actividades, o en los grupos terroristas que operan en Colombia con importantes vínculos a todas las fases del cultivo de la hoja de coca y comercialización de la cocaína obtenida.⁶⁷

Un círculo vicioso semejante podemos trazar al referirnos a la corrupción asociada tanto al crimen organizado como al blanqueo de capitales. Los países tradicionalmente con un nivel alto de corrupción se prestan a tener economías sumergidas que ocupan un alto porcentaje de su riqueza, pero a su vez estas economías clandestinas necesitan corromper el sistema, político y económico, para poder seguir subsistiendo. La dimensión transnacional del crimen organizado ha aparecido por la confluencia de estos dos factores lo que ha tenido como resultado una serie de efectos macroeconómicos indeseados, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Estas situaciones generan una inestabilidad que puede acabar en conflictos armados de diversas dimensiones que tienen como característica común, su difícil solución.

5. MEDIDAS INTERNACIONALES ADOPTADAS PARA HACER FRENTE A LA NUEVA REALIDAD

A pesar de ser un lugar común, parar el reloj del tiempo de la lucha contra el terrorismo y su financiación, precisamente, el día 11 de septiembre de 2001, como si solo se hubiera trabajado en esta materia a partir de esta fecha, puede afirmarse que en la comunidad internacional ya se había generado en la segunda mitad de la década de los años noventa una atención preferente a este fenómeno. Como colofón a estos esfuerzos, en el seno de las

⁶⁶ WALKER, JOHN: *Measuring the Extent of International Crime and Money Laundering*. KriminálExpo. 9 June. Budapest. Hungría. (1999). <http://members.ozemail.com.au/~born1820/Budapest.html>. El modelo completo ocupa 22 megabytes de espacio en disco duro, y se puede consultar un resumen completo del método utilizado en la referencia arriba expuesta. Su autor presenta los resultados en matrices en las cuales se establece la cantidad total generada en cada país y la cantidad total de capital que atrae cada región o país para ser blanqueado.

⁶⁷ Por este motivo se le ha venido denominando “narcoterrorismo”.

Naciones Unidas, vio la luz el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, que fue abierto a la firma en Nueva York el 10 de enero de 2000.

El 28 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1373 (2001), que establece una serie de estrategias de amplio alcance para luchar contra el terrorismo y, en particular, contra su financiación.⁶⁸ El apartado 1 letra a de esta Resolución dispone que los Estados prevengan y repriman la financiación de los actos de terrorismo. Y especialmente, en su párrafo c, ordena que:

congelen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus ordenes, inclusive los fondos obtenidos o derivados de los bienes propiedad o bajo el control, directos o indirectos, de esas personas y de las personas y entidades asociadas con ellos.

En el marco de las Organizaciones Internacionales cuyo objeto específico es la seguridad se puede citar como representativo, el punto tercero de la Declaración de la Cumbre de Praga⁶⁹ recuerda los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 y la subsiguiente decisión de invocar el Artículo 5 del Tratado de Washington, aprobando un completo paquete de medidas, basado en el Concepto Estratégico de la OTAN para reforzar nuestra capacidad de responder a las amenazas a la seguridad de nuestras fuerzas, nuestra población y nuestro territorio, cualquiera que sea el origen de dicha amenaza. Las decisiones de hoy se traducirán en unas capacidades equilibradas y eficaces dentro de la Alianza, de modo que la OTAN pueda cumplir mejor todas sus misiones y responder conjuntamente a esas potenciales amenazas, incluyendo las que plantea el terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva y sus sistemas de lanzamiento.

En función de lo expresado en este punto, entre otras cosas, se decidió lo siguiente:

“Apoyar el acordado concepto militar de defensa frente al terrorismo. Este concepto forma parte de un paquete de medidas destinadas a fortalecer las capacidades de la OTAN en este terreno, lo que también incluye una mejora en la forma de compartir la información y el establecimiento de acuerdos para responder a situaciones de crisis. El terrorismo, que rechazamos y condenamos categóricamente en todas sus formas y manifestaciones, plantea una grave y creciente amenaza para las poblaciones, las fuerzas y el territorio de la Alianza, así como para la seguridad internacional. Tenemos la determinación de combatir esta lacra durante tanto tiempo como sea necesario. Para combatir el terrorismo con eficacia, nuestra respuesta debe ser global y abarcar múltiples facetas.”

En la el seno de la Unión Europea⁷⁰ se han adoptado un sinnúmero de iniciativas legislativas, jurídicas y de todo tipo para hacer frente al terrorismo y a sus fenómenos asociados:

⁶⁸ Nótese que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tardó solo diecisiete días en adoptar una estrategia frente al terrorismo y su financiación después de los atentados del 11 de septiembre. Esto no es más que otra muestra de que aquel día comenzaron a cambiar muchas cosas en nuestro mundo globalizado.

⁶⁹ Realizada por los Jefes de Estado y de Gobierno que participaron en la reunión del Consejo del Atlántico Norte que tuvo lugar en Praga, el 21 de noviembre de 2002.

⁷⁰ Los países de la Unión Europea han ido promulgando normas de prevención de la financiación del terrorismo, el último, Francia que ha promulgado la Ley 2002-1094, de 29 de agosto, de orientación y programación de la seguridad interior (J.O. de 30 de agosto).

- En su reunión extraordinaria del 21 de septiembre de 2001, el Consejo Europeo declaró que el terrorismo constituye un verdadero reto para el mundo y para Europa y que la lucha contra el terrorismo será un objetivo prioritario de la Unión Europea. A continuación se diseñó un Plan de Acción contra el Terrorismo, del que es elemento esencial la lucha contra su financiación.
- El 8 de octubre de 2001, el Consejo de la Unión Europea reafirmó la determinación de la Unión europea y de sus estados miembros de tomar parte plenamente, de forma coordinada, en la coalición mundial contra el terrorismo bajo los auspicios de Naciones Unidas.
- La Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo.
- La Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia. Que junto al Convenio de 26 de julio de 1995 por el que se crea una Oficina Europea de Policía forman el núcleo de la JAI.
- La Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación.⁷¹

Al otro lado del Atlántico, con anterioridad a los atentados de las Torres Gemelas en Estados Unidos tenían, básicamente, la siguiente legislación para detectar y perseguir tanto el blanqueo de capitales como la financiación del terrorismo:

- The Bank Secrecy Act of 1970 (Ley de Secreto Bancario).
- The Money Laundering Control Act of 1986 (Ley de Control del lavado de dinero).
- The Anti-Drug Abuse Act of 1988 (Ley antiabuso de las drogas).
- Section 2532 of the Crime Control Act of 1990 (Ley de Control del Crimen)
- Section 206 of the Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act of 1991 (Ley de Mejora la Corporación Federal de Depositos de Seguros)
- Title XV of the Housing and Community Development Act of 1992 (Ley de desarrollo de la vivienda y la comunidad).

La respuesta del Gobierno de los Estados Unidos con su presidente a la cabeza, a aquellos terribles sucesos no se hizo esperar y en octubre de 2001 se aprobó la “Patriot Act” (Ley Patriota) que amplía los poderes del Fiscal General en materia de escuchas clandestinas, aplicándose incluso a conversaciones, anteriormente confidenciales entre los detenidos o condenados y los abogados.

En materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo la Patriot Act introdujo importantes reformas en la anterior legislación, e incluso dio acceso a la información de todas las cuentas corrientes, en los bancos e instituciones con sede en los Estados Unidos, a la CIA.

Esta ley tienen varios objetivos confesados:

1. Detectar el blanqueo de capitales e incrementar su coste para los blanqueadores.
2. Llevar a cabo investigaciones criminales y financieras a través de las grabaciones de datos y de los informes de transacciones sospechosas

⁷¹ Recientemente han salido varias normas con rango de Ley en España para poner en vigor esta Decisión e incluso ya se ha empezado a operar al amparo de sus disposiciones.

3. Facilitar la supervisión y proteger la reputación e integridad de las instituciones financieras.
4. Facilitar la persecución penal y la prueba del delito en el procedimiento y la incautación del dinero.

No han faltado voces críticas en todo el mundo que desde el punto de vista del derecho internacional, y desde el punto de vista del derecho interno de los Estados Unidos han señalado los problemas y los riesgos de una política tan agresiva –preventiva en exceso, sería un calificativo más suave- en materia de seguridad que pueda llegar a restringir no solo la libertad de sus propios ciudadanos sino la de ciudadanos de otros Estados.⁷²

En España, como representativos de esta corriente de opinión baste citar que el Grupo de Estudios de Política Criminal de España, integrado por un centenar de Jueces, Magistrados, Catedráticos y Profesores de Derecho Penal, emitió un comunicado a través de los medios de comunicación a raíz de las detenciones de miembros de Al Qaida en el conflicto de Afganistán y su internamiento en la Base Militar norteamericana de Guantánamo (Isla de Cuba) en el se puede leer que este Colectivo:⁷³

Manifiesta su rechazo y honda preocupación ante los adversos proyectos de supresión o limitación de derechos fundamentales y libertades públicas que, con la finalidad de luchar contra el terrorismo después de los atentados del 11 de septiembre, se presentan desde Estados Unidos y algunos países europeos, incluyendo propuestas como la intervención indiscriminada de las comunicaciones, la supresión del secreto profesional de los abogados, la detención indefinida o la sumisión de extranjeros a tribunales militares.

1. Porque son medidas que, de aprobarse, supondrían un gravísimo retroceso en conquistas de la humanidad reconocidas por los textos y acuerdos internacionales.
2. Porque suponen la evidente contradicción de destruir unos valores y principios que, al mismo tiempo, se presentan como los propios de una civilización que se dice proteger.
3. Porque los Gobiernos europeos, deben evitar el seguidismo respecto de las políticas restrictivas de derechos de los Estados Unidos y ser capaces de defender los principios del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Estas políticas autoritarias contrarias a los derechos civiles obliga a reivindicar, una vez más, la consolidación de una justicia penal internacional defensora de los derechos tanto de las víctimas como de los acusados.

⁷² AMANN, DIANE MARIE: *El dispositivo americano de lucha contra el terrorismo*. Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé. Núm. 4. Octubre-diciembre. Paris. (2002). Dice esta autora en el mismo sentido que los juristas españoles: “Es inquietante la puesta en marcha de un trato excepcional de los primeros capturados durante las acciones en Afganistán. Aquellos de los que el Presidente americano sospecha que son miembros de Al-Qaida, son detenidos indefinidamente en el seno de la base militar de Guantánamo en Cuba, privados de las salvaguardia humanitarias de la Tercera Convención de Ginebra y de la Constitución americana. Sometidos a interrogatorios sin la asistencia de abogado, no tienen nada mejor que esperar, que diligencias excepcionales ante tribunales especiales, que serán similares pero no idénticos a los tribunales militares habituales. Tales procedimientos de excepción se desarrollan bajo la sombra del secreto y en ausencia de los derechos protectores del acusado”. Este es uno de los motivos del descenso del sentimiento de solidaridad global y de apoyo a los Estados Unidos que se desató entre todos los ciudadanos, sin importar su ideología, de las sociedades occidentales.

⁷³ Declaración del Grupo de Estudios de Política Criminal (España) sobre terrorismo y derechos humanos realizada en La Coruña (España) el 1 de diciembre de 2001. El mismo Benjamin Franklin observó que un país que reduce su libertad para conseguir más seguridad termina por no tener ni libertad ni seguridad.

Este tipo de medidas unido al rechazo de los Estados Unidos a suscribir el Convenio internacional que hace realidad el Tribunal Penal Internacional ensombrecen el panorama de las medidas legales para hacer frente a las nuevas amenazas del terrorismo internacional. Es sin duda un motivo de fricción entre la forma de actuar de Estados Unidos en la lucha contra el terrorismo y la perspectiva de los problemas y sus soluciones por parte de la Unión Europea. De aquí pueden derivarse diferentes sensibilidades por parte de los países en torno a medidas unilaterales de los Estados Unidos, como ha sido el caso de la guerra de Irak, que pueden crear peligrosas fisuras entre los países aliados y en el seno de la propia OTAN.⁷⁴ En todo caso a diario se va produciendo, por la presión interna y la internacional, pronunciamientos de diversos Tribunales de Estados Unidos sobre la situación de los presos y detenidos en su territorio por aplicación de sus nuevas leyes antiterroristas, aunque hasta ahora el Tribunal Supremo de ese país haya declinado, a pesar de habersele sometido la cuestión, entrar al fondo del asunto.⁷⁵ Esto hace que el gobierno de los Estados Unidos tenga en esta materia una posición dinámica, y que se abrirá, de forma paulatina y moderada, al cambio.

En los países europeos no se ha dejado de prestar atención fáctica y jurídica al fenómeno del terrorismo, y a sus fuentes de financiación. En Francia se ha aprobado la Ley nº 2001-1062, de 15 de noviembre de 2001, relativa a la seguridad cotidiana (J.O. de 16 de noviembre) que introduce, entre otros el artículo 421-2.2 que tiene el siguiente tenor literal:

Constituye igualmente un acto de terrorismo, el hecho de financiar una empresa terrorista, suministrando, reuniendo o gestionando fondos, valores o cualesquiera bienes o aconsejando, con la intención de ver dichos fondos, valores o bienes utilizados o sabiendo que se destinan a ser utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los actos de terrorismo previstos en el presente capítulo, con independencia de la realización eventual del acto.

Igualmente llama la atención, la introducción del artículo 706-17 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ahonda en la especialización judicial a la hora de tratar la financiación del terrorismo como materia específica que requiere una investigación de naturaleza económica y financiera:

La instrucción de los actos de terrorismo definidos en los números 5 y 7 del artículo 421-1 del Código Penal y en el artículo 421-2-2 del mismo Código, podrá confiarse, en las condiciones previstas en el párrafo 2º del artículo 83, a un magistrado del Tribunal Supremo destinado en las unidades de instrucción especializadas en materia económica y financiera, en aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 704.

En Italia se promulgó la Ley núm. 438, de 15 de diciembre de 2001, de conversión en ley, con modificaciones, del Decreto-Ley núm. 374, de 18 de octubre de 2001, que contiene medidas urgentes para luchar contra el terrorismo internacional. Llama la atención la nueva configuración penal del tipo de asociación con finalidad terrorista del artículo 270-bis:

Asociaciones con finalidad del terrorismo, incluso internacional o de destrucción del orden democrático: Cualquiera que promueva, constituya, organice, dirija o financie asociaciones que se propongan la celebración de actos de violencia con fines de terrorismo o de subversión del orden democrático, será castigado con la pena de reclusión de siete a quince años.

⁷⁴ Recientemente Estados Unidos ha comunicado a la Unión Europea una página web oficial donde se pueden buscar las personas que están detenidas tanto en el interior de los Estados Unidos como en la base militar de Guantánamo. También ha empezado a extraditar a determinados países a sus nacionales para su enjuiciamiento.

⁷⁵ Es previsible que este Alto Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto en un plano no muy dilatado.

Cualquiera que participe en tales asociaciones, será castigado con la pena de reclusión de cinco a diez años.

Conforme a la ley penal, la finalidad del terrorismo incluye también los actos de violencia contra un Estado extranjero, una institución o un organismo internacional.

Respecto al condenado, es siempre obligatoria la confiscación de las cosas que sirvieron o se destinaron a cometer el delito y de aquéllas que representan el valor, el producto, la ganancia o que constituyan su ocupación.

En este último párrafo puede observarse la diferenciación entre financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales, pero integrado en un solo tipo penal.

6. MEDIDAS LEGALES ADOPTADAS EN ESPAÑA PARA HACER FRENTE A ESTAS AMENAZAS.

En nuestro país, tanto para hacer frente al terrorismo interno, representado principalmente por las organizaciones criminales ETA-MLNV y GRAPO, como para enfrentar el terrorismo que tiene su origen en el fundamentalismo integrista islámico, se han promulgado normas, que complementan a otras, que pretenden encarar los fenómenos del blanqueo de capitales y la financiación de actividades terroristas:

6.1. Medidas legales.

El 21 de mayo, se publicó la Ley 12/2003 de Prevención y Bloqueo de la financiación del terrorismo y su complementaria la Ley Orgánica 4/2003 complementaria de la anterior,⁷⁶ que cubre las lagunas y modifica la normativa administrativa básica vigente en España sobre Prevención de Blanqueo de Capitales.⁷⁷

La respuesta penal tanto a las actividades de blanqueo de capitales, denominado doctrinalmente receptación especial o impropia contemplada en el artículo 301, como las actividades de financiación y colaboración con organizaciones terroristas se encontraban tipificadas en la Ley Orgánica 10/1995, por la que se aprueba el vigente Código Penal.

En el campo penal también se han adoptado una amplia serie de medidas legales que han coadyuvado al objetivo de proscribir el fenómeno del terrorismo en toda su amplitud. La última de ellas, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley

⁷⁶ El carácter orgánico de esta Ley viene obligado porque en su contenido se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

⁷⁷ Esta normativa la conforman la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, de Prevención del Blanqueo de Capitales y el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento para la Prevención del Blanqueo de Capitales.

Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,⁷⁸ que es la más amplia y ambiciosa reforma, emprendida en esta materia desde su promulgación hace ocho años.

Es obligado citar dos normas que, con una naturaleza mixta penal y administrativa, han contribuido decisivamente a cortar la financiación del terrorismo de naturaleza nacionalista radical:

- Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos que abriendo el camino para la ilegalización de Herri Batasuna, dejaba fuera del juego democrático a esta organización y a cualesquiera otras siglas que pretendan continuar con su labor.
- Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los concejales, que además de modificar el artículo 505 del Código Penal de 1995 para tipificar actos contra el orden en las sesiones de los ayuntamientos y actúen contra los concejales, modifica el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de Partidos Políticos, y se introduce un nuevo artículo 4 que impide en cuatro apartados que se entreguen subvenciones o recursos procedentes de la financiación pública a personas, colectivos o grupos que a juicio del Ministerio del Interior estén vinculados al terrorismo o a delitos de rebelión u otros graves contra las Instituciones del Estado.

Las subvenciones diversas y los sueldos de los cargos públicos vinculados a ETA-MLNV servían, en todo o en parte, para sufragar las actividades criminales del conjunto del entramado terrorista. Al acabar con esta fuente de ingresos, o al menos al dificultar enormemente su gestión por parte de los responsables de finanzas, se está haciendo una labor preventiva de una inestimable valor.

Otro tipo de medidas.

Estas medidas legales se complementan con otras de naturaleza operativa y de control que se desprenden del funcionamiento de las siguientes instituciones:

- La cooperación policial bilateral: tanto de Cuerpo Nacional de Policía como de Guardia Civil con las autoridades policiales francesas.
- La cooperación policial en el marco de la Unión Europea al amparo del Convenio Schengen.
- La Comisión de Vigilancia de Actividades de financiación del Terrorismo.⁷⁹
- La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales.
- El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones monetarias.
- La creación del Centro Nacional de Inteligencia.

6.2. Resultados conseguidos

⁷⁸ Quizás otra Ley penal que va a tener una repercusión importante, a medio y largo plazo, sea la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

⁷⁹ Esta Comisión que es un órgano colegiado fue constituida el día 7 de julio de 2003, y es de esperar que su puesta en funcionamiento contribuya a la asfixia económica de todos los grupos terroristas que operan en nuestro país así como de las personas que los apoyan o pertenecen a los mismos.

Se analizarán los resultados conseguidos, según las principales amenazas que se nos presentan en nuestro país:

a) Terrorismo de ETA

De entre todas las medidas policiales y judiciales que durante el año 2002 afectaron a la organización terrorista ETA, tanto a su grupo operativo de comandos como a su estructura de apoyo logístico, propagandístico, empresarial y de información, en lo que respecta al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo⁸⁰ se pueden reseñar como más relevantes, las siguientes:⁸¹

- El Juez Baltasar Garzón declara ilícitas Askatasuna y Segi por formar parte de ETA. (5 de febrero de 2002)
- El Juez Baltasar Garzón procesa a 27 miembros de Haika por su relación con ETA (22 de febrero de 2002).
- La Sección Cuarta de la Audiencia Nacional suspende EKIN por 5 años (6 de marzo de 2002)
- Detenidos 11 líderes de Segi en el País Vasco y Navarra por orden del Juez Baltasar Garzón (8 de marzo de 2002).
- El Juez Baltasar Garzón quiere que Batasuna pague los destrozos de la “kale borroka”. (12 de marzo de 2002).
- Detenida en Suiza la alemana Gabrielle E. Kanze, vinculada al “comando Barcelona” en 1994 (20 de marzo de 2002).
- Detenidos en Francia dos miembros de Batasuna con más de 6000 € en efectivo (24 de marzo de 2002).
- La Juez francesa, Le Vert, acusa de asociación de malhechores al tesorero de Batasuna (26 de marzo de 2002).
- Desmantelada la red que blanqueaba dinero de ETA en las “Herriko Tabernas” (29 de abril de 2002).
- La UE agrega a Askatasuna a la lista de organizaciones terroristas (2 de mayo de 2002).
- El Juez Baltasar Garzón afirma que “HB es una de las grandes empresas de ETA”. (3 de mayo de 2002).
- Detenido un directivo de la Caja Laboral Popular por su implicación en la trama financiera de ETA (29 de mayo de 2002).
- El Juez Baltasar Garzón revela la investigación internacional sobre ONG sospechosas de financiar grupos terroristas. (17 de junio de 2002).
- Francia se compromete a luchar contra el blanqueo de dinero de ETA (1 de agosto de 2002).
- El Juez Baltasar Garzón inicia la suspensión de Batasuna (20 de agosto de 2002).

⁸⁰ Desde la Operación Bidart (1992) llevada a cabo por la Guardia Civil, tanto este Instituto como el Cuerpo Nacional de Policía pusieron de manifiesto las relaciones entre las fuentes de financiación de ETA-MLNV y diversas organizaciones, legales o ilegales, entre ellas las Herriko Tabernas, vinculadas a HB y gestionadas por Banaka S.A, que también creó un grupo empresarial y profesional propio. De igual forma en esta estructura se inyectaba para su blanqueo el producto del chantaje y la coacción a los empresarios y profesionales y los réditos de las diversas actividades del entramado en el extranjero, principalmente en Sudamérica.

⁸¹ Tomadas de la página web del Ministerio del Interior <http://www.mir.es>

- El mismo Juez embarga el dinero que el Estado debe a Batasuna (22 de agosto de 2002).
- El parlamento pide al Tribunal Supremo la ilegalización definitiva de Batasuna. El Juez Baltasar Garzón suspende las actividades de Batasuna y cierra todos sus locales (26 de agosto de 2002).
- La Ertzaintza cierra por la fuerza las sedes de Batasuna. (27 de agosto de 2002).
- La demanda de ilegalización prueba el uso de dinero e instituciones públicas a favor de ETA (31 de agosto de 2002).
- El Juez Baltasar Garzón pide a los bancos los movimientos de cuentas de Batasuna.
- Se detienen seis personas en Hendaya en una operación contra la trama financiera de ETA (17 de octubre de 2002).
- El Juez Baltasar Garzón procesa a Olano y a otros 23 miembros de Gestoras pro amnistía. (29 de octubre de 2002).
- El Juez Baltasar Garzón imputa a la cúpula de Batasuna por pertenencia a ETA (21 de noviembre de 2002).

Durante el año 2003 se han realizado dos operaciones importantes sobre el entramado financiero de ETA:

El 18 de julio de ese año, la Procuraduría General Mejicana, en una operación conjunta con el Cuerpo Nacional de Policía, detiene en Méjico a seis españoles y a varios ciudadanos mejicanos. Simultáneamente en España, se detuvo a otra persona en Guernica. Los detenidos tenían montada una perfecta trama financiera por la que transferían dinero en efectivo desde Francia a Méjico pasando por España. Utilizaban transferencias internacionales como medio más rápido y seguro para hacer llegar los fondos a ese país. Además, reintegraban el dinero mediante operaciones en efectivo y libramiento de cheques que cobraban en caja, dificultando de esta manera la identidad del beneficiario de dichos fondos. Esta es una más de las ramificaciones establecidas en Sudamérica, y que sirven de fuente de ingresos y a la vez blanquea fondos para el entramado terrorista. El Juzgado de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional solicitó el 14 de julio esta actuación de la Justicia Mejicana por los delitos de asociación delictiva, terrorismo, blanqueo de capitales y falsificación de documentación, y con posterioridad inició los trámites de extradición de los ciudadanos españoles detenidos.

El 20 de febrero de 2003 la Guardia Civil procedía a la realización de veintidós registros en domicilios de personas físicas y jurídicas, y a la detención a diez personas por su vinculación a la trama financiera y de apoyo a ETA. Entre los detenidos se encuentran los dirigentes de las empresas editoras del único diario “Euskaldunon Egunkaria”, el único diario en lengua vasca. A los detenidos se les imputa el haber incurrido en un presunto delito de integración y colaboración con organización terrorista, relativa a la presunta instrumentalización de las sociedades mercantiles Egunkaria Sorteen S.L y Egunkaria S.A, dentro de la estrategia terrorista.

El objetivo confesado de esta acción era poner al descubierto la verdadera naturaleza del “proyecto Egunkaria” y su utilización por parte de ETA-MLNV para, entre otras cosas, blanquear dinero y financiarse a través de la trama financiera que lo sostenía. La finalidad de esta red era generar un flujo económico opaco al control estatal y de la Administración Tributaria. Los fondos eran gestionados por un conjunto de sociedades y entidades interrelacionadas, que permanecen, como es habitual, ajenos a los circuitos y modos normalizados del actuar mercantil.

El origen de las investigaciones se remonta a la operación de Bidart, llevada a cabo en 1992, en la que fue desarticulada la cúpula de ETA. Uno de los documentos incautados entonces, puso al descubierto el llamado “Proyecto Udaletxe”, sobre el entramado financiero de la banda y las organizaciones afines a ella. Los dirigentes de ETA reconocían, en el acta de una reunión, que la banda criminal era, en realidad, quien distribuía el dinero entre AEK, HB, Gestoras, Egin y Egunkaria. La Guardia Civil prosiguió la investigación sobre esta última empresa con la convicción de que formaba parte de una red de empresas editoriales con una estructura capaz de canalizar los fondos procedentes de la extorsión a empresarios y las subvenciones del Gobierno vasco, hasta empresas emplazadas en las Antillas holandesas.⁸² En el transcurso de la operación, los agentes descubrieron que Egunkaria S.A, editora del diario Eguno Egunkaria, servía como vehículo para el blanqueo de dinero por parte de la banda terrorista. Según las conclusiones a las que se llegaron, se podía establecer un vínculo entre el periódico y el antiguo responsable de cobrar el chantaje y la coacción a la que somete ETA a los empresarios, profesionales y ciudadanos españoles, Pedrito de Andoain y, también, con el exjefe del aparato militar de la banda, Francisco Javier García Gaztelu, alias Txapote.⁸³

A raíz de esta operación el titular del Juzgado número 6 de la Audiencia Nacional, Juan del Olmo, ordenó la suspensión de actividades y la clausura de los locales y establecimiento del diario “Euskaldunon Egunkaria”, un rotativo que, como se ha apuntado, ha estado recibiendo subvenciones del Gobierno vasco durante años.

A consecuencia del análisis de la información obtenida en esta primera fase, esta operación tuvo una segunda parte, que se llevo a cabo el 15 de octubre del mismo año, en la que resultaron detenidas nueve personas: ocho directivos del grupo Egunkaria S.A y un abogado vinculado al mismo, que fueron puestos a disposición del Juzgado número 6 de la Audiencia Nacional, quien tramitaba el procedimiento original.

En 2003, aunque desgraciadamente tenemos que lamentar el fallecimiento en atentados terroristas, siempre inocentes, es apreciable la disminución de la actividad de ETA-MLNV. Quizás el fenómeno, que hace más visible la relación entre el estrangulamiento de las fuentes de financiación y la ilegalización de las actividades organizativas y la disminución de la actividad terrorista, sea la casi completa desaparición de la delincuencia vandálica de daños y estragos en bienes públicos y privados de determinadas personas y empresas.⁸⁴ Parte de este éxito hay que atribuirlo directamente a las medidas legales y de otra índole enumerada en el apartado anterior

b) Terrorismo de GRAPO

Durante el año 2002 se detuvo a la cúpula del GRAPO en París, incluido su máximo ideólogo y dirigente, el Camarada Arenas, en una operación conjunta de la Policía francesa y la Guardia Civil. Los activistas que quedan en libertad cuentan con un pequeño grupo de

⁸² Este mismo procedimiento de blanqueo es utilizado por múltiples organizaciones criminales lo que pone de manifiesto una vez más lo acertado de la afirmación que los flujos de capital del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo discurren por los mismos circuitos y se mezclan en las mismas “cocinas”, sitas en paraísos fiscales.

⁸³ COUSO, CAROLINA: *La Audiencia Nacional clausura Egunkaria, el único diario en euskera, por su presunta colaboración con ETA*. Revista Guardia Civil. Marzo. Madrid. (2003). Pgnas. 30.

⁸⁴ Conocido periódicamente y en ámbitos de apoyo a los terroristas como “kale borroka”, o más técnicamente como “terrorismo de baja intensidad”.

apoyo entre familiares y simpatizantes,⁸⁵ pero su principal fuente de financiación son los robos en establecimientos bancarios y en furgones blindados de traslado de fondos.

c) **Terrorismo islámico:**

En junio de 2001 fue detenido en Alicante Mohamed Bensakhria, jefe del comando Maliani del GSPC (Grupo Salafista de Predicación y Combate), desarticulado en Frankfurt cuando preparaba un atentado en Estrasburgo, probablemente contra la sinagoga de esta ciudad francesa. El 26 de septiembre fueron detenidos en distintas provincias españolas seis argelinos. A uno de ellos, Mohamed Belaziz, se le incautó un diario en que manifestaba su disposición a morir en un atentado suicida. Al parecer estaba designado para atacar la embajada norteamericana en París. Las redes argelinas de terrorismo utilizan España como lugar de descanso y como base logística de sus actividades.

Mucho más llamativa, y preocupante, es la presencia de Al Qaida en nuestro país, aunque afortunadamente no ha realizado acciones directas aquí. A pesar de lo anterior, pueden establecerse claramente vinculaciones entre la célula establecida en España y los terroristas que organizaron, dirigieron y ejecutaron los atentados contra las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001.

El egipcio Mohamed Atta, el responsable principal de los ataques suicidas y el piloto que estrelló su avión contra la primera de las Torres Gemelas, viajó a España en dos ocasiones, en enero y julio de 2001, se supone que para entrevistarse con otros miembros de Al Qaida y quizás para concretar la operación prevista. También visitó España en varias ocasiones, una de ellas justo en vísperas del 11 de septiembre, el yemení Ramzi Benalshibh, que había compartido piso con Atta en Hamburgo y que, según los indicios disponibles, actuó de coordinador de los ataques. En su desplazamiento de julio a Tarragona tanto Mohamed Atta, que venía desde Tampa (Florida) como Ramzi Binalshibh, que venía desde Hamburgo, se entrevistaron con Mohamed Belfatmi, argelino de 26 años, que vivía en esta ciudad. Este último se fue a Pakistán ocho días antes de los atentados de las Torres Gemelas, y hasta el momento no ha podido ser detenido. Ramzi Binalshibh participó activamente en la financiación de los atentados.

Las investigaciones realizadas por la Sección de Operaciones de Financiación del Terrorismo (TFOS) del FBI⁸⁶ han esclarecido casi por completo la financiación del atentado del 11-S.

Los métodos utilizados para la financiación son los habituales para blanquear y mover dinero internacionalmente. Estos procedimientos pueden catalogarse como formales e informales. Entre los primeros se encuentran las tarjetas de crédito, de debito; transferencias

⁸⁵ A finales de 2003, el Cuerpo Nacional de Policía, llevó a cabo una operación sobre esta parte de la organización criminal que se encontraba en libertad, por lo que el núcleo operativo de personas que pertenecen a los GRAPO tiene que ser limitado, como sus apoyos económicos.

⁸⁶ Esta sección ha sido creada con posterioridad al 11-S con el objetivo de interrumpir y desmantelar los mecanismos financieros de los terroristas.

telegráficas; y entre los segundos emplearon la Hawala⁸⁷, los mensajeros, envíos de dinero en efectivo,...

Se detectaron vinculadas a los participantes en los cruentos atentados de Nueva York más de 35 cuentas corrientes o de ahorro, más de 30 cuentas de tarjetas de crédito o débito y más de 50 transferencias por cable, de ellas 12 eran transferencias financieras internacionales; que afectan a un total de 19 países, entre los cuales se encontraba España.

Los terroristas usaban pasaportes saudíes o de los Emiratos Árabes Unidos (EAU), para abrir cuentas en efectivo con cheques de viaje, adquiridos fuera de Estados Unidos de América. Iban en grupo a la entidad bancaria y era frecuente que algunas cuentas fueran conjuntas, preferían la utilización de un mismo interlocutor bancario, nunca mujer, tenían direcciones y teléfonos temporales o compartidos, escogían bancos radicados en comunidades musulmanes y en la casilla de la ficha de cuenta destinada a la ocupación del titular, decían ser estudiantes. Las cuentas, fueran abiertas en los treinta días siguientes a su entrada en Estados Unidos de América. Todas sus cuentas eran normales con tarjeta de crédito, no tenían número de seguridad social y la mayoría de los secuestradores utilizaron el mismo banco. Hacían una importante entrega inicial en efectivo o por transferencia por cable y disponían del dinero en pequeñas extracciones muy frecuentes, consultaban el saldo muy a menudo y no depositaron nunca un cheque nominal.

Se detectaron transferencias con entradas de dinero para los dos “pilotos” –Mohamed Atta (AA 11) y Marwan Al-Shehni (UA 175)- por los procedimientos arriba descritos, desde el 19 del julio al 30 de agosto, por un total de 39.455 \$ al Citibank de Nueva York, como banco enlace, que serían transferidos posteriormente al Sun Trust Bank Gula Coast de Florida, bando en el cual eran titulares de sendas cuentas. Se registran en las fechas, inmediatamente anteriores al atentado, devoluciones de dinero de los pilotos suicidas junto con el terrorista Waleed Al Shehri que se desplazan hasta Boston y Laurel –ciudad a cinco minutos de Washington- para realizarlas.

En concreto en las cuentas manejadas por los terroristas se depositaron 303.481 \$ y se desembolsaron un total de 303.671,62 \$, lo que viene a significar que la organización y ejecución del atentado tuvo como coste total esta cifra global. Después de analizar las cuentas de ingresos y gastos, al FBI le sorprende lo barato que ha resultado causar tanta destrucción y sufrimiento.

El 13 de noviembre de 2001 fueron detenidos en España Imad Edin Barakat yadas, alias Abu Dahdah, y otros miembros de una célula de Al Qaida, en una operación policial bajo la coordinación del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional.

Esta célula tiene sus prolegómenos en las actividades de proselitismo realizadas por el palestino Chej Salah entre los fieles de la mezquita madrileña de Abu Baker. Este activista repartía propaganda de grupos armados islamistas en ese centro religioso, sin autorización del imán, y en 1994 fundó un grupo islamista de naturaleza sectaria.⁸⁸ Eran los años de la guerra

⁸⁷ Este es un sistema bancario paralelo al tradicional, utilizado en el mundo islámico y la India, que tiene ramificaciones en todo el mundo, mediante la cual se pueden transferir fondos entre países sin ningún tipo de justificantes ni preguntas. Una banca de este tipo fue descubierta y desmantelada en la Operación Solarium-120 de la UCIFA del Servicio Fiscal de la Guardia Civil en Melilla en el año 199. Esta Operación estuvo dirigida desde el Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional por el Magistrado Juan del Olmo.

⁸⁸ AVILES FARRÉ, JUAN: *El nuevo terrorismo...* (op. cit.)

de Bosnia y uno de los principales cometidos del grupo era reclutar mujahidines para combatir allí. En 1995, Chej Salah se trasladó a Pakistán para integrarse en la organización MAK, precursora de Al Qaida, que se encargaba de encaminar a los voluntarios extranjeros hacia Afganistán, pero permaneció en contacto con la célula española, a cuyo frente quedó Abu Dahdah, un sirio nacionalizado español. Las actividades que realizaba la célula eran el reclutamiento de mujahidines, el envío de dinero –que en parte fue obtenido por el uso fraudulento de tarjetas de crédito-, el apoyo logístico y la difusión de propaganda.⁸⁹

A pesar de lo anterior, las investigaciones colocan a Mohamed Haydar Zammar, alias el oso, como fundador y primer coordinador de la célula de Al Qaida en España. Este sirio, de la misma nacionalidad que Abu Dahdah, residía en Hamburgo donde impartía clases de Islam en la mezquita Al Quds. Otra prueba más de las relaciones existentes entre la célula de Hamburgo y la española, y su papel conjunto en la preparación del atentado de las Torres Gemelas.

La importancia de Abu Dahdah dentro de Al Qaida se pone de manifiesto por sus numerosos viajes: más de veinte al Reino Unido, donde contactó con Abu Qatada, y varios a Bélgica, Dinamarca, Suecia, Turquía, Jordania, Malasia e Indonesia. Ciertas conversaciones telefónicas que mantuvo en agosto y septiembre, llenas de alusiones crípticas, hacen sospechar que recibió información previa a los atentados del 11-S. Algunos miembros de su célula realizaron cursos de entrenamiento militar en un campo de Al Qaida en Indonesia, por lo que sus confesiones representaron uno de los primeros indicios públicos de la estrecha relación existente entre la organización de Bin Laden y ciertos grupos integristas islámicos indonesios.⁹⁰

El último detenido en esta trama es Taysir Alouny, amigo de Abu Dahdah, y residente en Granada. Taysir trabajaba como periodista de Al Yazira, cadena de televisión qatarí, para la que cubrió la guerra de Afganistán. En el curso de este trabajo llegó a entrevistar personalmente a Bin Laden en un lugar indeterminado de este país. Este periodista es cuñado de Mohamed Haydar, “el oso”, cuyo pasaporte fue hallado por las fuerzas norteamericanas en la casa de Mohamed Atef, alias Abu Hafs, en Kabul.

Mérida, 10 de enero de 2004.

⁸⁹ El FBI estima que las células de Al Qaida europeas se caracterizan por financiarse mediante tráfico de estupefacientes en Alemania, tráfico de armas, explosivos y armas químicas en Italia, con trabajos ilegítimos en España (reparaciones de coches y mantenimiento de inmuebles) permaneciendo de forma larvada sin delinquir, retirando el dinero de las cuentas –que mantenían abiertas con el abundante dinero que se les enviaba por transferencias- mediante el cajero automático en pequeñas cantidades.

⁹⁰ AVILES FARRÉ, JUAN: *El nuevo terrorismo...* (op.cit.)

Bibliografía

ADRIASOLA, GABRIEL: *El lavado de capitales desde la perspectiva de la teoría del delito*. INGRUSI LTDA. Montevideo. Uruguay. (2001).

AMANN, DIANE MARIE: *El dispositivo americano de lucha contra el terrorismo*. Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé. Núm. 4. Octubre-diciembre. Paris. (2002).

AVILES FARRÉ, JUAN: *¿Es posible y necesario definir el terrorismo?*. Universidad de Granada. Seminario "Terrorismo: Nuevas manifestaciones. Nuevas Respuestas". Conferencia pronunciada el 18 de abril. Granada. (2002). www.gees.org

AVILES FARRÉ, JUAN: *El nuevo terrorismo y la seguridad nacional*. Instituto Gutierrez Mellado. Curso de Verano 2002. Conferencia pronunciada el 23 de julio. Ávila. (2002).

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: *Derecho Penal económico: desarrollo económico, protección penal y cuestiones político criminales*. En Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado. Madrid. (1995).

BLANCO CORDERO, ISIDORO: *El delito de blanqueo de capitales*. Aranzadi. Pamplona. (1997). Ppna. 101.

CAMDESSUS, MICHAEL: *Money laundering. The importance of international countermeasures*. Encuentro plenario del GAFI-FATF. Febrero. Paris.(1998).

CHESNAIS, FRANÇOIS: *Blanqueo de dinero sucio y mundialización financiera*. Traducción Susana Merino. ATTAC. Paris.

COUSO, CAROLINA: *La Audiencia Nacional clausura Egunkaria, el único diario en euskera, por su presunta colaboración con ETA*. Revista Guardia Civil. Marzo. Madrid. (2003). Pgnas. 30-31.

DELIA FUENTES, ALMA: *Internet como fuente de investigación en temas de corrupción Algunas sugerencias para seguir la pista al lavado de dinero*. Coordinadora de información y capacitación de Periodistas de Investigación. Revista Probidad. Séptima Edición. Marzo-Abril. Méjico. (2000). <http://www.probidad.org/sv/ediciones/007/art06.html>

DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO: *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Dykinson. Madrid. (1997).

GARCIA SAN PEDRO, JOSE: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. (1993). Pgnas. 282

GOMEZ INIESTA, DIEGO: *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. Cedecs. Barcelona. (1996).Pгна. 141.

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, GUILLERMO: *El delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en la legislación penal costarricense*. Investigaciones Jurídicas. San José de Costa Rica. (1993).

QUIRK, P: *Macroeconomic implications of money laundering*. International Monetary Fund. IMF. Working Paper WP/96/66. Washington. USA. (1996).

LAMARCA PEREZ, Carmen: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Madrid. (1985).

MINISTERIO DE DEFENSA: *Libro Blanco de la Defensa*. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid.(2000). Pgnas. 276.

MINISTERIO DE DEFENSA: *Revisión Estratégica de la Defensa*. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica. Revista Española de Defensa. Madrid.(2003). Pgnas. 104.

- MOULETTE, PATRICK: *Money laundering: staying ahead of the latest trends*. Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF). 26 de mayo. OECD Observer. (2000).
http://www.oecdobserver.org/news/printpage.php/aid/244/Money_laundering:_staying_ahead_of_the_latest_trends.html
- MOULETTE, PATRICK: *La acción internacional contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo*. En Cantero, Salvador (editor): *Blanqueo de capitales. Fuentes del dinero negro*. Colección Estudios de Seguridad. Publicaciones de la Fundación Policía Española. Madrid. (2003). Págs. 29-49.
- RAIMUNDI, CARLOS; TILLI, MARIANO: *El Lavado de dinero*. Cuaderno de desarrollo económico n° 5. Centro de estudios Nuevo Milenio. <http://www.nuevomilenio.org.ar/desarrollo/05.html>.
- RISSANEN, AHTI: *Global money - opportunity or threat?*. Telecom Research. Telecom Finland Ltd. Finlandia. (1996). <http://www.tml.hut.fi/Opinnot/Tik-110.501/1996/seminars/works/global.html>
- SAENZ MONTERO, MANFRED: *El secreto bancario y el “lavado de dinero” en Costa Rica. (análisis y perspectivas de un problema social)*. Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Agosto. Año 9 Núm 13. San José (Costa Rica). (1997).
<http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2013/saenz13.htm>
- SAINT DENIS, P: *Medidas recientes adoptadas en Canadá y a nivel internacional para combatir el lavado de dinero*. En IV Seminario Regional sobre medidas efectivas para combatir delitos de drogas y mejorar la Administración de Justicia penal. 15 al 27 de julio. San José de Costa Rica. (1989).
- SAVONA, ERNESTO et. Alt: *Globalization of crime: the organisational variable*. Transcrim. Working Papers. Septiembre n° 15. Trento. Italia. (1997);
- SMITH, SUSAN L.: *Money Laundering: Trends and Techniques*. Senior Trial Attorney. Money Laundering Section, Criminal Division US Department of Justice. Conferencia pronunciada en el Ministerio de Justicia de Japón el 2 de febrero de 2001. Tokio. Japón. (2001). <http://www.jcps.ab.psiweb.com/>
- U.S. CONGRESS, Office of Technology Assessment: *Information Technologies for Control of Money Laundering*, OTA-ITC-630. U.S. Government Printing Office, September. Washington, (DC). (1995).
- VALENTIN, BENIGNO DE: *El blanqueo de Capitales*. Madrid. (1998)
- VIDALES RODRÍGUEZ, CATY: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Valencia. (1997). Págs. 72.
- WALKER, JOHN: *Measuring the Extent of International Crime and Money Laundering*. KriminálExpo. 9 June. Budapest. Hungría. (1999). <http://members.ozemail.com.au/~born1820/Budapest.html>
- WARDLAW, G.: *Terrorismo Político: Teoría, Táctica y contramedidas*. Traducción de Fernando Cano Morales. Ediciones Ejercito Servicio de Publicaciones del EME. Madrid. (1986). Págs. 353
- WILKINSON, PAUL: *Terrorism and the Liberal State*. Macmillan. Londres. (1977).
- ZIEGLER, JEAN: *Suiza lava más blanco*. Ediciones B. Grupo Z. Documentos. Traducción de Susana Campomanes. 1ª edición. Barcelona. (1990). Págs. 213

DEFENSA

Instituto Español de Estudios Estratégicos - Real Instituto Elcano
Panorama estratégico 2003/2004
Secretaría General Técnica. Ministerio de Defensa. Madrid, 2004
237 páginas

EL conflicto de Irak se produjo en un panorama de disenso entre los países europeos y por la radicalidad norteamericana. La Unión Europea es consciente de mantener el vínculo transatlántico para adoptar medidas en la lucha contra las nuevas amenazas, pero Francia consideró que era la ocasión adecuada para liderar la política europea. Alemania siguió la postura de Francia reforzando sus lazos. Por contra Polonia lideraba a los países procedentes del Este que valoraban el vínculo transatlántico.

El disenso entre países ha producido una quiebra dentro de la Unión Europea, como se manifestó en la Conferencia intergubernamental, así como en la OTAN o en las mismas Naciones Unidas, en la que el propio Kofi Anan, conciente de la pérdida de prestigio de la ONU, convocó una "Comisión de Sabios".

La guerra de Irak ha abierto nuevos cambios en Oriente Próximo, haciéndose una referencia específica a Turquía, Chipre, Libia y al eje hispano-marroquí.

Por otro lado son analizados de forma detallada el panorama estratégico en Asia e Iberoamérica, así como el nuevo esquema de relaciones Rusia-EEUU que se está produciendo, tras la victoria de Putin en las elecciones parlamentarias del pasado año.

Después de analizar todos estos acontecimientos se puede afirmar que existe un proceso de instaurar un nuevo orden que producirá un reajuste en el mapa estratégico, siendo necesario contar con el análisis de especialistas como en este libro se hace.

José Villena Romera

Carlos DE CUETO y Javier JORDAN
Respuestas a nuevos desafíos de seguridad
Editorial Comares. Granada, 2003
229 páginas

ESTE libro se enmarca dentro del Programa interregional de formación y desarrollo de expertos en recursos de la Europa del sur. El programa Interreg tiene entre

sus objetivos el estudio de las principales incógnitas sobre la seguridad, el bienestar y el devenir futuro de nuestras sociedades.

Se puede afirmar, en términos geopolíticos, que el siglo XX comenzó con la Primera Guerra Mundial y terminó con la caída del Muro de Berlín y la desmembración de la URSS, y el siglo XXI ha comenzado el 11 de septiembre de 2001.

La nueva idea de seguridad se abre paso desde un escenario definido desde los EEUU, que han sido atacados por primera vez en su territorio, poniendo en evidencia la vulneración de la primera potencia mundial y que está obligando a una adaptación de las estructuras defensivas occidentales.

Igualmente, el conflicto de Irak ha puesto de relieve la falta de cohesión en la política exterior y en la definición de los intereses estratégicos de la Unión Europea, la cual no ha de estar enfrentada ni ser dependiente con la de los EEUU, que ha de aspirar a tener la capacidad suficiente de influir en los acontecimientos internacionales y de gestionar las crisis que puedan mermar su seguridad.

Los autores abordan el debate actual sobre seguridad ofreciéndonos, desde diferentes puntos de vista, las claves de los acontecimientos que se han producido en los últimos tiempos.

José Villena Romera

SEGURIDAD PUBLICA

Philippe ROBERT

El ciudadano, el delito y el Estado

Atelier, 2003

278 páginas

EL texto constituye un camino para el descubrimiento del significado actual del concepto de seguridad y de los problemas relacionados con la delincuencia en nuestra sociedad.

Si bien el autor, director de investigaciones del CNRS de Francia (Centre National de Recherches Scientifiques), se centra en el análisis de la sociedad francesa, no es menos cierto su extrapolación de forma general a la nuestra.

La quiebra de una sociedad donde la proximidad espacial es fundamental para garantizar la seguridad de sus miembros, y las relaciones sociales dejan de limitarse a esa proximidad vecinal, hace necesario dotar al Estado de instrumentos eficaces de vigilancia del espacio público; lo cual supone que se pueda distinguir entre lo público y lo privado, pero donde actualmente muy frecuentemente ambos aspectos se mezclan y diluyen.

Según D. Philippe Robert, con la dificultad del acceso al mercado laboral y con el creciente desarrollo del subempleo, se amenaza la financiación del "Estado social" y, con ello, la debilitación del concepto del "Estado de la Seguridad". La privación de numerosas personas de acceder a determinados bienes semiduraderos

(televisión, coche, lavavajillas, etc.), que reflejan el estatus social de sus propietarios, es una de las importantes causas del aumento de los delitos.

El propio autor se pregunta sobre el riesgo de que el "Estado de la Seguridad" sustituya al "Estado social", tomando como ejemplo lo que ocurre en los Estados Unidos; llegando a la conclusión que diferentes indicadores no reflejan síntomas de americanización. No oculta, sin embargo, el gran desafío de nuestras sociedades, que deben articular la seguridad pública con una "prevención que gane en sustancia sin reducirla a lo situacional y sin romper su apoyo en la política social".

Marcos Rubio García

ACADEMIA DE OFICIALES DE LA GUARDIA CIVIL

Actuaciones de la Policía Judicial para el proceso penal

Secretaría General Técnica (Ministerio del Interior). Madrid, 2003

338 páginas

ESTE libro ha sido realizado por profesores de la Academia de Oficiales y por el actual General Jefe de la Jefatura de Enseñanza Excmo. Sr. D. Pascual Solís Navarro, cuando ocupaba el cargo de Coronel Director de la citada Academia. Sus autores nos ofrecen un análisis pormenorizado de las distintas actividades que la Policía Judicial realiza para el proceso penal.

El artículo 126 de la Constitución establece que: "*la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca*", siendo su desarrollo normativo recogido en diferentes leyes y por el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

La edición de este libro resulta de interés como manual de formación para los Agentes de Autoridad que tengan la condición de Policía Judicial, y de gran utilidad para cualquiera que esté interesado en profundizar los conocimientos en aspectos jurídicos de la Policía Judicial, debiendo resaltar la abundancia de jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo así como del Tribunal Constitucional.

José Villena Romera

Per STANGELAND y M.^a José GARRIDO DE LOS SANTOS

El mapa del crimen. Herramientas geográficas para policías y criminólogos

Tirant lo Blanch, 2003

206 páginas

EL texto es el resultado de un proyecto de investigación llevado a cabo por la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (IAIC), dirigido por el profesor D. Per Stangeland, investigador del IAIC, y cuyo informe pretende poner de manifiesto la importancia de los Sistemas de Información Geográfica (SIG) como herramienta valiosa para policías, criminólogos y estadísticos; centrándose en un caso práctico de aplicación del SIG en la ciudad de Málaga.

Un Sistema de Información Geográfica es un sistema de organizar datos, que permite la representación y el estudio de la información sobre la ubicación de hechos por medio de interconectar bases de datos a un mapa digitalizado. El nivel de detalle cartográfico depende de la actividad o aplicación que se pretenda por cada organización, al ser una herramienta que permite la visualización de datos en un mapa.

Por ejemplo, en el aspecto de la delincuencia con un SIG se puede obtener fácilmente una imagen de las áreas conflictivas de una ciudad, así como la eficacia de la labor policial ante el desarrollo de diferentes campañas de prevención, o simplemente el despliegue en tiempo real de patrullas de un cuerpo o varios, con la importancia que esto conlleva para dar un rápida respuesta ante un posible hecho; todo ello dependiendo de los datos volcados en el sistema.

Los datos sobre ubicación de delitos normalmente ni contradicen ni apoyan las teorías existentes sobre la delincuencia. Estos datos tienen interés cuando se combinan con otros para comprobar hipótesis.

Marcos Rubio García

Marcelo F. AEBI y Borja MAPELLI CAFFARENA

Turismo y Seguridad en Andalucía

Consejería de Turismo y Deporte (Análisis del Turismo 11). Sevilla, 2003

104 páginas

EL turismo en España, que es una de las mayores fuentes de ingreso económico, lleva consigo aparejadas una serie de problemas de especiales características, de entre éstas la seguridad viene a cobrar una relevancia especial, siendo un factor estratégico que debe ser incluido en la planificación turística de este siglo.

El informe analiza la victimogénesis, es decir, el conocimiento del riesgo que corre un turista de ser víctima de un delito; y elaborar, a partir de esa realidad, un programa de intervenciones concreto.

El análisis se realiza en base a delitos contra la propiedad, amenazas y agresiones sexuales o físicas, considerados de manera universal, dado que si bien estos tipos son sancionados por todos los países de nuestro entorno, la pena a imponer es variable de un país a otro. El informe recoge la metodología seguida en la investigación (estructura y recogida de datos), así como los resultados (muestra y experiencias) y propuestas planteadas tanto para el ámbito policial, legal como combinados.

Después de haber realizado la presente encuesta de victimización, que se recoge en el anexo 1 del informe, las conclusiones demuestran que el 10 por 100 de los turistas que visitan Andalucía son víctimas de algún delito, valorando como alta o muy alta (el 78 por 100 de los encuestados) la importancia que se da a la seguridad a la hora de decidirse por un país para disfrutar de sus vacaciones.

Tanto el presente informe junto con otras encuestas de victimización que se realicen servirán a la hora de realizar la política criminal general y de establecer medidas y planes que mejoren la seguridad de los turistas, que sin duda ayudará a mejorar la seguridad y calidad de vida del conjunto de la sociedad.

José Villena Romera

DELINCUENCIA

Eduardo A. FABIAN CAPARROS

La corrupción de Agente Público extranjero e internacional

Tirant lo Blanch. Valencia, 2003

180 páginas

Sí la actividad del Estado es fundamental para el buen funcionamiento de la economía de un país y éste, para potenciar la misma, incrementa su intervención y consumo a través de empresas privadas, se puede decir que el interés de estas últimas es mutuo por conseguir los favores de la administración, llegando en ciertos casos a obtenerlos mediante el soborno.

El conocimiento de casos de empresas como "Enron" han puesto de manifiesto un problema, de supuestos casos de corrupción, que no sólo afecta al país donde se encuentra ubicada la empresa, sino que puede incluso afectar a la política económica internacional.

El autor, profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, nos presenta una visión de la corrupción desde el punto de vista internacional, siendo la presente obra una monografía a este tipo delictual. La corrupción internacional y las bases del conflicto, junto con las medidas adoptadas a escala supranacional, es tratada en la primera parte del libro.

La segunda parte se centra en el estudio de la normativa española introducida en nuestro Código Penal tras la ratificación del Convenio de la OCDE en 1997.

José Villena Romera

TERRORISMO

El declive de ETA

Edita IUISI, marzo 2004

España ante el terrorismo internacional

Edita IUISI, abril 2004

EL Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI) inició en marzo de 2004 la publicación de un dossier que pretende abordar temas de actualidad que afectan a la seguridad de nuestro país. De esta forma, el primer dossier trató sobre "El declive de ETA" y apareció en un momento especialmente trágico, precisamente cuando acabábamos de sufrir el peor atentado terrorista de nuestra historia.

Con un terrorismo de ETA aparentemente en regresión y una política autonómica cada vez más nacionalista, la nueva situación que se vislumbra en el País Vasco obliga a una reflexión sobre el futuro, y es lo que el IUISI pretende analizar en el citado texto, con la colaboración de profesionales de las diferentes instituciones que dentro del Estado luchan contra el terrorismo.

En esta misma línea de debate, en el pasado mes de abril se publicó el dossier sobre *"España ante el terrorismo internacional"*, donde personal investigador del mencionado Instituto analizan la presencia de Al Qaeda en nuestro país, las redes del terrorismo islamista en el Magreb, las medidas antiterroristas de la Unión Europea antes y después del 11-M, así como el "narcoterrorismo".

Es pues la publicación que se presenta una buena herramienta para favorecer y emplazar al debate y opinión sobre temas de actualidad que afectan a la seguridad, que se brinda tanto a profesionales de la seguridad como a especialistas y estudiosos del mundo académico.

Marcos Rubio García

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

JOSÉ GARCÍA SAN PEDRO

Teniente Coronel de la Guardia Civil

Doctor en Derecho

NOTICIAS LEGISLATIVAS

- ORDEN INT/1251/2004, de 7 de mayo, por la que se crea el Comité Ejecutivo para el Mando Unificado de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La Orden crea el Comité Ejecutivo para el Mando Unificado, dependiendo directamente del Ministro del Interior. El Comité Ejecutivo está presidido por el Secretario de Estado de Seguridad e integrado por los Directores Generales de la Policía y de la Guardia Civil, el Director General de Infraestructuras y Material de Seguridad y el Director del Gabinete del Ministro del Interior, actuando como Secretario el Asesor de su Gabinete que determine el Presidente. Las decisiones que el Comité Ejecutivo adopte tienen carácter directivo sobre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y su ejecución corresponde al Presidente del Comité.

Como objetivos prioritarios se señalan: la creación de unidades especiales conjuntas sobre criminalidad organizada, inteligencia e investigación, terrorismo, intervención policial y desactivación de explosivos; la creación y gestión de una base común de datos policiales; la creación de un organismo con competencias en materia de policía científica; la creación de un centro de estudios de perfeccionamiento en materia de seguridad ciudadana; la creación y organización de salas únicas de atención a los ciudadanos y la profundización en las distintas instancias de cooperación policial internacional.

JURISPRUDENCIA

- STC 25/2004, de 26 de febrero de 2004.

I. Normativa de referencia: Protección de la Seguridad Ciudadana (LO 1/1992, de 21 de febrero),

Artículo 13. 1. *El Ministerio del Interior podrá ordenar, conforme a lo que se disponga reglamentariamente, la adopción de las medidas de seguridad necesarias en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, para prevenir la comisión de los actos delictivos que se puedan cometer contra ellos, cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables.*

Artículo. 23. A los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves:

e) La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización o excediendo de los límites de la misma

ñ) La apertura de un establecimiento, el inicio de sus actividades o el desarrollo de su funcionamiento sin autorización o sin adoptar total o parcialmente las medidas de seguridad obligatorias o cuando aquéllas no funcionen o lo hagan defectuosamente, o antes de que la autoridad competente haya expresado su conformidad con las mismas.

II. Análisis.

1. Introducción.

En base a los hechos que se recogen, la presente sentencia confirma la doctrina del Tribunal Constitucional, hasta el momento, sobre el concepto de seguridad pública, que, a la vez, constituye el fundamento de la regulación restrictiva sobre seguridad ciudadana, así como de su interpretación, de tal forma que, como en este caso, no toda materia relacionada con la seguridad pública de forma genérica puede relacionarse con la protección de la seguridad ciudadana.

2. Hechos

“Por Resolución del Alcalde de (S) de 17 de agosto de 2000 se impuso a la demandante de amparo la sanción de cierre de la discoteca (I) por un período de un mes, impuesta, según consta en la resolución administrativa, por comisión de la infracción prevista en el art. 28.2 g) de la Ordenanza de medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones del Ayuntamiento de (S), que califica como infracción grave el ejercicio de actividades industriales con puertas o ventanas abiertas. En la resolución se señalaba expresamente que la Ordenanza de protección del medio ambiente encontraba anclaje legal en la Ley Orgánica 1/1992, 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, sin especificar el precepto de la misma que ofrecía cobertura en el aspecto concreto por el que se sancionaba.

3. Concepto de seguridad pública

La seguridad pública se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, estando conectada a las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. No obstante, por una parte, no toda seguridad de personas y bienes ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su mantenimiento puede englobarse en aquella, al mismo tiempo que, de otro lado, existen parcelas más allá de las funciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que si se integran en el concepto, como la protección civil, o la custodia, traslado y, eventualmente, destrucción con determinados productos estupefacientes y psicótrpos.

“(.) es preciso partir de nuestra doctrina acerca del concepto de “seguridad pública”, en relación con el cual hemos declarado que “se refiere a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano” (STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3, con cita de las SSTC 33/1982, de 8 de junio, 117/1984, de 5 de diciembre, 123/1984, de 18 de diciembre, y 59/1985, de 6 de mayo), precisando en esta misma resolución y fundamento jurídico que dicha materia incluye “un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva del bien jurídico así definido”. Ahora bien, también hemos delimitado de manera más restrictiva el concepto de “seguridad pública”, al afirmar en la STC 148/2000, de 1 de junio, FJ 6 (recogiendo lo dicho en la STC 59/1985, de 6 de mayo, FJ 2), que no toda seguridad de personas y bienes, ni toda normativa encaminada a conseguirla o a preservar su

mantenimiento, puede englobarse en aquélla, pues, si así fuera, la práctica totalidad de las normas del Ordenamiento serían normas de seguridad pública, cuando es claro que se trata de un concepto más estricto en el que hay que situar de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el art. 104 CE.

En esta misma línea de precisión del concepto de “seguridad pública”, este Tribunal señaló en la STC 148/2000, de 1 de junio, FJ 6, que su ámbito normativo puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la “policía de seguridad”, es decir, de las funciones propias de las fuerzas y cuerpos de seguridad, señalando que “por relevantes que sean, esas actividades policiales, en sentido estricto, o esos servicios policiales, no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública ... Otros aspectos y otras funciones distintas de los cuerpos y fuerzas de seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas ... componen sin duda aquel ámbito material (STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3)”. Y hemos aplicado este criterio en diversos supuestos, pero siempre guiados por una concepción restrictiva de la “seguridad pública”. Tal ocurre con la “protección civil”, que requiere para la consecución de sus fines la integración y movilización de recursos humanos muy heterogéneos y no sólo policiales (SSTC 123/1984, de 18 de diciembre, y 133/1990, de 19 de julio), o con determinados productos estupefacientes y psicótropos, cuya custodia, traslado y, eventualmente, destrucción se incardinan en las materias “seguridad pública” y “administración de justicia” (STC 54/1990, de 28 de marzo). Pero ambos casos se caracterizan, precisamente, por referirse a situaciones o productos que son susceptibles de ocasionar graves riesgos para personas y bienes, lo que exige la adopción de medidas de especial intensidad”.

4. Ámbito general de aplicación de la Ley sobre protección de la seguridad ciudadana

La LO 1/1992 tiene por finalidad asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia, la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas. Por consiguiente, no extiende su regulación a cualquier actividad que pueda tener una relación más o menos remota con la seguridad pública sino que su contenido se refiere a materias concretas susceptibles de originar riesgos ciertos que pueden afectar de modo directo y grave a la seguridad de personas y bienes.

“(.) Esta idea restrictiva del concepto de “seguridad pública” preside la regulación de la Ley Orgánica 1/1992 que, según establece en su disposición final primera, se dicta en ejercicio de la competencia estatal *ex art. 149.1.29 CE* en materia de seguridad pública, siendo la finalidad de su regulación la de “asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas” (art. 1.2). De esta forma, la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana constriñe su regulación, según se apunta en términos generales en su exposición de motivos, al establecimiento del ámbito de responsabilidad de las autoridades administrativas en materias como la fabricación, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos, concentraciones públicas en espectáculos, documentación personal de nacionales y extranjeros en España y ciertas actividades de especial interés y responsabilidad para las fuerzas y cuerpos de seguridad. Esto es, la Ley abarca fundamentalmente materias concretas susceptibles de originar riesgos ciertos que pueden afectar de modo directo y grave a la seguridad de personas y bienes, tomando en consideración, especialmente, “fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana” (exposición de motivos), pero no extiende su regulación a cualquier actividad que pueda tener una relación más o menos remota con la seguridad pública”.

5. Doctrina concreta sobre las ordenanzas municipales de medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones.

La eliminación o disminución de ruidos y vibraciones para situarlas dentro de límites que los hagan tolerables, se encuentra encaminada a procurar una mayor tranquilidad a los vecinos, y, en este sentido, puede considerarse relacionada con la seguridad pública, sin embargo, al realizarse a través de una intervención administrativa que no resulta extraordinaria y que se desarrolla de manera constante y regular, permitiendo el funcionamiento normal de las actividades afectadas y sin recoger reacciones para situaciones que puedan ser consideradas de riesgo extraordinario, estas intervenciones no son encuadrables en el concepto seguridad ciudadana, ni, por consiguiente, en el de seguridad pública.

“(..) A la vista del concepto de “seguridad pública” que se acaba de delimitar, puede adelantarse que el art. 23 ñ) de la referida Ley Orgánica no constituye una cobertura legal suficiente para la sanción que el Ayuntamiento de (S) impuso al demandante de amparo por infracción del art. 28.2 g) de la Ordenanza municipal sobre protección del medio ambiente.

En efecto, esta Ordenanza municipal tiene por objeto regular “la actuación municipal para la protección del medio ambiente contra las perturbaciones por ruidos y vibraciones” (art. 1), quedando sometidas a sus prescripciones “todas las instalaciones, aparatos, construcciones, obras, vehículos, medios de transporte y, en general, todos los elementos, actividades y comportamientos que produzcan ruido y vibraciones que ocasionen molestias al vecindario” (art. 2). En su regulación, aparte del régimen sancionador, se incluyen reglas acerca de los niveles máximos de perturbación por ruidos y vibraciones, normas sobre aislamiento acústico y de mediciones acerca de su efectividad, régimen de distancias de las actividades productoras de perturbaciones, así como otros preceptos referidos a vehículos a motor y actividades varias.

Ciertamente, la eliminación o disminución de los ruidos y las vibraciones de las fuentes productoras en las distintas instalaciones y actividades sujetas a la misma, para situarlas dentro de límites que los hagan tolerables, se encuentra encaminada a procurar una mayor tranquilidad a los vecinos, y, en este sentido, puede considerarse relacionada con la seguridad pública, objeto preciso de la regulación contenida en la Ley Orgánica 1/1992. Sin embargo, la Ordenanza no deja de establecer un conjunto de reglas que protege la tranquilidad ciudadana a través de una intervención administrativa que no resulta extraordinaria y que se desarrolla de manera constante y regular, permitiendo el funcionamiento normal de las actividades afectadas de modo que los ruidos y vibraciones que produzcan no alteren la calidad de vida de los ciudadanos; finalidad en la que se inserta incluso el régimen sancionador, en el que no se pueden atisbar reacciones para situaciones que puedan ser consideradas de riesgo extraordinario. Por tanto, el fundamento de la Ordenanza no se puede incardinar propiamente dentro del concepto de “seguridad pública” ni, en suma, en el ámbito estricto de cobertura de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana.

En conclusión, el diferente ámbito en el que se mueven la regulación legal y la de la Ordenanza impide que, sin desvirtuar el concepto de seguridad pública, pueda emplearse cualquiera de los tipos de infracción establecidos en el art. 23 de la Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana para otorgar cobertura legal a la infracción contemplada en el art. 28.2 g) de la Ordenanza sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones del Ayuntamiento de (S) (“ejercer actividades industriales con puertas o ventanas abiertas”). Además, en el supuesto del art. 23 ñ) de la Ley Orgánica hay que tener presente que las “medidas de seguridad” a que se refiere el precepto son precisamente las contempladas en el art. 13 de la misma Ley, [apartado 1]. Siendo éste el tenor de dichas medidas, parece claro que en las mismas no pueden tener cabida las arbitradas por la Ordenanza municipal que nos ocupa y, más en concreto, aquéllas cuya desatención dio lugar a la imposición de la sanción administrativa cuestionada.

(..) De igual manera, se ha de excluir la cobertura del art. 23 d) de la reiterada Ley, invocado por el Ministerio Fiscal [actualmente art. 23 e), tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto], pues es evidente que la expresión “o excediendo de los límites de la misma” (de la autorización), bajo la que se pretende amparar la infracción del art. 28.2 g) de la Ordenanza municipal, ha de ser entendida como referida a límites que guarden consonancia con el preciso objeto de la Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana. Tanto más cuanto, como ya dijimos al ocuparnos de la constitucionalidad de determinadas normas de la citada Ley Orgánica, “la única razón de ser —muy plausible en sí— de estas ordenaciones legales (las previstas en la misma Ley), no es otra que la de procurar una certeza y precisión en cuanto a los límites que enmarcan la actuación del poder público” (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8). Y es que la conclusión contraria, que permitiría incluir en la Ley invocada como cobertura la omisión de cualquier requisito o condición, con independencia de su naturaleza, impuestos por las Ordenanzas municipales para la apertura o funcionamiento de los establecimientos de toda índole, podría conducir a situaciones difícilmente conciliables con los principios de legalidad y de seguridad jurídica que deben impregnar todo el Ordenamiento. Por otra parte, la Administración actuante en ningún momento ha afirmado que la conducta de la demandante de amparo objeto de reproche supusiera un exceso respecto de los límites de la autorización concedida en su día”.

- STC 24/2004, de 24 de febrero de 2004

I. Normativa de referencia.

1. Código penal.

Artículo 563. *La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.*

2. Reglamento de Armas (Real Decreto 137/1993, de 29 de enero).

Artículo 4. 1. *Se prohíbe la fabricación, importación, circulación, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las siguientes armas o de sus imitaciones:*

- a) Las armas de fuego que sean resultado de modificar sustancialmente las características de fabricación u origen de otras armas, sin la reglamentaria autorización de modelo o prototipo.*
- b) Las armas largas que contengan dispositivos especiales, en su culata o mecanismos, para alojar pistolas u otras armas.*
- c) Las pistolas y revólveres que lleven adaptado un culatín.*
- d) Las armas de fuego para alojar o alojadas en el interior de bastones u otros objetos.*
- e) Las armas de fuego simuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto.*
- f) Los bastones-estoque, los puñales de cualquier clase y las navajas llamadas automáticas. Se considerarán puñales a estos efectos las armas blancas de hoja menor de 11 centímetros, de dos filos y puntiaguda.*
- g) Las armas de fuego, de aire u otro gas comprimido, reales o simuladas, combinadas con armas blancas.*
- h) Las defensas de alambre o plomo; los rompecabezas; las llaves de pugilato, con o sin púas; los tiragomas y cerbatanas perfeccionados; los munchacos y xiriquetes, así como cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas.*

2. No se considerará prohibida la tenencia de las armas relacionadas en el presente artículo por los museos, coleccionistas u organismos a que se refiere el artículo 107, con los requisitos y condiciones determinados en él.

Artículo 5. 1. *Queda prohibida la publicidad, compraventa, tenencia y uso, salvo por funcionarios especialmente habilitados, y de acuerdo con lo que dispongan las respectivas normas reglamentarias de:*

a) *Las armas semiautomáticas de las categorías 2.^a 2 y 3.^a 2, cuya capacidad de carga sea superior a cinco cartuchos, incluido el alojado en la recámara, o cuya culata sea plegable o eliminable.*

b) *Los «sprays» de defensa personal y todas aquellas armas que despidan gases o aerosoles, así como cualquier dispositivo que comprenda mecanismos capaces de proyectar sustancialmente estupefacientes, tóxicas o corrosivas.*

De lo dispuesto en el presente apartado se exceptúan los «sprays» de defensa personal que, en virtud de la correspondiente aprobación del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos, se consideren permitidos, en cuyo caso podrán venderse en las armerías a personas que acrediten su mayoría de edad mediante la presentación del documento nacional de identidad, pasaporte, autorización o tarjeta de residencia.

c) *Las defensas eléctricas, de goma, tonfas o similares.*

d) *Los silenciadores aplicables a armas de fuego.*

e) *La cartuchería con balas perforantes, explosivas o incendiarias, así como los proyectiles correspondientes.*

f) *Las municiones para pistolas y revólveres con proyectiles «dum-dum» o de punta hueca, así como los propios proyectiles.*

g) *Las armas de fuego largas de cañones recortados.*

2. *Queda prohibida la tenencia, salvo en el propio domicilio como objeto de adorno o de coleccionismo, con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 107 de este Reglamento, de imitaciones de armas de fuego que por sus características externas puedan inducir a confusión sobre su auténtica naturaleza, aunque no puedan ser transformadas en armas de fuego.*

Se exceptúan de la prohibición aquellas cuyos modelos hayan sido aprobados previamente por la Dirección General de la Guardia Civil, con arreglo a la normativa dictada por el Ministerio del Interior.

3. *Queda prohibido el uso por particulares de cuchillos, machetes y demás armas blancas que formen parte de armamentos debidamente aprobados por autoridades u organismos competentes. Su venta requerirá la presentación y anotación del documento acreditativo del cargo o condición de las personas con derecho al uso de dichos armamentos.*

También se prohíbe la comercialización, publicidad, compraventa, tenencia y uso de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros, medidos desde el reborde o tope del mango hasta el extremo.

No se considerarán comprendidas en las prohibiciones anteriores, la fabricación y comercialización con intervención de la Guardia Civil, en la forma prevenida en los artículos 12.2 y 106 de este Reglamento, la compraventa y la tenencia exclusivamente en el propio domicilio, con fines de ornato y coleccionismo, de las navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros.

II. Análisis.

1. Introducción.

En sucesivos números de esta revista hemos venido siguiendo la evolución de la interpretación del artículo 563 del Código penal sobre el concepto de "armas prohibidas", que resumimos a continuación antes de pasar al análisis establecido en la sentencia del Tribunal constitucional que traemos a colación en este número, que establece la constitucionalidad de precepto en virtud del principio de conservación de la norma, sin perjuicio de recomendar precisar la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal .

El artículo 563 tiene la misma redacción que la del artículo 517 del Proyecto de Código penal de 1992, que se ajustó a la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 18 de junio de 1991 sobre el control de la adquisición y tenencia de armas (91/47/CEE), de tal manera que lo que en él se penalizaba era la tenencia de "armas de fuego prohibidas", es decir, aparatos y lanzadores militares de efecto explosivo; armas de fuego automáticas; armas de fuego disimuladas bajo apariencia de cualquier otro objeto; municiones con balas perforantes, explosivas o incendiarias, así como los proyectiles para tales municiones; y las municiones para pistolas y revólveres con proyectiles dum-dum o de punta hueca así como estos proyectiles, salvo en lo que respecta a las armas de caza o de

tiro al blanco para las personas autorizadas a utilizar dichas armas (anexo I, puntos I y II.A de la Directiva).

Entre el Proyecto 1992 y el Código penal de 1995 entró en vigor el nuevo Reglamento de Armas (Real Decreto 137/1993, de 29 de enero), cuya finalidad es transponer al derecho interno la Directiva, pero advirtiendo ya en su Exposición de Motivos que su ámbito es más amplio que el de aquella, cuestión, por otra parte, prevista en la propia Directiva, y así ocurre con las “armas prohibidas” de los artículos 4 y 5, de cuyo catálogo resulta un contenido más amplio que el de las “armas de fuego prohibidas” de la Directiva. Sin embargo, y frente a algunas interpretaciones doctrinales, la aplicación del principio de proporcionalidad, fundamentado en el valor constitucional justicia, y del principio de intervención mínima o del Derecho penal como última ratio, hacía prever una aplicación no automática del Reglamento de Armas en este aspecto, cuestión que aborda la Sentencia que comentamos.

Ya la Fiscalía General del Estado, en Consulta 14/1997, utilizó únicamente como referencia del concepto de “armas prohibidas” el artículo 4 del Reglamento de Armas. A este respecto establece que cuando el artículo 4 describe lo que por “armas prohibidas” haya de entenderse, engloba en sus siete apartados dos categorías: el de las armas de fuego no reglamentadas, es decir, aquellas cuyo uso, adquisición y tenencia no resultan autorizables -frente a las reglamentadas a que se refiere el artículo 3 del mismo texto legal- y aquellas otras que, sin ser de fuego, el legislador ha querido situar extramuros de toda posible legalidad (bastones estoque, puñales, navajas automáticas, defensas de alambre o plomo, rompecabezas, llaves de pugilato, tiragomas y cerbatanas perfeccionados, etc.). La Fiscalía, con apoyo en las infracciones recogidas en los artículos 155, 156 y 157 del Reglamento, concluye que el artículo 563 del Código penal queda integrado por la tenencia de las armas de fuego prohibidas del artículo 4.1 del Reglamento (apartados a, b, c, d, e y g), y en cuanto a las que no sean de fuego, por aquellas conductas consistentes en comerciar, portarlas en establecimientos públicos y lugares de reunión, concentración, recreo o esparcimiento, o utilizarlas sin adoptar las medidas necesarias para no causar peligro o daños a personas o cosas; en todo caso, nunca la simple y nuda posesión material y domiciliaria de los objetos descritos en el artículo 4.1.f) y h) podrá colmar las exigencias del tipo del artículo 563. A la misma conclusión de atipicidad, con base en los artículo 4.2 y 107 del Reglamento llega con respecto a la tenencia de las armas prohibidas con fines

exclusivamente coleccionistas, previos los informes a que se refiere el artículo 98 del propio Reglamento.

Según la doctrina del Tribunal Supremo hasta el momento, el concepto de “armas prohibidas” del artículo 563 CP estaría integrado, como máximo, por los supuestos recogidos en las letras a) a h) (excepto el último inciso de ésta) del artículo 4.1 del vigente Reglamento de Armas, a los que se vino a sumar el criterio de exclusión por ausencia para la seguridad individual o pública.

Para la sentencia que se analiza: “El primer inciso del art. 563 CP tipifica como delito y castiga con pena de prisión de uno a tres años “la tenencia de armas prohibidas”, sin realizar ninguna especificación ulterior acerca de cuáles son éstas. Por tanto, nos encontramos ante un precepto con carácter de ley orgánica (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, gozando de tal carácter todos los preceptos excepto los señalados en la disposición final sexta), en el que la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (armas prohibidas) cuyo significado sólo puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuáles son las armas prohibidas.

Sin tomar en consideración aquí las eventuales prohibiciones contenidas en normas internacionales, en cuanto a la normativa extrapenal interna, ha de recordarse que el art. 149.1.26 CE establece la competencia exclusiva del Estado respecto del régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos. En el ejercicio de dicha competencia, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, en sus arts. 6 y 7 establece una habilitación legal en virtud de la cual “la Administración del Estado establecerá los requisitos y condiciones de la fabricación y reparación de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales; explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos; así como los de su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación; su tenencia y utilización” (art. 6.1) y se faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a las que se refiere el artículo anterior, a través de diversas vías, entre ellas, “mediante la prohibición de ciertas armas, municiones y explosivos, especialmente peligrosos, así como el depósito de los mismos” [art. 7.1 c)].

En desarrollo de la anterior habilitación, se promulgó el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas, cuyos arts. 4 y 5 regulan las armas prohibidas, estableciéndose en el art. 4 un catálogo de armas cuya fabricación, importación, publicidad, compraventa, tenencia y uso se prohíbe en todo caso, salvo la tenencia por los museos, coleccionista y otros organismos a los que se refiere el art. 107 del mismo cuerpo legal, estableciendo requisitos y condiciones para ello. Por su parte, el art. 5 establece otra serie de prohibiciones respecto de la publicidad, compraventa, tenencia y uso de otras armas y otros objetos que no tienen tal carácter, si bien en estos supuestos la prohibición no es absoluta, sino que se exceptúa respecto de los funcionarios especialmente habilitados para ello (en los supuestos del núm. 1) y respecto de los particulares en los supuestos de los núms. 2 y 3.

Por último, la disposición final cuarta del Reglamento establece que “se considerarán prohibidas, en la medida determinada en los arts. 4 y 5 del Reglamento, las armas o imitaciones que en lo sucesivo se declaren incluidas en cualesquiera de sus apartados, mediante Órdenes del Ministro del Interior, dictadas a propuesta de la Dirección General de la Guardia Civil, previo informe de la Comisión Interministerial Permanente de Armas y Explosivos”.

A continuación se recogen los criterios de interpretación del TC sobre este concepto.

2. Exclusión del concepto de armas prohibidas de las armas o imitaciones que en lo sucesivo se declaren incluidas en el Reglamento en virtud de ordenes del Ministerio del Interior.

“(..). En este punto, hemos de realizar una primera precisión desde una perspectiva estrictamente formal. Si bien conforme a la doctrina de este Tribunal, la reserva de ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en leyes extrapenales y reglamentos administrativos, en el presente supuesto tal posibilidad debe agotarse en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (o la norma que en el futuro lo sustituya) sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo penal, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante

órdenes ministeriales, conforme a lo previsto en la anteriormente transcrita disposición final cuarta del mismo. En primer lugar, porque tal proceder carecería de cobertura legal, ya que la Ley Orgánica 1/1992 faculta al Gobierno para reglamentar la prohibición, no al Ministro del Interior. Y, sobre todo, porque de lo contrario, por esa vía se diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, función esencial de la reserva de ley en materia penal, que resultaría vulnerado el art. 25.1 CE. En esta línea, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10, declara la inconstitucionalidad del inciso final del art. 26 j) de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, que calificaba como infracciones leves de la seguridad ciudadana, entre otras, la trasgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas “en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas”, entendiendo que “Una tal remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción no es ... conciliable con lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución”. Por tanto, todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 mediante una Orden ministerial no podrán considerarse armas prohibidas a los efectos del art. 563 CP, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal.

3. Análisis del artículo 563 desde la perspectiva de las normas penales en blanco.

3.1. Primer requisito: La norma extrapenal ha de ser fácilmente identificable.

“(..). Sentado lo anterior, y partiendo de que la mera existencia de un elemento normativo no vulneraría, formalmente, la reserva de ley orgánica respecto de las normas penales que establecen penas privativas de libertad, hemos de examinar ahora si desde la perspectiva material se cumplen las exigencias inherentes al principio de legalidad.

Dado que el tipo se configura esencialmente en torno a un elemento normativo, por definición ello implica la referencia a normas cuyo posible conocimiento resulta indispensable para poder precisar el significado y alcance de dicho elemento y cuyo contenido pasa a integrar el tipo penal, contribuyendo a la configuración del hecho punible. Ahora bien, para que la utilización de elementos de tal índole sea constitucionalmente

admisible las normas extrapenales han de ser fácilmente identificables de acuerdo con los criterios de integración del propio Ordenamiento jurídico. En el presente supuesto, puede afirmarse que la definición de la conducta típica se complementa, como ha sido tradicional en nuestro ordenamiento, con la normativa extrapenal contenida en el Reglamento de armas que define cuáles son las armas prohibidas, lo cual colma la exigencia de predeterminación normativa.

Por otra parte, esa llamada a la normativa extrapenal está justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma penal —que, conforme a la interpretación doctrinal y jurisprudencialmente más extendida es la seguridad ciudadana (y, mediatamente, la vida y la integridad física de las personas), ante el peligro que para la misma representa la tenencia incontrolada de armas— y parece necesaria a la vista del objeto de la prohibición, dada la complejidad técnica y la evolución del mercado de las armas, al que se incorporan sin cesar nuevos tipos y modelos o se perfeccionan los existentes, lo que hace imprescindible la adecuación de la normativa a esa evolución y justifica la remisión a la legislación administrativa, para delimitar lo que en cada momento se considera prohibido, sin necesidad de una constante actualización de la norma penal, que tiene una pretensión de relativa permanencia en el tiempo (STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 5)”.

2º Requisito: claridad y precisión de la sanción correspondiente.

“(..) También se establece con toda claridad en el precepto que la pena será de prisión de uno a tres años”.

3º Requisito: que la norma penal establezca en núcleo esencial de la prohibición. En este caso, el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas.

“(..) La única cuestión controvertida es, en realidad, si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición, de modo que la norma remitida se limite a completar con carácter

instrumental y de forma subordinada a la ley el contenido de la misma, quedando salvaguardada la función de garantía del tipo penal”.

“(..) En efecto, en virtud del principio de conservación de la ley, este Tribunal ha declarado reiteradamente que sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos “cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma” (STC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 8, citando entre otras muchas las SSTC 93/1984, de 16 de octubre, 115/1987, de 7 de julio, 105/1988, de 8 de junio, 119/1992, de 18 de septiembre), habiendo admitido desde nuestras primeras resoluciones la posibilidad de dictar sentencias interpretativas, a través de las cuales se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera, si bien nuestra labor interpretativa tiene por objeto establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza “a ignorar o desfigurar enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2). En definitiva, la interpretación conforme no puede ser una interpretación *contra legem*, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, usurpando este Tribunal funciones que corresponden al legislador.

La interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de que el art. 563 CP en su primer inciso no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas”.

4. Doctrina interpretativa del concepto “armas prohibidas” del artículo 563 CP.

Que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana.

“(.) Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, en el plano de la interpretación literal o gramatical, a partir del concepto de armas, excluyendo del ámbito de lo punible todos aquellos instrumentos u objetos que no lo sean (aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida) y que no tengan inequívocamente tal carácter en el caso concreto. Y, según el Diccionario de la Real Academia, son armas aquellos “instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse”, por lo que en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo.

En segundo lugar, y acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de *ultima ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios

objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación. Esta pauta interpretativa resulta acorde, por lo demás, con la línea que, generalmente, viene siguiendo el Tribunal Supremo en la aplicación del precepto en cuestión”

5. Conclusión.

“(..)Recapitulando todo lo expuesto hasta ahora, a tenor del art. 563 CP las armas cuya tenencia se prohíbe penalmente son, exclusivamente, aquellas que cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, y aunque resulte obvio afirmarlo, que sean materialmente armas (pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son); en segundo lugar, que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de prohibición del art. 563 CP todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de armas mediante una Orden ministerial conforme a lo previsto en la disposición final cuarta, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en material penal; en tercer lugar, que posean una especial potencialidad lesiva y, por último, que la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, quedando excluida la intervención del Derecho penal cuando no concurra realmente ese concreto peligro sin perjuicio de que se acuda, en ese caso, al Derecho administrativo sancionador (STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3).

A través de esta interpretación restrictiva, el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, tanto desde la perspectiva de las garantías formales y materiales inherentes al principio de reserva de ley, como desde la perspectiva de la proporcionalidad de la reacción penal; pues bien solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme a la Constitución. Todo ello sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal”.

