

# CUADERNOS DE LA GUARDIA CIVIL

## REVISTA DE SEGURIDAD PUBLICA

NUMERO XL

AÑO 2009

2.ª EPOCA

### **EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISION POR LOS INTEGRANTES DE LA GUARDIA CIVIL**

*Arturo Beltrán Núñez*

### **EL INTERCAMBIO DE INFORMACION COMO INSTRUMENTO ESENCIAL DE LA COOPERACION POLICIAL EN EL MARCO DE LA UNION EUROPEA**

*José Pérez Navarrete*

### **LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO**

*José Ramón Navarro Miranda*

### **REFLEXIONES EN TORNTO A LA LEY DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO**

*Soledad Cazorla Prieto*

### **RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES**

*Consuelo Madrigal Martínez-Pereda*

### **VIOLENCIA DOMESTICA, ASPECTOS INTERNACIONALES Y EXPERIENCIA**

*María José Garrido Antón*

### **LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS Y SU UTILIZACION POR LA MAFIA RUSA**

*Julián López Muñoz*

**INFORMACION Y DOCUMENTACION SOBRE SEGURIDAD  
(2.º SEMESTRE DE 2009)**

# SUMARIO

## Colaboraciones

### El cumplimiento de la pena de prisión por los integrantes de la Guardia Civil

1

*Arturo Beltrán Núñez*

■ Aunque, por fortuna, no sea frecuente, tampoco es insólito que los integrantes de la Guardia Civil hayan de cumplir una pena de prisión. Ello es ahora más frecuente que hace años por diversas razones entre las que la principal es el progresivo interés de los modernos sistemas penales en tutelar enérgicamente valores que en otro tiempo recibían menos protección, o no recibían ninguna. Pensemos por ejemplo en los delitos de tortura, y en general en los delitos cometidos por los funcionarios públicos, o en los relacionados con la denominada violencia de género. De otra parte la consideración de los cuarteles de la Guardia Civil como lugares opacos en los que no trascendía lo que dentro pudiera ocurrir ha desaparecido tanto por impulso externo —el interés de jueces, fiscales, querellantes, en averiguar la verdad— cuanto, sobre todo, por impulso interno —la cada vez más clara conciencia de que de ninguna manera es tolerable encubrir o disimular actos delictivos bajo la coartada del compañerismo o el espíritu de cuerpo—.

En las líneas que siguen se estudiarán brevemente las peculiaridades que reviste el cumplimiento de la pena de prisión cuando el condenado a ella es guardia civil (en sentido amplio, esto es, comprensivo de los suboficiales y oficiales particulares o generales).

No se trata pues de estudiar o resumir lo que es el cumplimiento de la pena de prisión esto es el entero régimen y tratamiento penitenciario sino sólo aquellas variantes del mismo que puedan ser de especial aplicación a la Guardia civil.

Para una mejor sistematización del problema se estudiarán por separado el cumplimiento de la pena de prisión en establecimientos penitenciarios comunes y en establecimientos penitenciarios militares.

### El intercambio de información como instrumento esencial de la cooperación policial en el marco de la Unión Europea

9

*José Pérez Navarrete*

■ Desde 1975 con los debates y decisiones del Grupo de Trevi, ha estado presente en los países de la actual Unión Europea, una gran inquietud por diseñar un marco adecuado, para que el intercambio de información entre los servicios policiales, fuera adecuado. Un primer paso importante se realiza el suscribir en 1985, cinco países europeos el llamado Acuerdo de Schengen, que completado en 1990 con su Convenio de Aplicación, pondría al servicio de las fuerzas de seguridad europeas, el Sistema de Información de Schengen y un cauce adecuado para el intercambio de datos policiales. Estas medidas trataban de asegurar que el levantamiento de controles en las fronteras, no fuera en detrimento de la seguridad de los ciudadanos europeos.

Pocos años más tarde, en 1992, el Tratado de Maastricht, además de dar fuerza con un pilar específico a la cooperación judicial, policial y aduanera, institucionalizaba como objetivo de la Unión, la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando para ello entre otras herramientas, el intercambio de información. Creada también por este Tratado, la Oficina Europea de Policía (Europol) que sería regulada en un Convenio de 1995, supondría un gran avance en la puesta en común de información para la investigación del terrorismo y la delincuencia grave y organizada.

Con su entrada en vigor en 1999, el Tratado de Ámsterdam, incorpora el conjunto del acervo de Schengen al marco legislativo de la Unión y con él, el todos los instrumentos de cooperación ya consolidados por los países Schengen. Especialmente todo lo relativo al intercambio de información y al Sistema de Información Schengen.

El Programa de La Haya de 2004, incorporaría el denominado principio de disponibilidad de la información, lo que supone un punto de inflexión en la cooperación policial y en el que se inspiraría la denominada iniciativa sueca cuyo fin es la simplificación del intercambio de información entre las fuerzas de seguridad.

Aún cuando naciera fuera del marco legal de la Unión Europea, el Tratado de Prüm, pondría en marcha el intercambio automatizado de datos, basado en un sistema hit no hit, lo que supone un avance significativo. Este intercambio fue posteriormente incorporado en 2008 vía una Decisión del Consejo, al ordenamiento legislativo de la Unión.

En la actualidad se está trabajando en un proyecto de Estrategia de Gestión de la Información, que establecerá el marco en el que se han de mover todas las iniciativas futuras, de una manera coherente.

A finales de 2009, termina la vigencia del Programa de La Haya y va a ser sustituido por el denominado Programa de Estocolmo que marcará el camino a seguir en el refuerzo del espacio de justicia, libertad y seguridad. El intercambio de información ha de ocupar un lugar relevante en el apartado relativo a la cooperación entre los servicios operativos contra la delincuencia en la Unión Europea.

## La diligencia de entrada y registro en domicilio

31

*José Ramón Navarro Miranda*

■ El artículo 18,2 de la Constitución Española establece que «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito.» La inviolabilidad del domicilio no es, sin embargo, un derecho absoluto, sino que puede ceder ante valores que constituyen un interés constitucionalmente relevantes, como es el caso de la prevención del delito, su investigación y castigo en el caso de haber sido cometido, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.

En este artículo se trata de estudiar el concepto de domicilio a estos efectos –un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima–, y algunos casos controvertidos (despachos profesionales, taquillas, establecimientos mercantiles, celdas, vehículos etc.), así como los requisitos que ha de contener la autorización judicial que acuerda la diligencia y su práctica, así como las posibles consecuencias de su inobservancia según sea el defecto observado, todo ello a la luz de la jurisprudencia más consolidada y más moderna del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, distinguiéndose las vulneraciones que alcanzan el concepto de verdaderas infracciones constitucionales, con relación al derecho fundamental, que acarrearán, sin duda, la nulidad absoluta de sus resultados como prueba, e incluso la eventual contaminación invalidante de las otras pruebas derivadas directamente de esta irregular fuente principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de las infracciones cometidas de mero carácter procesal, cuya consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos..., pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas.

## Reflexiones en torno a la Ley de Protección Integral Contra la Violencia de Género

51

*Soledad Cazorla Prieto*

■ El artículo pretende demostrar el largo camino que han tenido que recorrer los malos tratos hasta la promulgación de la Ley Orgánica 1/04 de 28 de Diciembre. No ha sido fácil el tránsito desde el ámbito privado hasta considerar estas conductas como delitos públicos.

Tampoco, a día de hoy, resulta pacífica la forma de resolver estos conflictos que no sólo son jurídicos sino que presentan unas singularidades que nos alejan del comportamiento típico en el proceso de la víctima y agresor, lo que plantea la necesaria especialización de todos los que intervenimos en esta jurisdicción que trata de la violencia sobre la mujer.

Por último, se resaltan dos problemas recurrentes desde la presentación de la denuncia hasta la ejecución de la sentencia: la dispensa a no declarar y la pena de alejamiento.

*Consuelo Madrigal Martínez-Pereda*

■ Al abordar con carácter general el estudio de nuestro actual modelo de Justicia Juvenil es preciso situarse en el marco del cambio de sensibilidad hacia la infancia y cuanto la rodea que se ha operado en los últimos 130 años y que viene caracterizándose por una particular atención a la importancia que los primeros años de la vida tienen en el desarrollo ulterior de la personalidad y por una nueva actitud hacia los valores de la persona en su etapa infantil y juvenil.

Frente al tradicional tratamiento tuitivo de los niños, representado por la actuación de los antiguos Tribunales Tutelares de Menores, paulatinamente se ha impuesto el criterio de orientar su protección confiriéndoles, a partir de la adolescencia, la condición de persona en evolución y la capacidad de participar progresivamente en la determinación de su propio interés.

Los sistemas actuales de Justicia Juvenil de los países de nuestro entorno jurídico, exponentes del grado de desarrollo nacional respectivo, la especialidad y la legalidad representan criterios axiológicos específicos de la minoría de edad y es en este marco donde hay que situar la LORPM 5/2000. Aprobada con un amplio consenso parlamentario y acogida con unánime entusiasmo por juristas y profesionales, se adscribió claramente a esta línea encarnando ejemplarmente los principios del modelo de responsabilidad y garantías, plasmados en los instrumentos internacionales ya suscritos por España: especialidad, celeridad, flexibilidad, desjudicialización, interés superior del menor...

## Violencia domestica, aspectos internacionales y experiencia

95

*María José Garrido Antón*

■ La autora realiza un estudio del fenómeno de la violencia doméstica en el marco Europeo. El pasado junio 2009 se celebró en la Academia de Policía Alemana (Münster), el curso CEPOL número 37/2009, sobre violencia doméstica. Al mencionado curso asistieron representantes de varios países Europeos entre ellos España. El curso sirvió para aglutinar y aunar criterios en cuanto a modos de actuación policial en casos de violencia doméstica, y para definir, conceptualizar, y evaluar las causas y consecuencias de dicho fenómeno, así como para definir las aproximaciones tácticas en cuanto a intervención policial en diferentes casos.

El curso fue muy enriquecedor a nivel práctico, permitiendo acceder en cuanto a violencia doméstica se refiere, a la forma de actuación policial de los diferentes representantes de cada país, así como a sus cifras y casuística.

Se hace necesaria una cultura Europea para prevenir y luchar contra la violencia doméstica, recibiendo, ayudando, protegiendo y guiando a las posibles víctimas del mencionado delito.

## La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su utilización por la mafia rusa

107

*Julián López Muñoz*

■ El Análisis aborda la problemática dogmática jurídica de si puede o no pensarse a las personas jurídicas, con nuestra legislación en la mano. El autor opina que es difícil hacer frente a la criminalidad organizada transnacional desde el Estado de Derecho por cuanto utilizan a las corporaciones y sociedades mercantiles como mero instrumento temporal que renuevan según las necesidades. Analiza, las distintas capacidades, de acción de culpabilidad y de pena de la persona jurídica presentando corrientes doctrinales contrapuestas o similares al respecto. Frente al Derecho comparado de países de nuestro entorno presenta el modelo español, que se asemeja a un limbo jurídico en el que las organizaciones tejen entramados financieros y estrategias con la finalidad de velar las operaciones mercantiles tras las que se esconden actuaciones al menos sospechosas de blanqueo o lavado de capitales.

**Información y documentación sobre seguridad.  
2.º semestre de 2009**

*Juan Carlos González Sanmillán*

El cumplimiento de la pena de prisión por los integrantes de la Guardia Civil.

## I

### Introducción

Aunque, por fortuna, no sea frecuente, tampoco es insólito que los integrantes de la Guardia Civil hayan de cumplir una pena de prisión. Ello es ahora mas frecuente que hace años por diversas razones entre las que la principal es el progresivo interés de los modernos sistemas penales en tutelar enérgicamente valores que en otro tiempo recibían menos protección, o no recibían ninguna. Pensemos por ejemplo en los delitos de tortura, y en general en los delitos cometidos por los funcionarios públicos, o en los relacionados con la denominada violencia de género. De otra parte la consideración de los cuarteles de la Guardia Civil como lugares opacos en los que no trascendía lo que dentro pudiera ocurrir ha desaparecido tanto por impulso externo –el interés de jueces, fiscales, querellantes, en averiguar la verdad- cuanto, sobre todo, por impulso interno –la cada vez más clara conciencia de que de ninguna manera es tolerable encubrir o disimular actos delictivos bajo la coartada del compañerismo o el espíritu de cuerpo-.

En las líneas que siguen se estudiarán brevemente las peculiaridades que reviste el cumplimiento de la pena de prisión cuando el condenado a ella es guardia civil (en sentido amplio, esto es, comprensivo de los suboficiales y oficiales particulares o generales).

No se trata pues de estudiar o resumir lo que es el cumplimiento de la pena de prisión esto es el entero régimen y tratamiento penitenciario sino sólo aquellas variantes del mismo que puedan ser de especial aplicación a la Guardia civil.

Para una mejor sistematización del problema se estudiarán por separado el cumplimiento de la pena de prisión en establecimientos penitenciarios comunes y en establecimientos penitenciarios militares.

## II

El cumplimiento de la pena de prisión en establecimientos penitenciarios comunes.

La primera especialidad que rige en este caso es la prevista en el artículo 8-2 de la L.O. 2/1986 de fuerzas y Cuerpos de Seguridad, conforme al cual “el cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas

de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se realizaran en establecimientos penitenciarios ordinarios con separación del resto de detenidos o presos”.

Este precepto, prudente en principio, e inspirado en razones de seguridad, tiene evidentemente consecuencias positivas, cuales las de evitar agresiones, “represalias” o venganzas sin otro fundamento que el rencor o el odio a las Fuerzas de Seguridad. Sin embargo como el número de presos que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no es muy elevado, no es posible que en cada uno de los Centros Penitenciarios exista un módulo reservado a los integrantes de esos cuerpos y fuerzas. En este momento sólo en Centros Penitenciarios de las provincias de Madrid, La Rioja, Castellón y Lugo existen tales módulos específicamente destinados a este tipo de presos.

Ello conlleva algunas desventajas: en primer lugar, al agrupar a los penados por su pertenencia u origen en un determinado cuerpo de funcionarios, con independencia de su muy distinta peligrosidad o de la pluralidad y gravedad de los delitos cometidos, lo que se procura evitar, entre el resto de los presos, incluso acudiendo para ello a frecuentes traslados de módulo, pues el nivel de peligrosidad es un criterio de agrupación y separación de los presos. En segundo lugar, aunque no pueda decirse que exista un derecho subjetivo a cumplir condena en el lugar de residencia de cada penado –y de hecho es frecuente cumplirla lejos de él- en general, y, pese a la sobrecapacidad de algunos Centros, se intenta, respecto del común de la población reclusa, respetar el principio general que contiene el artículo 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Conforme al párrafo primero de dicho artículo “La ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración

penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquellos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados”. Pues bien aunque sería excesivo e injusto hablar de desarraigo social es lo cierto que si sólo cuatro Centros penitenciarios, en cuatro provincias españolas cuentan con módulos destinados a los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, este hecho se va a traducir en problemas: mayor dificultad y coste económico de las visitas y comunicaciones, tanto con familiares y allegados como con abogados de designación por el interno, mas penosidad de desplazamiento en los permisos de salida y mayor coste de éstas etc.

En fin la absoluta separación del resto de los penados se lleva en ocasiones a extremos que suponen serias dificultades de acceso a los programas de tratamiento, con las consecuencias que ello conlleva. Pensemos en la importancia que tienen para el penado los permisos de salida o la progresión en la clasificación penitenciaria. Recordemos muy brevemente que la pena puede cumplirse en condiciones regimentales muy penosas –régimen cerrado que se corresponde con el primer grado de clasificación-; más suaves y con posibilidad de salir de permiso hasta 36 días al año –régimen ordinario que se corresponde con el segundo grado de clasificación-; en condiciones de semilibertad con salidas de fin de semana, posibilidad de trabajar fuera del Centro, hasta 48 días de permiso al año –régimen abierto que se corresponde con el tercer grado-; y que, incluso, durante el último cuarto de la condena, o el último tercio y aún durante una fracción mayor, la pena privativa de libertad puede cumplirse en libertad bajo la condición esencial, aunque puede haber otras, de no delinquir, –libertad condicional, según el Código

Penal, que la Ley Penitenciaria considera el cuarto grado de clasificación-. En la práctica y dependiendo del tipo de delito no es fácil acceder a los permisos ni alcanzar el tercer grado sin determinados programas específicos en relación al delito cometido. En la actualidad se da especial importancia a la participación en esos programas de los condenados por delitos contra la libertad y la indemnidad sexual y de los penados por delitos relacionados con la violencia doméstica y de género. Llevar al extremo, como de hecho ocurre con frecuencia, la separación de determinado tipo de penados, en razón por ejemplo de ser guardias civiles, dificulta enormemente, cuando no impide, el acceso a esos programas específicos, en los cuales está muy frecuentemente la llave de una ulterior suavización del régimen penitenciario. La falta de recursos humanos en relación con el escaso número de presos procedentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no permite, por lo común, duplicar los programas, esto es, realizar otro, paralelo al general, con estos solos destinatarios específicos.

Un último dato sobre el guardia civil que cumple pena de prisión. A principios de los años 90 y muy particularmente por la instrucción 21/96 de 16 de diciembre se creó el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (F.I.E.S.). Esa instrucción ha sido completada por la 6/2006 de 22 de Febrero. Este fichero está considerado una mera base de datos y como tal debe cumplir las exigencias de la ley orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal. La inclusión en el fichero no tiene de por sí (al menos en teoría) incidencia en el régimen y el tratamiento penitenciarios. Pueden sin embargo tenerla los datos que se obtengan a través de una observación más precisa y un seguimiento actualizado de los datos penales, procesales, penitenciarios, de las incidencias protagonizadas durante el

cumplimiento de la pena y de las comunicaciones con el exterior. Aunque en general el trato a los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado es contemplado como más benévolo por el resto de la población reclusa, ello no parece deberse a ningún tipo de privilegio sino a que a este determinado grupo de penados en general les favorece un especial seguimiento como a otros puede perjudicarlos. Quizá se entienda mejor esto si se enumeran los cinco grupos o colectivos que integran el Fichero de internos de especial seguimiento:

.-F.I.E.S.-1- C.D. (Control directo) en el que se incluyen a internos especialmente peligrosos, protagonistas o inductores de alteraciones regimentales graves que hayan puesto en peligro la vida o la integridad de funcionarios o autoridades u otros presos dentro o incluso fuera del Centro con ocasión de salidas por traslados o diligencias. (Pese a que en teoría la inclusión en el fichero no conlleva limitaciones regimentales lo cierto es que éstas han sido apreciadas y declaradas contrarias a derecho respecto de este grupo de control directo por la sentencia de la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2.009).

.-F.I.E.S.-2-N.A. (Narcotraficantes). Incluye a los participantes en estos delitos u otros ligados a ellos como blanqueo de dinero cometidos por grupos organizados.

.-F.I.E.S.-3-B.A. (Bandas Armadas) en el que se incluye a los integrantes o colaboradores con bandas armadas o elementos terroristas.

.-F.I.E.S.-4-F.S. (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de instituciones penitenciarias). Comprende a los internos que pertenecen o han pertenecido a estos colectivos profesionales.

.- F.I.E.S.-5-CE. (Características especiales). Este colectivo, a modo de cajón de sastre, incluye a diversos grupos de internos. Aquellos que evolucionan favorablemente dentro de los que son objeto de Control Directo; los vinculados a la delincuencia común de carácter internacional; los autores de delitos extremadamente violentos contra la libertad sexual que hayan causado gran alarma social.

Como puede verse la inclusión en el grupo FIES 4 no se rige por la conducta del penado o por el delito cometido sino por la condición personal del interno. Al seguirse distintos criterios de clasificación para la inclusión en el Fichero podrían coincidir dos o más de los requisitos. Por ejemplo, un guardia civil podría haber colaborado con una red de narcotraficantes y, además de ello, ser autor de gravísimas agresiones sexuales. Pues bien no se le incluiría en el colectivo FIES-2 (Narcotraficantes) ni en el FIES-5 (Características especiales) sino en el FIES-4 (Fuerzas de seguridad). Todo esto es discutible si se piensa que la inclusión en alguno de los otros dos subgrupos le acarrearía mayores molestias que no es ahora ocasión de enumerar; y que conlleva que, en teoría al menos, el sistema de control interno (no los programas de tratamiento lógicamente) sea igual al de otro compañero que cumple condena por hurto o falsedad documental, por ejemplo.

El cumplimiento de la pena de prisión en Establecimientos Penitenciarios Militares.

Conforme al artículo 42 del Código Penal Militar (L.O. 1371985 de 9 de Diciembre), "las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el ministerio de Defensa. En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirían en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de los penados. Si no llevasen aparejadas la baja en las Fuerzas Armadas se cumplirán en establecimientos penitenciarios militares que se disponga por el Ministerio de Defensa".

Así pues los integrantes de la Guardia Civil pueden cumplir condena en establecimiento penitenciario militar por la comisión de delitos militares y por la comisión de delitos comunes siempre y cuando en este último caso la pena impuesta no lleve consigo la baja en las Fuerzas Armadas. Conforme a los artículos 28 y 30 del propio Código Penal Militar, la baja en las Fuerzas Armadas es consecuencia de la pena de pérdida de empleo y la pérdida de empleo es accesoria a toda pena de prisión que exceda de tres años. (Donde se dice Fuerzas Armadas habrá que entender Guardia Civil).

Varios son los problemas que pueden plantearse y que pasamos a enumerar. En primer lugar en que casos pueden los integrantes de la

Guardia Civil cumplir condena por delitos militares, y seguidamente que debiera ocurrir si la baja en las Fuerzas Armadas (aquí en la Guardia Civil) se produce tras cometer un delito común pero no por consecuencia del mismo, o sólo por consecuencia indirecta. En fin, se hará una referencia a la evitabilidad de la pena de prisión, en general, y a su cumplimiento por las clases de tropa de la Guardia Civil, en particular.

1) Sobre la posible condena a integrantes de la Guardia Civil por delitos militares.

La Ley orgánica 12/2007 de 22 de Octubre reguladora del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil ha introducido en el Código Penal Militar un artículo 7 bis que dice lo siguiente:

“Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que prestan en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando el personal del citado cuerpo se integre en unidades militares”.

Por tanto los guardias civiles pueden cumplir condena por delitos militares cometidos en situaciones excepcionales –tiempo de guerra, estado de sitio- o en aquellas en que su función tenga naturaleza militar, -bien en razón del carácter militar de la misión encomendada, bien por la integración de los mismos en unidades militares.

Aparentemente el legislador quería que estos fueran los únicos supuestos de aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil. Así se desprende del preámbulo de la citada Ley Orgánica 12/2007 de 22 de Octubre, al justificar la reforma introducida en el Código Penal Militar del que el párrafo segundo del artículo 7 bis quiere aparecer como una suerte de consecuencia automática. Entre otras consideraciones expone el preámbulo la necesidad de suprimir los arrestos como figuras “desfasadas”, el entendimiento de que muchos de los tipos penales que el Código Penal Militar recoge “resultan, en circunstancias cotidianas, de nula o escasa aplicabilidad a los integrantes de un Cuerpo cuyas funciones ordinarias están mayoritariamente asociadas al ámbito policial, y no al castrense”, para concluir que “de aquí la aplicabilidad del Código Penal Militar, en su integridad al cuerpo de la Guardia Civil, haya de quedar circunscrita a aquellas situaciones extraordinarias que por su propia naturaleza exigen dicha sujeción, como sucede en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio y en el cumplimiento de misiones de carácter militar o cuando el personal de dicho cuerpo se integre en unidades militares”, palabras del preámbulo en cuanto a la aplicación excepcional del Código Penal Militar que recoge con casi idéntica dicción el párrafo segundo del citado artículo 7 bis del C.Penal Militar.

Pero si el legislador quería limitar los supuestos de aplicación del Código Penal Militar a los relacionados en el preámbulo de la ley

disciplinaria y en el párrafo 2º del Art.7 bis del citado código, la técnica legislativa empleada fue torpe o, al menos, incorrecta. Pues lo lógico sería no incluir en el artículo en cuestión el párrafo primero y redactar en positivo y no por oposición el actual párrafo segundo como párrafo único: “Las disposiciones de este código se aplicarán a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil exclusivamente en tiempo de guerra...”. Al no hacerlo así, y manteniendo como mantiene la guardia Civil su estructura militar, se crea una situación equívoca en todos aquellos supuestos que no estén incluidos ni en el párrafo primero del Art. 7 bis citado, ni en el párrafo segundo. Si resumidamente concluimos que el párrafo primero del Art. 7 bis excluye la aplicación del Código Penal Militar a las acciones u omisiones cometidas por miembros de la Guardia Civil en materia de servicios policiales, y mantiene su aplicación en casos de actuar como fuerza militar o asimilada o integrada en ella o en circunstancias extraordinarias como el tiempo de guerra o el estado de sitio, resultaría que existiría una tercera zona o conjunto de supuestos en que los integrantes de la Guardia Civil no actúan ni como cuerpo policial ni como fuerza militar o asimilada, precisamente porque sus actos están al margen del servicio.

Ante esto caben dos interpretaciones que resumidamente serían: A).Si la guardia civil tiene naturaleza militar y sus miembros la condición de militares, rige la regla general conforme a la cual los supuestos no excluidos de aplicación del Código Penal Militar, lo son de aplicación de dicha ley y B). La voluntad del legislador es palmaria al establecer los supuestos de aplicación del Código Penal Militar. Si las acciones y omisiones cometidas en el desempeño de funciones policiales quedan excluidas de dicha aplicación, con más razón los supuestos en que tengan lugar fuera de toda función o acto de servicio. Esta polémica llegó al Tribunal Supremo que en sentencia de 16 de Abril del presente año 2009

decidió por mayoría que era aplicable el Código Penal Militar a un supuesto de “insulto a superior” cometido por un guardia civil fuera de acto de servicio. La sentencia es respetuosa con la literalidad del precepto, a ella se unen dos votos particulares en sentido contrario, y, verdaderamente, lleva a una suerte de paradoja o aplicación “en Guadiana” del Código Penal Militar en cuanto que el Código Penal Militar se aplicará en caso de desempeño de funciones militares o en situaciones extraordinarias de mayor militarización de la vida social, dejará de aplicarse en el desempeño de funciones policiales muy próximas a veces a las anteriores, y tornará a ser de aplicación en las situaciones mas lejanas a las funciones militares, esto es fuera de toda función o servicio.(En Líbano o Afganistán, sí; en un tiroteo con armas que el Código Penal consideraría armas de guerra frente a un grupo terrorista, no; en un club deportivo, o en una boda, otra vez sí.)

En cualquier caso sólo se pretende en este modesto trabajo dejar constancia de que, a salvo de un cambio en la ley o en la orientación jurisprudencial, no va a resultar tan excepcional que los integrantes de la Guardia Civil cumplan condena en establecimientos penitenciarios militares por la comisión de delitos militares.

## 2). Condena por delitos comunes.

En estos casos el Código Penal Militar (Art.42-2) distingue según que la pena lleve consigo la baja de las Fuerzas Armadas (habrá que entender en la Guardia Civil) o no lleve aparejada tal baja. Recordemos que la baja tendrá lugar en caso de condena a pena de prisión que exceda de tres años conforme a los artículos 28 y 30 del Código Penal Militar, debiendo entenderse pena en sentido estricto y no como sinónimo de condena. Por

ejemplo tres penas de un año y un mes de prisión no deben producir la baja en las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil aunque la condena por las tres sea superior a tres años. También debe considerarse que las penas de inhabilitación absoluta producen la privación definitiva de todos los empleos o cargos públicos del penado (Art. 41 del C.Penal) y la inhabilitación especial para determinado empleo o cargo produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere (Art. 42 del Código Penal). Curiosamente el Código Penal Militar (Art. 34, párrafo 1º) prevé que las penas de inhabilitación absoluta, suspensión de cargo público y derecho de sufragio producirán las consecuencias señaladas en el Código Penal. Calla curiosamente ese artículo sobre la inhabilitación especial, pese a su frecuente aplicación a funcionarios públicos (Veanse por ejemplo los Arts. 404, 407, 408, 410, 411 a 415, 417, 419 a 421 etc. del Código Penal ). En puridad toda pena que conlleve la pérdida de empleo produce la baja del penado en las Fuerzas Armadas (o en la Guardia Civil) conforme a la dicción literal del Art. 30 citado del Código Penal Militar.

En caso de que no se produzca la baja en la Guardia Civil (por ejemplo una pena de prisión de dos años o, varias penas de prisión, todas inferiores a tres años) se cumplirá la pena en Establecimiento Penitenciario Militar.

Nótese que el Código Penal Militar (Art. 42) se refiere a que la baja en las Fuerzas Armadas (en la Guardia Civil) sea consecuencia de la pena impuesta por un delito común. Ahora bien puede ocurrir que la baja no sea consecuencia de la pena sino de un expediente de carácter gubernativo en el que la sanción administrativa impuesta sea la de separación del servicio. Y así habría que distinguir si dicho expediente tiene por causa precisamente la condena por un delito común o si responde a otras causas (por ejemplo pluralidad de faltas graves o muy graves cometidas en paralelo a la

condición de imputado o procesado por delito común, por el que se es finalmente condenado). En la práctica se aplica muchas veces un criterio pragmático o funcional, esto es quien ha perdido la condición de militar, por cualquier razón, debe salir del establecimiento penitenciario militar e ingresar en uno común. Sin embargo no es eso lo que dice el artículo 42 del C. Penal Militar que se refiere a que la baja en las Fuerzas Armadas (o en la Guardia Civil) sean consecuencia de la pena por delito común. Si son consecuencia de una sanción recaída en un expediente administrativo se hace muy difícil sostener que es una situación equiparable a la consecuencia de la pena. Aún podría defenderse este criterio si la causa de incoarse y resolverse en tal sentido el expediente fuera la de comisión y ulterior condena por delito común. En otro caso, esto es, si la separación del servicio responde a otras causas estrictamente disciplinarias no se ve la razón para el cambio de establecimiento. (Téngase en cuenta que la pérdida de la condición de militar no es el factor común para cumplir la pena en establecimiento penitenciario ordinario, pues también las penas superiores a tres años impuestas por delito militar conllevan la pérdida de empleo y baja en las Fuerzas Armadas –o en la Guardia Civil- y no dan lugar a dicho traslado).

### 3) Otras cuestiones.

A) En caso de las denominadas clases de tropa de la Guardia Civil debe tenerse en cuenta que conforme al Real Decreto 1970/1983 de 22 de Junio, dichas clases a partir de los seis años de servicio ininterrumpido en dicho cuerpo disfrutarán de igual tratamiento y consideración que los suboficiales, y que en concreto los cabos tendrán esa consideración desde el día de alcanzar el empleo aunque no hubieran cumplido los seis años de servicio (Art. 1º del Real Decreto). Esta consideración exige, además de

solicitud del interesado, que éste haya observado buena conducta y concesión por orden ministerial del Ministerio de Defensa (Art. 2º). El artículo 3º del Real Decreto establece los derechos a los que da lugar esa consideración, entre los que no figura específicamente nada relativo al cumplimiento de las penas. Sin embargo este artículo se cierra con una cláusula final sumamente abierta en cuanto que reconoce a estos guardias civiles el disfrute de todos los beneficios que con características generales son propios de los Cuerpos de suboficiales o que en lo sucesivo les sean concedidos. Evidentemente no hay especial dificultad en considerar un beneficio, que, con carácter general, se reconoce a los suboficiales, el cumplir condena en la sección, unidad, o departamento correspondiente a su categoría militar conforme a la división que al efecto establece el artículo 6 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares aprobado por Real Decreto 1396/1992 de 20 de Noviembre. (Como ya se ha dicho no se hará un análisis general de este Reglamento, pues solo se busca aquello que pueda tener interés específico para la Guardia Civil. De otra parte, esta norma está inspirada en iguales principios que la Ley Orgánica General Penitenciaria).

4). Aunque no se discuta la naturaleza militar de la Guardia Civil (L.O. 2/1986 de 12 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, L.O. 11/2007 de 22 de Octubre reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil; ley 39/2007 de 19 de Noviembre de la carrera militar etc.) ni tampoco la condición de militares de quienes la integran (“Militares de carrera de la Guardia Civil” los denomina el artículo 2-1 de la ley 42/99 de 25 de Noviembre de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil) es claro hoy con la Constitución (Arts. 8 y 104) y con las leyes citadas en la mano que son militares pero no

pertenecen a los Ejércitos. En su condición de militares y en tiempo de guerra las penas privativas de libertad que les sean impuestas pueden “ser cumplidas en misiones que el mando militar designe en atención a las exigencias de la campaña y la disciplina”, conforme a lo que previene el artículo 43 del Código Penal Militar.

De mayor interés práctico es la interpretación que deba darse hoy al artículo 44 del Código Penal Militar. Esta norma permite a los tribunales militares acordar la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos. Aunque históricamente esta norma se haya aplicado a soldados no profesionales, no se ve inconveniente alguno, y más en el momento actual, de discusión de los límites de aplicación de las leyes penales militares a la Guardia Civil, en hacer una interpretación literal del precepto, que además sería una interpretación “pro libertate” y permitir la suspensión de la ejecución de las penas a los integrantes de la Guardia Civil en cuanto que no pertenecen a los Ejércitos.

Madrid, junio de 2.009

Arturo Beltrán Núñez.

Magistrado Presidente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid. Teniente Coronel Auditor (Excedente).

El cumplimiento de la pena de prisión en establecimientos penitenciarios.

# **EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN COMO INSTRUMENTO ESENCIAL DE LA COOPERACIÓN POLICIAL EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA**

## **INTRODUCCIÓN.**

El valor que la información tiene para el desempeño de las labores policiales es indiscutible. Disponer de una información cierta, contrastada y en el momento adecuado, redundará indudablemente en intervenciones más seguras desde el punto de vista de los actuantes, más eficaces desde el punto de vista de los resultados y con una utilización siempre más rentable de los siempre escasos medios humanos y materiales. La evolución que la Unión Europea ha experimentado va a incrementar de manera importante la necesidad de esa información.

El espacio de libertad, seguridad y justicia que la Unión Europea, como vocación y como compromiso quiere ofrecer a sus ciudadanos, no es una utopía, es una situación alcanzable. Al igual que la Unión Europea ha evolucionado desde sus orígenes adaptándose a nuevas exigencias, para que el espacio de libertad, seguridad y justicia, que introdujera el Tratado de Maastricht, sea una realidad, también las fuerzas de seguridad deben adaptar sus procedimientos al nuevo escenario, donde los retos son cambiantes.

Con gran esfuerzo político y muchos años de evolución y consolidación de estructuras supranacionales, nos encontramos en un escenario que supera los límites geográficos de la Unión Europea, lo que denominamos área Schengen, en el que los controles en las fronteras interiores han dejado de existir y en el que el ejercicio de la libertad de circulación ha sido consagrado legalmente y asumido de manera legítima por todos los ciudadanos de un confín a otro de gran parte del Continente europeo.

Del mismo modo que el marco de actuación ha cambiado, también ha cambiado la naturaleza de las distintas amenazas a las que nos enfrentamos. La globalización que tanto bien ha causado en términos económicos y comerciales, ha sido igualmente asumida por los actores de las amenazas mencionadas. El enorme incremento de las infraestructuras de transporte y la cada vez mayor calidad de los medios empleados, han proporcionado a los enemigos de la sociedad un instrumento que actúa en su favor para escapar de la acción de la justicia.

El gran valor que en sí tiene la libertad de circulación se convierte en instrumento de doble filo que permite a los delincuentes aprovecharlo en su favor. De ahí que, como decíamos al principio tengamos que adaptar nuestros métodos de trabajo de manera valiente e imaginativa para hacer frente a unas amenazas de naturaleza versátil y globalizada. Si ya de por sí la información es importante para la labor policial, el intercambio de la misma en tiempo y forma oportunos se ha convertido en un elemento imprescindible para aspirar al éxito en el cumplimiento de nuestro deber. Las nuevas tecnologías de la información de las que también los criminales saben

sacar buen provecho, deben ser un socio privilegiado en el planteamiento moderno de un eficaz intercambio de información.

Desde hace varias décadas los responsables políticos y los entornos profesionales que preparan sus decisiones, se han ocupado del intercambio de información. Es de obligado cumplimiento decir que ni la velocidad en la toma de decisiones, ni mucho menos la plasmación de las mismas en realidades útiles para el entorno policial, han sido las adecuadas para alcanzar la eficacia necesaria y deseada.

Trataremos en estas páginas de realizar un recorrido cronológico a través de los hitos principales que han tenido alguna influencia en materia de intercambio de información. El recorrido es esencialmente descriptivo, sin entrar, aún cuando sea difícil evitarlo, en valoraciones acerca de las decisiones adoptadas o de la materialización que de las mismas se ha llevado a cabo, en los casos en que ello haya tenido lugar.

## **GRUPO DE TREVI.**

Bajo este epígrafe situaremos uno de los primeros antecedentes de la cooperación policial en la Unión Europea<sup>1</sup>, si bien se produce en un momento en el que la utilización del término Unión era todavía lejano para el espacio político en el que vivimos en nuestros días.

Durante el Consejo Europeo celebrado en Roma los días 1 y 2 de diciembre de 1975, los Jefes de Estado y de Gobierno, decidieron que los Ministros del Interior iniciaran una cooperación específica en el campo de sus competencias<sup>2</sup>. Es muy probable, según algunos autores, que el Grupo tomara su nombre de la famosa fuente situada en la capital italiana. Para otros autores el nombre correspondería al acrónimo de "Terrorismo, Revolución y Violencia"<sup>3</sup>, o al de Terrorismo, Radicalismo, Extremismo y Violencia Internacional<sup>4</sup>.

Fue en 1976 cuando los Ministros del Interior, reunidos en Luxemburgo, dispusieron la creación de distintos grupos de trabajo informales. En varios de estos grupos de trabajo se trataron cuestiones relativas al intercambio de información, llegando en algunos a la materialización de dispositivos prácticos para ese intercambio. El grupo Trevi1, dedicado a la lucha contra el terrorismo, inició el intercambio de información, estableciendo una red segura de fax para ese fin. El grupo Trevi2, de alcance mucho más general, trató el intercambio de información, incluyendo entre sus temas de debate la posible creación de bases centralizadas en materias tales como las huellas digitales. Trató igualmente la posibilidad de establecer una red de corresponsales

---

<sup>1</sup> La afirmación se refiere a la Unión como tal, sin olvidar que a través del reconocido cauce de Interpol, los Estados miembros vienen colaborando desde hace largo tiempo.

<sup>2</sup> VARIOS: El Consejo Europeo ha aprobado una propuesta del Primer Ministro del Reino Unido, según la cual los Ministros del Interior de los Estados miembros de la Comunidad (o los Ministros con responsabilidades análogas), se reunirán para discutir sobre temas relevantes de su competencia, especialmente en el campo del orden público.

<sup>3</sup> TAMAMES, R. y LÓPEZ, M: *La Unión Europea*, Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1999 (Pág. 173)

<sup>4</sup> BONNEFOI, S.: *Europe et Sécurité Intérieure*. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires. Paris, 1995 (Págs. 21-28)

para el intercambio de información relacionada con los seguidores violentos de equipos de fútbol.

El grupo Trevi 3, se ocupó inicialmente de la lucha contra el tráfico de drogas, decidiendo en lo que a nuestro asunto se refiere, el intercambio de información entre oficiales de enlace de los miembros del Grupo, en el exterior.

Para cerrar este epígrafe, destacaremos la importancia que el Grupo Trevi ha tenido en la evolución de la cooperación policial en el seno de la Unión Europea, al servir sus estructuras de foro de debate para la preparación de los contenidos que figurarían en el Tratado de Maastricht de 1992, de establecer la necesidad de una Unidad Europea de Inteligencia sobre Drogas, la Unidad de Drogas Europea (EDU) y de la decisión política<sup>5</sup> que permitiría iniciar el camino que concluyó con la puesta en marcha de la Oficina Europea de Policía (Europol). Esos trabajos se prolongaron hasta bien entrados los años 90 en que las estructuras del Consejo, principalmente los grupos de trabajo, preparatorios de los trabajos del Consejo, asumieron las tareas hasta el momento desarrolladas por el Grupo de Trevi.

En el campo del intercambio de información, los Ministros de Trevi habían elaborado la propuesta de establecimiento de un Sistema de Información Europeo (SIE), propuesta que sería asumida por el Consejo Europeo de Maastricht de los días 9 y 10 de diciembre de 1991<sup>6</sup>. Este Sistema no sería nunca llevado a la práctica.

## **ACUERDO DE SCHENGEN Y SU CONVENIO DE APLICACIÓN.**

El Acuerdo de Schengen<sup>7</sup> fue suscrito por los Gobiernos de Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, Alemania y Francia en la pequeña localidad luxemburguesa del mismo nombre, el 14 de junio de 1985. Los responsables del acuerdo, buscaban facilitar el libre paso de las fronteras interiores para personas, mercancías y servicios. Se inspiraron políticamente en la Declaración formulada por el Consejo Europeo de Fontainebleau de los días 25 y 26 de junio de 1984, relativa a la supresión de controles en las fronteras interiores.<sup>8</sup>

Los cinco países eran conscientes de que la supresión de controles para facilitar la libertad de circulación, exigiría un esfuerzo en pro de la cooperación de las autoridades policiales y aduaneras en el marco de la lucha contra la criminalidad.

---

<sup>5</sup> Europol

Le Conseil européen a marqué son accord sur la création d'un Office européen de police (Europol) ayant pour mission, dans un premier stade, d'organiser à l'échelon des douze Etats membres de la Communauté l'échange de renseignements en matière de stupéfiants. Le Conseil européen a chargé les Ministres "TREVI", en collaboration avec la Commission, de prendre les mesures permettant la mise en place rapide d'Europol.

<sup>6</sup> D. Le Conseil européen invite les coordonnateurs à examiner la structure à donner au système d'information européen et à veiller à l'adoption des mesures techniques et juridiques - y compris en ce qui concerne la protection de la vie privée - nécessaires à sa mise en oeuvre. Compte tenu de la nécessité de conclure rapidement ces travaux, il est souhaitable d'examiner en premier lieu la possibilité d'étendre à l'ensemble des Etats membres l'application des arrangements déjà conclus par certains d'entre eux.

<sup>7</sup> DOUE 22.9.2000 P. 13

<sup>8</sup> El Consejo Europeo, pide al Consejo y a los países miembros que inicien rápidamente el estudio de las medidas que podrían permitir alcanzar en un plazo próximo y en cualquier caso antes del fin del primer semestre de 1985:

- la supresión de todas las formalidades de policía y de aduanas para la circulación de personas, en las fronteras intracomunitarias

Por ello en el artículo 9 del Acuerdo, se dice que las Partes, a los fines citados y con respeto a sus legislaciones internas, se esforzarán por mejorar el intercambio de información y deberán reforzarlo por lo que respecta a los datos que puedan ser de interés para las otras Partes en la lucha contra la criminalidad. Este artículo por lo que a la evolución de la Unión Europea se refiere, daría pie a uno de los mayores avances en materia de cooperación policial.

La consolidación de las mejoras que el Acuerdo de Schengen suponía vería su desarrollo práctico con el Convenio para la aplicación del Acuerdo, firmado por los mismos países suscriptores de aquél, el día 19 de junio de 1990, en la misma localidad luxemburguesa. El Título tercero, sobre policía y seguridad, dedica el capítulo primero a la cooperación policial.

El compromiso adquirido por los firmantes, obliga a que los servicios de policía se presten asistencia para prevenir e investigar hechos delictivos, salvo que la misma esté reservada a las autoridades judiciales o que la asistencia solicitada implique medidas coactivas. En el caso de que la autoridad policial no sea competente para prestar la asistencia requerida deberá transmitir la solicitud a las que lo sean. La información de este modo intercambiada puede ser utilizada, si así se autoriza por las autoridades judiciales de la Parte requerida, como prueba de los hechos imputados, sin tener que recurrir a los complejos trámites de las comisiones rogatorias internacionales.

En las regiones fronterizas, el Convenio contempla el establecimiento de los medios técnicos necesarios para la transmisión a tiempo de informaciones útiles, especialmente en materia de vigilancia y persecución transfronterizas.

Para los intercambios de información que regula el Convenio, se utilizará el cauce de las autoridades designadas por cada Estado miembro. En este sentido, en cada Estado miembro se creó una oficina de apoyo<sup>9</sup> destinada al intercambio de información complementaria en caso necesario. Se contempla igualmente la posibilidad de comunicación de información que no haya sido solicitada, siempre y cuando esta sea de interés para la represión o prevención de infracciones o peligros para el orden y la seguridad públicos.

## **EL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE SCHENGEN.**

El Sistema de Información de Schengen (SIS), constituye una aportación esencial del Acuerdo y de su Convenio de Aplicación a la cooperación policial y judicial en el conjunto del conocido como espacio Schengen. Resulta igualmente una herramienta de gran valor en el procedimiento de expedición de visados y otras aplicaciones de la legislación de extranjería.

En el sistema se introducen alertas o señalamientos correspondientes a motivos diferentes, como pueden ser:

- Personas buscadas para su detención a efectos de extradición.

---

<sup>9</sup> Supplementary Information Request at the National Entry (SIRENE).

- Extranjeros que hayan sido incluidos en una lista de no admisibles.
- Personas desaparecidas
- Personas que deban ser puestos a salvo, en particular menores.
- Personas sobre las que pese una orden de internamiento.
- Datos correspondientes a testigos, otras personas citadas en procedimientos penales, o a efectos de notificación de sentencias o cumplimiento de penas privativas de libertad, con la finalidad de comunicar su paradero.
- Datos relativos a personas, vehículos, embarcaciones o contenedores para vigilancia discreta<sup>10</sup> o control específico, ya sea por existencia de indicios de la intención de cometer delitos graves, o para la prevención de amenazas graves para la seguridad del Estado.
- Datos de objetos buscados<sup>11</sup> para su incautación o como pruebas en un procedimiento penal.

Para poder valorar la importante utilidad del Sistema, es conveniente citar la cifra de registros que el mismo tiene en la actualidad y que alcanza un valor próximo a los 29 millones, de los que más de un millón son personas desaparecidas. Las estimaciones realizadas indican que la cifra de registros puede superar los 33 millones a comienzos de 2010. El número de consultas realizadas al Sistema supera las 800.000 mensuales.

## TRATADO DE MAASTRICHT.

El Tratado de Maastricht<sup>12</sup>, firmado en dicha localidad de Países Bajos el 7 de febrero de 1992, que introdujo la que hasta ahora perdura, estructura de pilares en la Unión Europea, daría a la cooperación policial una auténtica dimensión europea, al incluir entre los objetivos de la Unión, el mantenimiento y desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>13</sup>. En el nuevo Título VI, desarrolla el conjunto de las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, destacando que aquél objetivo señalado, debía ser logrado a través de una acción en común entre los Estados miembros, que incluiría entre otros elementos, el intercambio de información<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> En el caso de la vigilancia discreta podrán obtenerse y remitirse al Estado titular de la solicitud las circunstancias relativas al hecho de haber encontrado a la persona o cosa objeto del señalamiento.

<sup>11</sup> Los objetos que pueden introducirse están incluidos en una lista tasada, que figura en el artículo 100 del Convenio.

<sup>12</sup> DO C 191 de 29.7.1992.

<sup>13</sup> Artículo 2. La Unión tendrá los siguientes objetivos:

- Mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia.

<sup>14</sup> Artículo 30.1. La acción en común en el ámbito de la cooperación policial incluirá:

- b) la recogida, almacenamiento, tratamiento, análisis e intercambio de información pertinente, en particular mediante Europol, incluida la correspondiente a informes sobre operaciones financieras sospechosas que obren en poder de servicios con funciones coercitivas, con sujeción a las disposiciones correspondientes en materia de protección de datos personales.

## **LA OFICINA EUROPEA DE POLICÍA – EUROPOL.**

Creada por el Tratado de Maastricht, la Oficina Europea de Policía fue regulada por un Convenio firmado en Bruselas el 26 de julio de 1995<sup>15</sup> que entró en vigor el primero de octubre de 1998. Europol sustituye a la Unidad de Drogas del mismo nombre que fue creada por una Acción Común del Consejo de 10 de marzo de 1995, ampliando los iniciales cometidos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, a otros tipos de delincuencia grave y/o organizada.

Entre los cometidos principales de Europol, varios de ellos<sup>16</sup> están relacionados con el intercambio de información, con objeto de cumplimentar su objetivo principal de mejorar la cooperación policial en la Unión Europea. Respetando el orden cronológico en otro apartado se valorará la situación de esa función respecto a los Estados miembros. La creación del Sistema de Información de Europol y la institucionalización de los ficheros de trabajo para análisis<sup>17</sup>, serán instrumentos fundamentales en la estructura de cooperación policial europea.

Dada la complejidad que supone la modificación de un Convenio y la necesidad de ratificación de cada uno de sus Protocolos, procedimiento que toma demasiado tiempo, aconsejaron la sustitución del Convenio por una Decisión del Consejo<sup>18</sup>, recreando Europol y modificando su naturaleza legal, convirtiéndola en una Agencia de la Unión, financiada por el presupuesto comunitario.

## **PLAN DE ACCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA DE LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO.**

El Consejo Europeo de Dublín de los días 13 y 14 de diciembre de 1996, dispuso la creación de un Grupo de Alto Nivel con el cometido de preparar propuestas para actuar contra la delincuencia organizada<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> DO C 316 de 27.11.1995, p.2

<sup>16</sup> Convenio Europol, artículo 3, apartados 1 a 5

<sup>17</sup> Convenio Europol, artículo 10.

<sup>18</sup> Decisión 2009/371/JAI del Consejo de 6.04.09, por la que se establece la Oficina Europea de Policía. DO L 121 de 15.5.2009 p. 37

<sup>19</sup> [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/032g0003.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/032g0003.htm):

El Consejo Europeo acoge favorablemente el informe de la Presidencia sobre la intensificación de la lucha contra la delincuencia organizada y decide crear un grupo de alto nivel para elaborar un Plan de Acción global con recomendaciones específicas, que incluya calendarios realistas para la realización del trabajo. El Grupo debería examinar la lucha contra la delincuencia organizada en todos sus aspectos, quedando claramente entendido que remitiría cualesquiera cuestiones que implicaran cambios en el Tratado a la Conferencia Intergubernamental, que está considerando los cambios del Tratado en este ámbito con carácter prioritario. El Grupo de Alto Nivel debería haber completado su trabajo en marzo o abril de 1997.

El Plan de Acción elaborado por el Grupo, fue presentado al Consejo JAI de 28 de abril de 1997 y sería aprobado por el Consejo Europeo en su reunión de Ámsterdam de los días 16 y 17 de junio de 1997.

Entre los medios de lucha contra la delincuencia organizada propuestos en el Plan de Acción, figura la recomendación de establecer puntos nacionales centralizados para complementar, aunque no sustituir, las redes que existían para facilitar el intercambio de información entre los Estados miembros.

Dentro del catálogo de orientaciones políticas, se encontraban igualmente las recomendaciones siguientes:

*6) El Consejo Europeo destaca la importancia de que cada Estado miembro haga que los servicios encargados del cumplimiento de la ley coordinen su acción, a nivel nacional, en la lucha contra la delincuencia organizada y pongan en común la información y actúen de manera concertada.*

*7) Todos los Estados miembros deben garantizar que exista un único punto de contacto que dé acceso a todos los servicios encargados del cumplimiento de la ley con competencias en la lucha contra la delincuencia organizada, para facilitar los contactos con los demás Estados miembros, Europol y la Comisión.*

Y en relación con Europol:

*10) ...habría que permitir lo antes posible a Europol que:*

*iii) sirva de instrumento para que los servicios encargados del cumplimiento de la ley reúnan e intercambien información en forma de informes sobre transacciones financieras sospechosas.*

Además de las orientaciones políticas, una lista de recomendaciones concretas completaba el Plan de Acción.

El Consejo Europeo, recomienda<sup>20</sup> la designación de puntos de contacto centrales a escala nacional, con el fin de acelerar el intercambio de información. Respecto a Europol, la unidad central nacional debe ser un punto de contacto en representación de todas las autoridades encargadas del cumplimiento de la ley en los Estados miembros. Y aconseja también que los puntos de contacto existentes, tales como la Oficina Central Nacional (OCN) de INTERPOL y SIRENE, se reúnan en ese punto central. Ese mismo punto serviría como centro nacional para la información a los servicios operativos en materia de legislación, jurisdicción y procedimientos nacionales, materia que resulta siempre de gran ayuda para la canalización adecuada de la cooperación internacional.

Uno de los capítulos del plan de acción, relativo a la delincuencia organizada y el dinero, contempla la necesidad de establecer un sistema de intercambio de información a escala europea, sobre casos en los que haya sospecha de blanqueo

---

<sup>20</sup> Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, recomendación 19.

de dinero, medida que está relacionada con la orientación política, ya citada, relativa a la participación de Europol en este ámbito.

## **TRATADO DE AMSTERDAM.**

El Tratado de Ámsterdam<sup>21</sup>, firmado en dicha localidad de Países Bajos el día 2 de octubre de 1997, mantuvo de manera destacada la importancia del intercambio de información, como uno de los componentes básicos de la acción en común en el ámbito de la cooperación policial, para mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Pero el mayor avance conseguido por el Tratado, fue la integración del acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea mediante un Protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

El protocolo autoriza a los Estados signatarios de los acuerdos de Schengen a establecer una cooperación reforzada para la aplicación de tales acuerdos, llevando a cabo dicha cooperación en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea.

Mediante esta decisión, se consigue el importante paso de incorporar al conjunto de instrumentos de cooperación policial de la Unión Europea, el Sistema de Información de Schengen (SIS), cuya utilidad es fundamental en el terreno que nos ocupa del intercambio de información. De este modo veía la luz un Sistema de Información Europeo, aún cuando su origen fuera distinto al aconsejado en años anteriores por los expertos.

## **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA.**

El Consejo en su sesión Justicia y Asuntos de Interior del día 3 de diciembre de 1998, adoptó el Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>22</sup>, denominado Plan de Acción de Viena. El Plan obedecía a una solicitud formulada por el Consejo Europeo de Cardiff durante su reunión de los días 15 y 16 de junio de 1998<sup>23</sup>.

En el plan de acción se establecían una serie de medidas para ser adoptadas en distintos plazos, una vez entrara en vigor el Tratado de Ámsterdam. En particular se referían a:

- Realización de un estudio de viabilidad para establecer en Europol una base de datos de investigaciones en curso, con objeto de evitar cualquier solapamiento entre investigaciones realizadas por distintas autoridades.
- En la lucha contra el terrorismo, reforzar el intercambio de información, en particular a través de Europol.
- Debe asegurarse la armonización de los parámetros analíticos con objeto de que puedan compararse los datos recogidos.

---

<sup>21</sup> DO C 340 de 10.11.1997, p. 173/306

<sup>22</sup> DO C 19 23.01.1999 p.1

<sup>23</sup> [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/54316.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/54316.pdf)

- En cooperación aduanera, destaca la implementación del Sistema de Información Aduanero<sup>24</sup>.
- Establecimiento de un sistema para el intercambio de información y el análisis en blanqueo de capitales.
- Facilitar el acceso de Europol al Sistema de Información Aduanero.
- Estudiar la posibilidad de desarrollar un sistema de intercambio electrónico de huellas dactilares entre los Estados miembros.
- Organizar la recogida, almacenamiento, procesamiento, análisis e intercambio de información relevante, incluida la información poseída por los servicios policiales contenida en informes sobre transacciones sospechosas, en particular a través de Europol.

## **CONSEJO EUROPEO DE TAMPERE.**

Los días 15 y 16 de octubre de 1999, en la localidad finlandesa de Tampere, el Consejo Europeo<sup>25</sup> celebró una sesión especial basándose en su resuelta actitud para que la Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando plenamente las posibilidades que ofrecía el Tratado de Ámsterdam.

Se trataba de enfrentar el desafío que el Tratado había recogido, de garantizar que la libertad de los ciudadanos europeos, que entre otras facetas incluye el derecho a circular libremente por toda la Unión, pudiera disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia asequibles para todos. Para ello, el Consejo Europeo invitaba al Consejo y a la Comisión a promover la aplicación plena e inmediata del Tratado de Ámsterdam sobre la base del Plan de Acción de Viena, citado en el apartado anterior.

El Consejo Europeo pidió igualmente el establecimiento de una Unidad operativa europea de jefes de policía<sup>26</sup>, con objeto, entre otros, de intercambiar información sobre las tendencias de la delincuencia transfronteriza. Con el tiempo, la Unidad ha creado un nivel operativo<sup>27</sup> con base de apoyo en Europol, a través del cual se ha materializado un cierto intercambio de información de carácter operativo.

Se insiste igualmente en las conclusiones del Consejo Europeo en el refuerzo de Europol mediante la recepción de datos operativos procedentes de los Estados miembros.

Uno de los elementos que deben conformar la política diseñada en Tampere, consiste en una acción especial contra el blanqueo de capitales, estableciendo la necesidad de acelerar el intercambio de información entre las unidades de información financiera existentes (UIF)<sup>28</sup>, con respecto a las transacciones sospechosas. Se determina igualmente, que estas UIF, deben tener derecho, bajo

<sup>24</sup> BOE 268 de 08.11.2000 p. 38881

<sup>25</sup> [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm)

<sup>26</sup> Conocida como Task Force de Jefes de Policía, que se reúne como uno de los formatos del Comité del Artículo 36.

<sup>27</sup> COSPOL (Comprehensive Operational and Strategic planning for the POLice)

<sup>28</sup> En España el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC)

control judicial, a recibir información, cuando dicha información resulte necesaria para investigar el blanqueo de capitales.

## **COOPERACIÓN ENTRE UNIDADES DE INFORMACIÓN FINANCIERA.**

El Consejo, adoptó el 17 de octubre de 2000, una Decisión, 2000/642/JAI, relativa a las disposiciones de cooperación entre las unidades de información financiera (UIF) de los Estados miembros, para el intercambio de información.<sup>29</sup>

El texto legal, establece que los Estados miembros deben velar para que las UIF, intercambien toda la información disponible, pertinente para el tratamiento o el análisis de la información, o la investigación. Y esa información, relativa tanto a las operaciones financieras relacionadas con el blanqueo de capitales, como sobre las personas físicas o jurídicas implicadas. Utilizan para el intercambio una red segura denominada FIUNET.

La UIF requerida debe facilitar toda la información financiera o policial existente, sin necesidad de escrito oficial de requerimiento. Pudiéndose negar dicha información si fuera perjudicial para una investigación penal en curso, fuera desproporcionada respecto a intereses legítimos de las personas de que se trate, o contraria a los principios fundamentales del Derecho nacional.

La Unidad remitente podrá imponer restricciones y condiciones al uso de la información para fines distintos de la lucha contra el blanqueo de capitales, pero no podrá negar el consentimiento para su utilización en un proceso penal, salvo imposiciones de la legislación nacional o se diera alguna de las causas citadas en el párrafo anterior.

## **SISTEMAS DE INFORMACIÓN DEL TERCER PILAR.**

El Comité del artículo treinta y seis (CATS), recomendó en noviembre de 2002 la creación de un grupo de expertos, con el fin de realizar un inventario y evaluar los Sistemas de Información existentes o previstos, en las áreas de aplicación de la ley y de la cooperación judicial, con el fin de identificar posibles lagunas o solapamientos. El grupo emitió su informe<sup>30</sup> y en el mismo formulaba distintas recomendaciones, como solución a largo plazo para los sistemas necesarios, barajando tres diferentes opciones:

- Mezclar los sistemas existentes en un único Sistema de Información de la Unión, que evolucione para abarcar todas las necesidades de futuro.
- Mantener los sistemas independientes, permitiendo la creación de nuevos sistemas en caso necesario.
- Investigar e implementar la armonización de los formatos de datos y las reglas de acceso a los distintos sistemas, permitiendo a los actuales evolucionar para conseguir una mayor interoperabilidad entre ellos.

---

<sup>29</sup> DOCE L 271 de 24.10.2002 p. 4

<sup>30</sup> 8857/03 JAI 118 de 6 de mayo de 2003

Se pedía igualmente un estudio detallado de las tres opciones, con el fin de establecer las implicaciones técnicas, legales y financieras de cada una. Los representantes de las organizaciones responsables de los distintos sistemas deberían reunirse de manera regular, con objeto de identificar problemas e intercambiar mejores prácticas.

Hasta el momento se desconoce que se haya avanzado en la dirección propuesta por el informe.

## **MEJORA DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN.**

En junio de 2004, la Comisión de las Comunidades Europeas, lanzó una comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre la mejora del acceso a la información por parte de las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley.<sup>31</sup>

Dicha Comunicación, forma parte de la respuesta aportada por la Comisión a la invitación realizada por el Consejo Europeo, en el marco de la Declaración sobre la lucha contra el terrorismo,<sup>32</sup> a presentar propuestas en relación con el intercambio de información personal y el uso de los datos de pasajeros en la lucha contra el terrorismo<sup>33</sup>. En la misma declaración, el Consejo Europeo da instrucciones al Consejo para que estudie medidas legislativas con el fin de simplificar el intercambio de información e inteligencia entre las autoridades encargadas de garantizar el cumplimiento de la ley<sup>34</sup> en los Estados miembros.

La Comisión, analiza el estado de situación relativo al intercambio de información y trata de establecer los elementos esenciales para lograr que aquella circule libremente y de una manera más estructurada. En sus primeras reflexiones, reconoce que la compartimentación de la información y la falta de una política clara de canales de información, obstaculizan ese libre intercambio.

Una de las principales aportaciones del estudio realizado, es la introducción a escala comunitaria de un sistema represivo basado en la Inteligencia, concepto que debe ser tratado con mayor profundidad.

Debe igualmente aumentar la confianza entre los servicios represivos, a través de una política de información común, cuya creación es el objetivo último de la Comunicación, que, a través del establecimiento de condiciones idénticas de acceso a los datos, permita la eliminación de obstáculos para el intercambio de información e Inteligencia. Se pretende también, que el establecimiento de la política de información, fomente la producción y el uso a escala europea de una Inteligencia criminal de alta calidad, como instrumento eficazísimo para la lucha contra la delincuencia.

---

<sup>31</sup> COM (2004) 429 final, de 16.06.2004

<sup>32</sup> Consejo Europeo de 25 de marzo de 2004 (7906/04)

<sup>33</sup> Sobre este asunto la Comisión había publicado la COM (2003) 826 final, sobre la transferencia de datos de los registros de nombre de los pasajeros (PNR).

<sup>34</sup> Expresión no habitual en español, procedente de la traducción de la denominación inglesa Law Enforcement Agencies

Como destinatarios de las ideas propuestas en el documento, se incluyen, no sólo las autoridades policiales, sino las aduaneras, las Unidades de Inteligencia Financiera, las autoridades judiciales y fiscales y demás organismos que participen en cuantas acciones se extienden desde la detección precoz de las amenazas a la seguridad, hasta la condena y castigo de los culpables.

Como ya se ha mencionado, el objetivo estratégico principal de la Comunicación es la creación de una política europea de información, que incluya medidas de acceso a la información, aún aquella recogida con fines no represivos<sup>35</sup>, establecer formatos acordados de la información y usar métodos equivalentes para el análisis, a partir de normas mínimas para los sistemas nacionales, que permitan realizar evaluaciones de amenaza compatibles a escala europea.

La política de información debe tener entre sus objetivos fundamentales, la libre circulación de la información entre los servicios competentes, para ello introduce el denominado “principio de acceso equivalente”<sup>36</sup>, que permita a los servicios el acceso a datos y bases de otros Estados, en condiciones comparables a las de los servicios nacionales competentes. Este principio, reconoce que las autoridades represivas actúan legalmente cuando acceden a datos o bases de datos, en el ejercicio de sus tareas y dentro de los límites establecidos por las normas comunes sobre protección y seguridad de datos.

Atendiendo a la invitación del Consejo Europeo, sobre propuestas que mejoren la compatibilidad de las bases de datos europeas<sup>37</sup>, la Comisión considera que la única opción viable en el futuro será la creación de sistemas europeos compatibles e interconectados, como materialización de un arquitectura informática que integre interconexiones nacionales, europeas e internacionales.

Otro de los objetivos fundamentales de la política de información es la consecución de un sistema represivo basado en la Inteligencia, estableciendo un Modelo Europeo de Inteligencia que permitiría entre otras ventajas, la sincronización de las evaluaciones de las amenazas. Se trata en suma, de poner la información precisa a disposición de una red de Inteligencia de primera magnitud a escala de la Unión.

Finalmente, el tercer objetivo base de la política de información, será la creación de un clima de confianza entre todas las partes interesadas, que permita adoptar las medidas necesarias para la creación de un espacio común de represión del crimen en la Unión Europea, a partir de la compatibilidad de los sistemas nacionales de Inteligencia.

## **EL PROGRAMA DE LA HAYA.**

El Programa de La Haya<sup>38</sup>, adoptado por el Consejo Europeo de Bruselas de los días 4 y 5 de noviembre de 2004, viene a sustituir al Programa aprobado en

---

<sup>35</sup> Se materializará posteriormente en la denominada Directiva de retención de datos.

<sup>36</sup> Este principio se articulará posteriormente en el Programa de La Haya bajo el nombre de “Principio de disponibilidad”.

<sup>37</sup> SISII, VIS y EURODAC

<sup>38</sup> DOCE C 53 de 3.3.2005 p.1

Tampere cinco años atrás, toma como base los logros alcanzados por aquél y pretende hacer frente a los nuevos desafíos que la Unión deba afrontar.

El Programa establece distintas consideraciones específicas y en el correspondiente a la consolidación de la seguridad, desarrolla en primer lugar un epígrafe dedicado a la mejora del intercambio de información, partiendo del convencimiento de la necesidad de que para ello, es preciso innovar planteamientos anteriores.<sup>39</sup>

La voluntad política del Consejo Europeo, establece que a partir del 1 de enero de 2008, el intercambio de información deberá regirse por el principio de disponibilidad.<sup>40</sup> Este principio debería convertirse en un importante punto de inflexión para la cooperación policial en la Unión Europea.

Se establece igualmente que los métodos de intercambio de información deberán hacer pleno uso de las nuevas tecnologías, adaptándose a cada tipo de información. Recomienda, en el caso procedente, el acceso recíproco a las bases de datos nacionales o la interoperabilidad de las mismas. Se pide igualmente el acceso directo, incluido Europol, a las bases de datos centrales en la UE.

El recurso a nuevas bases de datos europeas centralizadas sólo deberá utilizarse si los estudios que se realicen sobre las mismas demuestran su valor añadido.

Entre las medidas destinadas a la mejora de la cooperación policial, figura el hecho de instar a los Estados miembros para que capaciten a Europol para el desempeño de un papel clave en la lucha contra las formas graves de delincuencia y ello a través de, entre otras medidas, la puesta a disposición de Europol de cuanta información de alta calidad necesite, con suficiente antelación. Europol deberá ayudar a los Estados miembros a mejorar la calidad de sus datos policiales y poner en funcionamiento sin demora su sistema de información.

## **PLAN DE ACCIÓN DEL PROGRAMA DE LA HAYA.**

En el año 2005, el Consejo y la Comisión adoptaron el Plan de Acción por el que se aplica el Programa de la Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea.<sup>41</sup>

El Plan de Acción, contiene una detallada lista de acciones encaminadas a la materialización del Programa y, en el campo del que se ocupa este artículo, procede destacar las siguientes:

- Comunicación de la Comisión sobre la mejora de las sinergias entre SIS II, VIS y Eurodac.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> El Consejo Europeo está convencido de que la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia requiere un planteamiento innovador del intercambio transfronterizo de información policial. No debe bastar el mero hecho de que la información cruza las fronteras.

<sup>40</sup> En todo el territorio de la Unión, un funcionario de policía de un Estado miembro que necesite información para llevar a cabo sus obligaciones pueda obtenerla de otro Estado miembro y que el organismo policial del otro Estado miembro que posea dicha información la facilitará para el propósito indicado, teniendo en cuenta el requisito de las investigaciones en curso en dicho Estado.

<sup>41</sup> DOCE C 198 de 12.08.2005 p. 1

- Propuesta sobre la instauración de un principio de disponibilidad de la información pertinente a efectos policiales.<sup>43</sup>
- Adopción de una propuesta de Decisión marco sobre simplificación e intercambio de información e inteligencia entre los cuerpos de seguridad de los Estados miembros de la UE.<sup>44</sup>
- Propuesta sobre el acceso de los cuerpos de seguridad al Sistema de Información de Visados.<sup>45</sup>
- Desarrollo del sistema de información de Europol.
- Desarrollo de vínculos entre SIS II y el sistema de información de Europol.<sup>46</sup>
- Aplicación del principio de disponibilidad en los siguientes ámbitos:
  - ADN
  - Huellas dactilares
  - Balística
  - Números telefónicos
  - Matriculación de vehículos<sup>47</sup>
  - Registros civiles
- Propuesta sobre una arquitectura comunitaria general de las bases de datos forenses/policiales.
- Definición de una política coherente de desarrollo de tecnologías que ayuden a recoger, almacenar, procesar, analizar e intercambiar información.

## **TRATADO DE PRÜM.**

El 27 de mayo de 2005, en la localidad alemana de Prüm, España firmó junto con Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Luxemburgo y Países Bajos el Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal.<sup>48</sup>

Lo que impulsó a los firmantes de este Tratado fue el deseo de asumir un papel pionero en la consecución del máximo nivel posible de cooperación en el ámbito europeo, en particular mediante el intercambio de información. Era también deseo de los participantes, incorporar el régimen establecido por el Tratado al marco jurídico de la Unión Europea,<sup>49</sup> precisamente para conseguir mejorar en el conjunto, aquél intercambio. Completaba además lo establecido por el Tratado, la disponibilidad a formalizar cuantos acuerdos fueran necesarios, para posibilitar la consulta automatizada de las bases de datos que fueran pertinentes para profundizar la cooperación transfronteriza.

---

<sup>42</sup> COM (2005) 597

<sup>43</sup> 13413/05 conteniendo la propuesta COM (2005) 490 final.

<sup>44</sup> Conocida como iniciativa sueca y que vería la luz en 2006. Ver epígrafe posterior sobre este tema.

<sup>45</sup> Materializada en la Decisión 2008/633/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008 (DOCE L 218 de 13.8.2008 p. 129)

<sup>46</sup> En la actualidad, Europol dispone de acceso, exclusivamente en modalidad consulta, al SIS de primera generación.

<sup>47</sup> La información relativa a ADN, huellas digitales y matriculación de vehículos se ha materializado posteriormente a través de la denominada Decisión Prüm tratada en el epígrafe correspondiente.

<sup>48</sup> Ratificado por España con fecha 18.07.06, BOE 307 de 25.12.2006 p. 45524

<sup>49</sup> Artículo 1 (4): Como máximo tres años después de la entrada en vigor del presente tratado, se pondrá en marcha una iniciativa para trasladar las disposiciones del mismo al marco jurídico de la Unión Europea...

Aún cuando el Tratado de Prüm alberga diferentes formas de cooperación policial, dedicaremos este epígrafe únicamente a aquellos aspectos relacionados con el objeto del artículo.

## **INTERCAMBIO DE DATOS DE ADN.**

Hay un compromiso de los firmantes, para crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos. Dichos ficheros deberán disponer de índices de referencia relativos a su contenido, de tal modo que en los índices no figuren datos que permitan identificar a las personas concernidas. Deberán reconocerse igualmente aquellos que corresponden a huellas abiertas, denominando así a los que no pueden atribuirse a persona alguna.

Cada Parte deberá designar un punto de contacto nacional al que las demás Partes deberán permitir acceso a los índices de referencia, incluyendo la consulta automatizada, con objeto de comparar perfiles de ADN. Esta consulta únicamente puede realizarse para casos concretos y aplicando la legislación nacional de quien consulta. Los perfiles de ADN de las huellas abiertas, serán comparados de manera automatizada con aquellos contenidos en los índices de referencia.

Una vez realizada la comparación de los perfiles, si existiera alguna concordancia, los datos personales y demás informaciones disponibles relativas al perfil identificado, serán transmitidos aplicando las normas legales del Estado titular del fichero. Las modalidades de este intercambio se establecieron en un acuerdo de ejecución. En caso necesario y aplicando la legislación vigente en cada Estado, se contempla la obligatoriedad de prestar asistencia para la obtención y el análisis de material genético molecular de una persona determinada si una de las Partes lo requiere, respetando las formalidades establecidas.

## **DATOS DACTILOSCÓPICOS.**

En el caso de datos dactiloscópicos, los Estados miembros del Tratado, deberán disponer de índices de referencia de los datos contenidos en los sistemas automatizados nacionales de identificación dactiloscópica, creados para los fines de la prevención y persecución de los delitos. En esos índices no podrán existir datos identificativos de la persona a quien pertenezcan y, al igual que en el caso anterior, las huellas abiertas deberán poder ser reconocidas como tales en el fichero de índices.

Las prerrogativas de acceso de los puntos de contacto son idénticas y con las mismas limitaciones ya mencionadas en lo relativo a los perfiles de ADN. Otro tanto cabe decir respecto a la transmisión de informaciones correspondientes a las huellas que hubieran concordado.

## **REGISTROS DE MATRICULACIÓN DE VEHÍCULOS.**

En este apartado, se añade a los fines de prevención y persecución de delitos, la persecución de infracciones, siempre que sean competencia de los tribunales o de las fiscalías en el territorio del Estado que realiza la consulta, y la prevención de amenazas para la seguridad y el orden público. Para estos fines, los firmantes del Tratado, tendrán acceso a los datos de los vehículos, así como de sus propietarios o usuarios<sup>50</sup>.

La consulta está sometida a una limitación, de tal forma que solo podrá efectuarse utilizando un número completo de identificación de un vehículo o una matrícula completa. Rigen las mismas prescripciones en cuanto a formalidades de transmisión y legislación aplicable, que en los dos casos anteriores.

## **TRANSMISIÓN DE INFORMACIÓN EN OTROS CASOS.**

Se establece en el Tratado que las Partes, tanto previa petición como a iniciativa propia transmitirán, aplicando su derecho nacional, cuanta información sea necesaria para los fines de prevención de los delitos y la prevención de amenazas para la seguridad y el orden públicos en relación con grandes eventos de alcance transfronterizo, en particular en el ámbito del deporte o de las reuniones del Consejo Europeo. En el caso de que se trate de datos personales, la transmisión se realizará si existen condenas firmes u otras circunstancias que justifiquen la presunción de que tales personas van a cometer un delito o suponen una amenaza.

En este caso, los datos solo podrán ser tratados para el fin que se cita y para el evento concreto de que se trate, suprimiéndose de inmediato una vez se hayan superado aquellos fines.

Cuando la amenaza que se trate de prevenir sea la de un atentado terrorista, los datos podrán intercambiarse si determinados hechos justifican la presunción de que las personas a quienes se refieren dichos datos pueden cometer los delitos a que se refiere la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea para la lucha contra el terrorismo.<sup>51</sup>

## **ACUERDO DE EJECUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL.**

Para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 44 del Tratado, las Partes firmantes del mismo, formalizaron un Acuerdo de ejecución administrativo y técnico, que fue firmado en Bruselas el día 5 de diciembre de 2006. En el mismo

---

<sup>50</sup> Elemento clave de este intercambio es el sistema EUCARIS: EUROpean CAR and driving Information System, creado a principios de los años 90 entre distintos países europeos, basado en un Tratado y que permite compartir la estructura y los programas de gestión de las bases de datos de vehículos y conductores a través de un sistema de red. Están conectados a la misma 16 Estados. [www.eucaris.net](http://www.eucaris.net)

<sup>51</sup> El Tratado cita la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008 (DO L 330 de 9.12.2008 p. 21)

se establecen definiciones, datos relativos a los perfiles a comparar, así como las reglas aplicables a la consulta y transmisión de datos.

En la actualidad, el Tratado ha entrado en vigor para 14 Estados miembros de la Unión Europea.

## **IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISPONIBILIDAD.**

La Presidencia presentó al Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior, durante su sesión del 14 de abril de 2005, un informe<sup>52</sup> sobre como enfocar la aplicación del principio de disponibilidad.

El Consejo, acordó realizar un tratamiento gradual al acceso de los seis tipos de información propuestos:

- ADN
- Huellas
- Balística
- Registro de vehículos
- Números de teléfono (privados y públicos)
- Datos mínimos para la identificación de personas.

No se trata de una lista cerrada, mostrando el Consejo su voluntad de que pudiera ser complementada por otros tipos de información en el futuro. Pidió además al CATS, que estudiara de entre las distintas modalidades de acceso a la información transfronteriza cuales eran aplicables a cada tipo de información de las citadas. Son las siguientes:

- Acceso indirecto bajo demanda.
- Acceso directo a las bases de datos de otro Estado miembro.
- Acceso indirecto a la información de otro Estado miembro a través de un índice central, utilizando un procedimiento hit no hit.
- Creación o extensión del uso de las bases de datos centrales europeas e internacionales.
- Reforzar el acceso de la policía a los datos hechos públicos por otras autoridades de aplicación de la ley.

Pidió igualmente el Consejo, que le fuera presentado un informe sobre esas modalidades de acceso en diciembre del mismo año 2005, así como sobre la interoperabilidad de las bases de datos de la UE. Debería también examinarse como optimizar el uso de las bases europeas existentes,<sup>53</sup> y explorarse la posibilidad del uso de otras bases existentes en el área de Justicia, Libertad y Seguridad<sup>54</sup> para fines de las fuerzas de seguridad.

---

<sup>52</sup> 7641/2/05 REV2 de 5 de abril de 2005

<sup>53</sup> Sistema de Información de Europol, Sistema de Información Aduanero y Sistema de Información de Schengen

<sup>54</sup> EURODAC y VIS

Para realizar el informe solicitado por el Consejo, se constituyó un Grupo de Amigos de la Presidencia que lo presentó a los correspondientes grupos de trabajo y fue elevado para que tomara nota del mismo, al Consejo JAI de los días 1 y 2 de diciembre de 2005.

En el informe<sup>55</sup> se destacan algunos avances ya realizados, como la presentación del proyecto de Decisión Marco sobre la simplificación del intercambio de información entre fuerzas de seguridad o el Tratado de Prüm ya firmado en aquél momento por siete Estados miembros. El estudio, cuyo detalle y profundidad desborda la finalidad de estas páginas, analiza los pros y los contras, de cada una de las vías de intercambio sugeridas para cada una de las modalidades de información detalladas anteriormente.

A modo de conclusiones dirigidas hacia el diseño de una estrategia coherente, el grupo estableció lo siguiente:

- Para los datos de ADN, huellas, registro de vehículos y balística recomendaba las búsquedas a través de una red de interconexión.
- Los datos correspondientes a números de teléfono, otros datos de comunicaciones y datos mínimos procedentes de los registros civiles para la identificación de personas, acceso indirecto previa petición a través de los canales de comunicación existentes.
- Necesidad de coordinar todas las iniciativas en marcha para asegurar su compatibilidad y evitar duplicación de esfuerzos.
- Realizar la catalogación de las bases de datos y otros bancos de conocimiento existentes, los tipos de datos almacenados, los períodos de retención y regímenes de acceso.
- Proceder a la evaluación sobre las posibles interconexiones e interoperabilidades de los sistemas existentes, con el fin de asegurar que sus capacidades se explotan al máximo evitando solapamientos y duplicidades.
- Llevar a cabo una política coherente de desarrollo en tecnologías de la información (IT).

## **LA INICIATIVA SUECA.**

Se conoce bajo el nombre de iniciativa sueca a la Decisión Marco 2006/960/JAI de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea.<sup>56</sup>

Aún cuando no se cite expresamente, en opinión del autor, esta Decisión Marco, puede considerarse como la primera aplicación concreta del principio de disponibilidad que consagrara el Programa de La Haya. El arraigo político de la iniciativa se sitúa en la Declaración sobre la lucha contra el terrorismo, adoptada por el Consejo Europeo en marzo de 2004, ya citada en distintos apartados.

---

<sup>55</sup> 13558/1/05 de 10 de noviembre de 2005

<sup>56</sup> DO L 386 de 29.12.2006 p. 89

En sus considerandos, se deja claramente establecida cual es la importancia del intercambio de información y el hecho de que este intercambio se realice de manera oportuna y en las distintas fases de la investigación, desde la fase de recogida de inteligencia criminal, hasta la fase de investigación criminal propiamente dicha.

Destaca también la necesidad de que la obtención de información e inteligencia en los Estados miembros, se plantee de manera horizontal, y no en función de las diferencias entre formas de delincuencia, ni en función del reparto de competencias entre autoridades policiales y judiciales.

Reconoce igualmente que en el momento de adoptar la disposición, los procedimientos formales, las estructuras administrativas y los obstáculos jurídicos establecidos en la legislación de los Estados miembros limitaban gravemente el intercambio rápido y eficaz de información e inteligencia.

Como fruto del adecuado diagnóstico realizado, se plantea la iniciativa como un instrumento jurídicamente vinculante que, en cualquier caso, no debe perjudicar a aquellos ya existentes o futuros que puedan tener mayor alcance en la cooperación que se trata de regular. Supone un paso más que lo establecido por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, cuyas disposiciones en materia de intercambio de información, contenidas en sus artículos 39 y 46, deroga.

Se destacan a continuación los aspectos más importantes de la Decisión Marco:

- Es aplicable tanto para investigaciones criminales como para operaciones de inteligencia criminal, entendiendo por estas últimas aquellas actividades que se realizan previamente a la investigación criminal, para establecer si se han cometido actos delictivos concretos, o se pueden cometer en el futuro.
- Para utilizar los datos intercambiados como prueba ante una autoridad judicial, deberá obtenerse el consentimiento del Estado facilitador, a menos que este haya accedido a ello en el momento de la transmisión.
- No se impone obligación alguna de obtener la información<sup>57</sup> mediante medidas coercitivas, definidas de conformidad con la legislación nacional<sup>58</sup>. Y si ésta lo permite, puede facilitarse la que hubiera sido obtenida anteriormente aplicando aquél tipo de medidas.
- No se impondrán condiciones más estrictas para el intercambio de información, que las aplicables a escala nacional y en el caso de que por aplicación del derecho nacional, fuera necesario recabar la autorización de una autoridad judicial nacional, esta aplicará los mismos criterios que si se tratara de un asunto interno.
- Cuando se trate de solicitudes urgentes en relación con los delitos a los que es de aplicación lo dispuesto en la Orden Europea de Detención<sup>59</sup>, deberán responderse en el plazo de ocho horas, si la información se encuentra en una base de datos accesible directamente por un servicio de seguridad y, en caso

---

<sup>57</sup> En el texto legal se hace mención tanto a información como a inteligencia, habiendo obviado la repetición de ambos términos, al considerar ambos incluidos en el término genérico de información.

<sup>58</sup> Es uno de los puntos de más difícil interpretación en esta disposición, ya que el término medida coercitiva, no tiene en general una definición clara en las legislaciones de los Estados miembros.

<sup>59</sup> Delitos enumerados en el artículo 2, apartado 2, de la DM 2002/584/JAI, transpuesta en el caso español por la ley 3/2003 de 14 de marzo, BOE 65 de 17.03.03 p. 10244.

de no poder respetar el plazo, deberán comunicarse los motivos y hacerlo en cualquier caso en el margen de tres días, si se tratara de una carga de trabajo desproporcionada para el servicio requerido. Si este tipo de solicitudes no fueran urgentes, deberán responderse en el plazo de una semana, siendo aplicable igualmente lo establecido respecto a la comunicación de los motivos de no atención.

- En cualquier otro caso el plazo de respuesta se amplía a 14 días.
- Cada petición deberá basarse en la existencia de razones de hecho que hagan creer que el Estado requerido dispone de información pertinente para la prevención o investigación del delito de que se trate.
- El intercambio se realizará a través de cualquiera de los canales de cooperación policial internacional existentes<sup>60</sup>, utilizando la lengua propia de dicho cauce.
- Se intercambiará la misma información con Europol y Eurojust si la actividad delictiva a que se refiere entra en sus respectivas competencias.
- Se establece una lista tasada de motivos por los que se puede denegar la información solicitada: el perjuicio a intereses esenciales para la seguridad nacional del Estado requerido, la posibilidad de comprometer el éxito de una investigación en curso o la seguridad de las personas, el hecho de que lo solicitado fuera claramente desproporcionado o irrelevante para el fin perseguido o, finalmente, cuando haga referencia a un delito castigado con pena igual o inferior a un año en la legislación del Estado requerido.
- En cualquier caso se denegará la información si la autoridad judicial competente no autoriza el acceso o el intercambio de información.
- Se anexan a la Decisión Marco dos formularios correspondientes a la solicitud de información y a la remisión de la misma.<sup>61</sup>

El Consejo de Ministros del pasado 22 de mayo de 2009, trató el informe presentado por el Ministerio del Interior sobre el Anteproyecto de ley de transposición a la legislación española de esta Decisión Marco, encontrándose en fase de informe de las instancias competentes<sup>62</sup>.

## **INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON EUROPOL Y ENTRE ESTADOS MIEMBROS.**

En junio de 2002, el Grupo Multidisciplinar sobre la Delincuencia Organizada (GMD), decidió en base a la Acción Común de 5 de diciembre de 1997<sup>63</sup>, dedicar la tercera

---

<sup>60</sup> Sin perjuicio de no ser una mención exhaustiva, cabe citar: SIRENE, Unidades Nacionales de Europol, Oficinas Centrales Nacionales de Interpol, Centros de Cooperación Policial y Aduanera y Oficiales de Enlace.

<sup>61</sup> En los distintos debates que sobre el seguimiento de la aplicación de la Decisión Marco se han celebrado en el Grupo Ad Hoc sobre Intercambio de Información, se ha apreciado la existencia de división de opiniones acerca de la obligatoriedad o no de tales formularios, unido a la complejidad de los mismos señalada por usuarios de la mayoría de los Estados miembros. En principio la utilización del término “que utilizará”, tanto el Estado miembro requirente como el Estado miembro requerido, para encabezar los formularios B y A respectivamente, parecen indicar el carácter obligatorio de los mismos. Durante la Presidencia de la República Checa, en el primer semestre de 2009, se ha trabajado en un modelo de formulario simplificado que pudiera gozar de mayor aceptación.

<sup>62</sup> Consejo General del Poder Judicial, Agencia Española de Protección de Datos y Consejo de Estado.

<sup>63</sup> Por la que se establece un mecanismo de evaluación de la aplicación y ejecución a escala nacional de los compromisos internacionales en materia de lucha contra la delincuencia organizada.

ronda de evaluaciones recíprocas al suministro de información e inteligencia a Europol y el intercambio de información e inteligencia entre Estados miembros. El Consejo JAI de los días 6 y 7 de diciembre de 2007, tomó nota del informe final sobre las visitas de evaluación<sup>64</sup> y pidió a los Estados miembros que informaran a más tardar a finales de 2008 de la forma en que habían dado cumplimiento a las recomendaciones formuladas por los especialistas<sup>65</sup>.

Ya se ha destacado en distintas partes de este trabajo tanto la importancia del intercambio de información entre Estados miembros, como de éstos con Europol, en base a distintas disposiciones del ámbito JAI y del hasta la fecha vigente Convenio de Europol, por lo que vamos a destacar únicamente aquellos aspectos del informe de evaluación, relevantes para el análisis que sobre el intercambio de información estamos realizando. Limitaremos igualmente los comentarios a aquellos aspectos de carácter general, aplicables a todos o a la mayoría de Estados miembros, sin mencionar características o deficiencias particulares. La mayoría de los comentarios se han extraído casi literalmente del informe.

Se detectaron dificultades para la alimentación del Sistema de Información de Europol, especialmente en lo que se refiere a la extracción automática de datos, debido principalmente a la diversidad de bases de datos nacionales, generalmente no compatibles y no compartidas por distintos cuerpos de seguridad.

No se da de forma común el intercambio de datos entre aduanas y policía, citando en particular a la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). Ha aumentado el número de bases de datos existentes<sup>66</sup> de manera considerable, sin que se haya establecido ningún tipo de uso compartido.

Todos los Estados miembros sin excepción deben seguir reforzando sus estructuras de cooperación internacional, para asegurarse de la no existencia de estructuras ni iniciativas de cooperación paralelas, que puedan impedir una verificación y un tratamiento adecuados de la información necesaria para potenciar la cooperación internacional.

El informe considera demostrado que urge mejorar la cooperación en materia de lucha contra la delincuencia financiera, por ejemplo, estrechando la cooperación entre las unidades de investigación financiera, las autoridades policiales y aduaneras y los servicios de inteligencia.

Los Estados miembros deben examinar la posibilidad de disponer de una estructura permanente de cooperación entre las autoridades competentes (policía, aduanas, guardias fronterizos, etc.) con vistas a la actuación conjunta basada en un modelo de inteligencia compartida.

Para los países con varias fuerzas de policía, fomentar la creación de un sistema integrado que permita que todas las fuerzas de policía del país tengan acceso a diversas bases de datos, por lo menos con un sistema de resultados positivos o negativos (hit no hit).

---

<sup>64</sup> Documento 13321/3/07

<sup>65</sup> No se tiene conocimiento en la fecha actual de la presentación de tales informes.

<sup>66</sup> Sistema de Información Aduanero (SIA) y FIDE, base de datos de seguimiento de investigaciones aduaneras.

Permitir que todos los agentes de policía responsables de la lucha contra la delincuencia internacional, tengan acceso desde un mismo terminal informático a todas las bases de datos pertinentes, creadas por todos los servicios de policía.

Estudiar la forma de vincular más estrechamente entre sí a los servicios policiales, aduaneros y de inmigración, para que intercambien información de forma más eficaz en beneficio de la cooperación,

Adoptar una medida que permita a todas las autoridades nacionales de las fuerzas de seguridad recurrir conjuntamente a los funcionarios de enlace.

Para los países con una gran variedad de autoridades competentes, fomentar, en la medida de lo posible, la presencia de los diversos organismos en los puntos centrales de cooperación internacional.

Desarrollar el concepto de funciones de policía basadas en la inteligencia, para elaborar medidas represivas y preventivas basándose en los productos analizados.

Fomentar funciones de sinergia para ayudar a los analistas a seguir en contacto con los investigadores, para que los primeros puedan producir productos más adecuados para las investigaciones de los segundos.

Considerar la posibilidad de que Europol sea el punto central de intercambio de información en la UE.

Utilizar el canal de Europol de forma más sistemática, siempre que dos o más Estados miembros puedan verse afectados por la gran delincuencia organizada.

Los Estados miembros deben comprometerse a enviar a Europol tanta información de calidad, perteneciente al ámbito de competencias de Europol como puedan.

Dar por parte de los Estados miembros, instrucciones escritas específicas para animar a las autoridades competentes a mejorar el uso de los recursos y servicios facilitados por Europol.

Poner a punto los sistemas nacionales con los que se introducirán los datos en las bases de datos del Sistema de Información de Europol.

## **INTERCAMBIO DE ANTECEDENTES POLICIALES.**

Durante la presidencia alemana del Consejo de la Unión Europea, en el primer semestre de 2007, el Grupo Operativo de Directores de Policía (EPCTF)<sup>67</sup>, trató a propuesta de la presidencia, en dos de sus reuniones, la iniciativa de conectar los sistemas de antecedentes policiales a través de un sistema de índices<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> European Police Chiefs Task Force

<sup>68</sup> En la primera propuesta se hacía referencia al mismo como Criminal Records Index System (CRIS), siendo posteriormente añadido el término Police (PCRIS), dada la posibilidad de confusión con la iniciativa del European Criminal Records Information System (ECRIS), que se ha materializado en la Decisión Marco

Alemania, dada la buena acogida que la idea había tenido entre los Directores de Policía, preparó un cuestionario para recoger información sobre la situación nacional y convocó una reunión de expertos que tuvo lugar en octubre de 2007, presentando sus resultados a la reunión de Directores de noviembre de 2007, que determinó la necesidad de realizar un estudio de viabilidad, que tuviera en cuenta los aspectos legales, técnicos y financieros de la propuesta, así como el impacto a nivel nacional.

Las delegaciones de Austria y Alemania elaboraron un documento de trabajo, conteniendo algunas consideraciones preliminares para la realización del estudio de viabilidad.

La primera opción a tomar es la del instrumento legal necesario, contemplándose tres posibilidades, la de adopción de un instrumento legal específico del Consejo, la modificación de la Decisión por la que se establece el Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II),<sup>69</sup> o la adopción de una solución regional al margen de la UE.

El segundo paso es la definición de archivos de antecedentes policiales, contemplando la obligatoriedad de la existencia de los mismos en los Estados miembros y las características de tales archivos, con definición de los campos obligatorios y opcionales que deben contener. Es necesario igualmente contemplar la conveniencia de realizar búsquedas automáticas, tal como se realiza por aplicación del Tratado de Prüm, definiendo aquellos campos por los que puedan realizarse esas búsquedas.

La designación de un punto nacional de contacto es requisito imprescindible y deben establecerse los códigos de gestión, de tal modo que queden claras las posibilidades de utilización<sup>70</sup>, las normas de seguridad y los requisitos de confidencialidad asociados a la información que pueda intercambiarse.

Un aspecto particularmente importante es el impacto nacional, dadas las dificultades para alinear la existencia de bases de datos, la unificación en el caso de existencia de varias de ellas, el hecho de que las bases tengan contenido de inteligencia o no, la estructura de las mismas, los poderes de los puntos de contacto o el cumplimiento de los requisitos técnicos necesarios. Este impacto variará en función del instrumento legal elegido, ya que si se opta por modificar un instrumento actual, como la base legal del SISII, las implicaciones nacionales serían totalmente diferentes.

Dadas las dificultades que este asunto plantea, el Grupo Operativo de Directores, en su reunión del 22 de octubre de 2008 decidió que, puesto que el Comité de Representantes Permanentes (Coreper), había tomado la decisión de convocar de nuevo el Grupo Ad Hoc sobre Intercambio de Información, con el mandato de tratar

---

2008/315/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 (DO L 93 de 7.4.2009 p. 23) y en la Decisión 2009/316/JAI del Consejo de 6 de abril de 2009 (DO L 93 de 7.4.2009 p. 33).

<sup>69</sup> Decisión 2007/533/JAI de 12 de junio, DOUE L 205 de 07.08.2007 p. 63

<sup>70</sup> Particularmente importantes si se da el caso de intercambiar inteligencia policial.

todos los asuntos relativos al intercambio de información del Tercer Pilar, fuera en ese ámbito en el que se tratara esta materia<sup>71</sup>.

## **LA DECISIÓN PRÛM.**

Se conoce con este nombre a la Decisión 2008/615/JAI del Consejo, de 23 de junio de 2008 sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza<sup>72</sup>, adoptada con objeto de incorporar los aspectos esenciales de las disposiciones del Tratado de Prüm al ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Viene a ser un nuevo peldaño, junto con la ya comentada iniciativa sueca, para la mejora del intercambio de información en la Unión, aplicando el principio de disponibilidad consagrado en el Programa de La Haya, utilizando plenamente, tal como dicho Programa establece, las nuevas tecnologías.

En esta Decisión se tratan otras medidas de cooperación transfronteriza que son ajenas al intercambio de información, por lo que no van a ser objeto de comentario.

Veamos algunos puntos del contenido de la disposición:

- Establecer las condiciones y procedimientos para el intercambio automatizado de perfiles de ADN, datos dactiloscópicos y algunos datos de los registros nacionales de matriculación de vehículos (propietarios, usuarios y datos de los vehículos).
- Suministro de datos relacionados con acontecimientos de dimensión transfronteriza.
- Suministro de información con el fin de prevenir atentados terroristas.

Se acompaña esta Decisión con la Decisión 2008/616/JAI del Consejo de 23 de junio de 2008<sup>73</sup>, que tiene por objeto establecer las disposiciones administrativas y técnicas para la ejecución de la primera.

Dada la coincidencia absoluta con lo ya comentado en el apartado correspondiente al Tratado de Prüm, no se reproducen en este epígrafe los comentarios de detalle. La Decisión es complementaria de la denominada iniciativa sueca ya que a través de las conexiones automatizadas de bases de datos, puede conocerse la existencia de registros referidos a las personas de que se trate en la consulta y, a continuación, utilizar las disposiciones de la Decisión Marco, para la solicitud de la información correspondiente, con objeto de ser incorporada a las investigaciones o procesos de inteligencia policial en el Estado miembro que lo necesite.

Puesto que los contenidos de gran parte del Tratado de Prüm y de esta Decisión son idénticos, el Consejo ha legislado en el sentido de determinar la preferencia de aplicación de esta Decisión en los Estados miembros afectados por ambos textos.

---

<sup>71</sup> Por el momento todavía ninguna presidencia ha incluido en el orden del día de las reuniones del grupo este asunto.

<sup>72</sup> DO L 210 de 06.08.2008, p. 1

<sup>73</sup> DO L 210 de 06.08.2008 p.12

Los Estados miembros tenían de plazo para adoptar las medidas necesarias hasta final de agosto de 2009 y disponen de un plazo de tres años, hasta final de agosto de 2011 para cuanto se refiere a bases de datos e intercambio automatizado de las mismas.

España inició la comparación de perfiles de ADN en junio de 2007, haciéndolo en la actualidad con Alemania, Austria, Eslovenia, Luxemburgo y Países Bajos. El número de coincidencias entre dos perfiles de países distintos, ha alcanzado una cifra próxima a los cuatro mil. Por lo que respecta al intercambio de datos de impresiones dactilares, España tiene el sistema terminado<sup>74</sup>, encontrándose en la actualidad en fase de pruebas.

En lo relativo a datos de vehículos, el intercambio de información se inició en abril de 2008, entre Francia y España, funcionando en la actualidad con Alemania, Austria, Luxemburgo y Países Bajos. El número de consultas realizadas por España hasta la fecha supera las 25.000.

Noruega e Islandia, solicitaron durante la segunda mitad de 2008, poder aplicar algunas de las medidas establecidas en esta Decisión, principalmente en lo que se refiere al intercambio automático de datos. Esta demanda únicamente puede materializarse a través de la firma de un Acuerdo de ambos países con la Unión Europea, Acuerdo que, tras el proceso de negociación adecuado, está preparado para la firma en este último trimestre de 2009<sup>75</sup>.

## **GRUPO AD HOC SOBRE EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN.**

La importancia creciente que el intercambio de información tiene en el seno de la Unión Europea motivó que en el año 2006, el Coreper estableciera un grupo específico dedicado al intercambio de información.<sup>76</sup>

El objetivo del grupo era proponer soluciones para el intercambio automatizado de datos, relativos a ADN, huellas digitales y registros de vehículos. Como ha podido verse en apartados anteriores, los objetivos del grupo fueron alcanzados por impulsos ajenos a los trabajos desarrollados en los grupos del Consejo.

La aparición en escena de la Decisión Marco conocida como iniciativa sueca y la Decisión que hemos denominado Decisión Prüm, revitalizaron la necesidad de existencia de tal grupo, por lo que el propio Coreper decidió<sup>77</sup> que el Grupo Ad Hoc retomara sus tareas, dedicándose a cuantas materias fueran necesarias, relativas al intercambio de información en el Tercer Pilar, iniciándolas con las correspondientes a la aplicación de las Decisiones citadas al inicio del párrafo.

El Grupo inició su nueva andadura bajo Presidencia eslovena, durante el primer semestre de 2008 y ha venido celebrando reuniones de periodicidad mensual. Se han creado tres subgrupos técnicos dependientes del mismo, encargados de tratar

---

<sup>74</sup> El sistema español de tratamiento de huellas (SAID), ha sido renovado en su totalidad en fecha reciente

<sup>75</sup> Posiblemente durante la sesión del Consejo JAI de 23 de octubre de 2009.

<sup>76</sup> Doc. 6259/5/06

<sup>77</sup> Doc. 9208/1/08

las materias relativas a los intercambios de datos de ADN, de huellas digitales y de datos de vehículos y conductores. Los grupos de expertos reportan al plenario, que se reúne en dos formaciones, una de ellas como Comité Mixto en el que participan, Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein. La diferencia de formatos se debe a que parte de las materias objeto de debate, no son desarrollo del acervo de Schengen. Es el caso de la denominada Decisión Prüm.

## **EL GRUPO DE FUTURO.**

Durante la presidencia alemana del Consejo, en enero de 2007, se propuso la creación de un grupo informal de nivel ministerial, con el objetivo de estudiar el futuro del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Se pretendía que los resultados y las recomendaciones del Grupo "Futuro" ofrecieran una contribución importante al programa plurianual que debe sustituir al vigente Programa de La Haya.

El Grupo "Futuro" fue copresidido por el Vicepresidente de la Comisión Europea y el Ministro de Interior de la Presidencia de turno y en el que participaron representantes de ocho Estados miembros, de la Comisión, del Parlamento Europeo y de la Secretaría General del Consejo y rindió su informe en junio de 2008<sup>78</sup>.

Al estudiar el futuro contexto de la Unión Europea para el período de 2010 a 2014, el Grupo consideró esenciales tres desafíos horizontales para la preservación y perfeccionamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia, a la vista de los continuos cambios en las condiciones marco presentes, destacando en lo que a nuestra materia concierne, la necesidad de garantizar la mejor transmisión posible de datos dentro de las redes de información a escala europea.

El informe determina que es necesario mejorar el contexto de la cooperación policial, en especial afianzando a Europol, intercambiando conocimientos e integrando la gestión de ficheros policiales y las tecnologías de seguridad.

En cuanto a Europol, si se quiere que llegue a ser una auténtica plataforma de información para los Estados miembros, es necesario mejorar las transmisiones de datos de los Estados miembros a Europol, intensificando el uso de sus bases de datos, en particular el Sistema de Información de Europol.

También menciona la denominada iniciativa sueca sobre la simplificación del intercambio de información, recomendando para compartir mejor la información, la creación de instrumentos automáticos de transmisión de datos, lo que permitiría la colaboración policial en tiempo real. Para ello deberían tomarse como modelo los mecanismos establecidos en el Tratado de Prüm.

El Grupo consideró que las redes europeas de intercambio de información deberían desarrollarse tanto desde el punto de vista jurídico como técnico, con un planteamiento global y coherente, que tenga plenamente en cuenta las necesidades operativas. En esta línea, recomendó la aplicación de una estrategia de gestión de la información de la Unión Europea que promueva un planteamiento coherente del

---

<sup>78</sup> 11657/08

desarrollo de la tecnología de la información y del intercambio de información. Esta estrategia debería incluir una lista de las diez principales categorías de datos cuyo intercambio debería desarrollarse, basándose para ello en la lista de 49 tipos de información de interés policial identificados<sup>79</sup> e incluyendo aquellos cuya prioridad estableció el Plan de Acción del Programa de La Haya.

Se sugiere la inspiración en el recientemente acuñado principio de convergencia<sup>80</sup>, citando para su materialización entre otras maneras esenciales, el intercambio de información. Uno de los ejemplos en que este principio podría materializarse es en la creación de un modelo de Centro de Cooperación Policial y Aduanera, instrumento en el que el intercambio de información alcanza una de sus dimensiones más operativas.

Como objetivo a largo plazo, el informe concluye que, solamente una norma europea común para el almacenamiento y la transmisión de los datos, que incluya directrices sobre la compatibilidad y la armonización de los formatos técnicos de los datos, puede mejorar las condiciones para uso más eficaz de una información compartida.

Como sugerencia para el futuro Programa que deba sustituir al de La Haya, el Grupo recomendó que se mantuviera en el mismo el principio de disponibilidad de la información, realizando en el mismo los ajustes necesarios y que se cree un modelo para el tratamiento de la información por los cuerpos de seguridad de los Estados en la Unión Europea, que facilite la aplicación del principio de disponibilidad. Para ello hay que utilizar las tecnologías y las redes de información con un enfoque orientado a las necesidades operativas y de la forma más rentable posible.

## **INFORMACIÓN GESTIONADA POR EUROPOL.**

Se han incluido en muchos epígrafes de este trabajo referencias al importante papel que Europol debe desarrollar en materia de intercambio de información entre las fuerzas de seguridad de la Unión Europea.

De manera específica y tomando como base el informe anual correspondiente a 2008 de la Oficina Europea de Policía<sup>81</sup>, procede realizar algunos comentarios sobre las capacidades que en materia de información tiene Europol.

Se encuentra en fase de implementación una nueva plataforma dedicada a la colaboración policial y al intercambio de información (SIENA)<sup>82</sup>.

El Sistema de Información de Europol ha sido actualizado con distintas versiones que han añadido nuevas características a sus funcionalidades, como por ejemplo a la de verificación de delitos transfronterizos (CBCC)<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> 15187/04

<sup>80</sup> Introducido por la Presidencia de Francia durante el segundo semestre de 2008.

<sup>81</sup> 8131/09

<sup>82</sup> Secure Information Exchange Network Application.

<sup>83</sup> Cross-border crime check.

Mejoras en la capacidad de acceso remoto al sistema de análisis para incrementar las posibilidades de apoyo a las operaciones sobre el terreno.

En el ámbito de investigación y desarrollo, Europol participa en un proyecto para la definición de un formato estándar de mensaje para el intercambio de información relacionada con los delitos, así como en el desarrollo de una plataforma de análisis balístico.

Como muestra de la evolución que Europol está experimentando, podemos citar el incremento de las cifras de intercambios de información realizados a través del sistema Info-Ex<sup>84</sup>. Desde el año 2000, el número de mensajes ha evolucionado desde la cifra de 35.366 hasta la de 283.820 en 2008, lo que corresponde en el primer caso a 1919 casos iniciados y en el segundo a 8377.

Por lo que se refiere al Sistema de Información de Europol, en octubre de 2005, los objetos contenidos en el sistema eran 33.046, mientras que a final de 2008, alcanzaban la cifra de 88.419. Durante este último año, se totalizaron 124.397 búsquedas.

## **ESTRATEGIA EUROPEA DE GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN.**

Es el plato fuerte que Suecia, Presidencia de turno del Consejo de la Unión Europea durante el segundo semestre de 2009, ha puesto sobre la mesa del Grupo Ad Hoc sobre el Intercambio de Información.

Esta estrategia, conocida por sus siglas en inglés IMS<sup>85</sup>, debería igualmente formar parte del nuevo Programa que ha de sustituir al de La Haya, conocido como Programa de Estocolmo y donde se han de marcar las grandes líneas de la actuación de la Unión en el ámbito JLS en los próximos años.

Figuraba igualmente en el informe del Grupo de Futuro tratado en un párrafo anterior, recomendando la implementación de una estrategia de esa naturaleza en el ámbito de la Unión.

Es todavía prematuro pronunciarse sobre el texto definitivo que resultará de los debates en las estructuras de trabajo del Consejo, pero sí pueden esbozarse de manera esquemática, las grandes líneas sobre las que trata la estrategia y que probablemente no sufra modificaciones de gran calado:

- Cualquier desarrollo en materia de intercambio de información debe ir precedido de una evaluación de las necesidades operativas, de los requisitos de la cooperación policial y del valor añadido que pueda aportar, implicando necesariamente a los usuarios finales del producto.
- Todos los avances en este campo deben partir del actual mapa de la información disponible y de los flujos de información existentes para la

---

<sup>84</sup> La actual herramienta de intercambio de información, cuya sustitución por SIENA, se ha producido a mediados de 2009

<sup>85</sup> Information Management Strategie

cooperación internacional, basando el trabajo en la actual Visión sobre los Requerimientos Comunes.<sup>86</sup>

- Necesidad de mantener un equilibrio entre los requisitos de protección de datos y otros aspectos de la privacidad y las necesidades operativas, velando igualmente por la seguridad de la información.
- La interoperabilidad debe ser una constante para la eficiencia del intercambio de información, apostando por soluciones estándar que disminuyan las dependencias y los costes de adaptación.
- Asegurar la reutilización de los instrumentos y sistemas existentes, rentabilizando las inversiones realizadas. Deberán propiciarse al máximo las integraciones y la máxima utilización de lo que ya existe.
- Las autoridades nacionales responsables de los flujos de información deben implicarse desde el inicio en cualquier proceso de desarrollo en el ámbito europeo.
- Es necesario un enfoque multidisciplinar para facilitar la transferencia y la reutilización de la información en el área de Justicia y Asuntos de Interior, lo que supone ir más allá de las competencias de las autoridades policiales.

## **EL PROGRAMA DE ESTOCOLMO.**

El Programa de La Haya, adoptado en 2004, expira a finales de 2009, por lo que es necesario establecer un nuevo programa que haga frente a los desafíos planteados al espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea.

La previsión es que el nuevo programa sea sometido a la aprobación del último Consejo Europeo de este año 2009, bajo Presidencia de Suecia, por lo que ha sido bautizado con el nombre de Programa de Estocolmo.

Una de las bases sobre las que se va a estructurar el programa es la aportación de la Comisión, titulada: Un espacio de libertad, de seguridad y de justicia al servicio de los ciudadanos.<sup>87</sup>

Limitándonos al objeto de estas páginas, mencionaremos cuales son las grandes líneas que la Comisión ha diseñado para mejorar el intercambio de información en los próximos años. Es de esperar que con esta base y las contribuciones de todos los Estados miembros, puedan colmarse las posibles lagunas existentes y pueda darse a cuanto se refiere al intercambio de información un enfoque global.

Dentro del epígrafe titulado “Una Europa que protege”, destacaremos la necesaria optimización del intercambio de información, apoyándose en infraestructuras tecnológicas adecuadas.

Debe alcanzarse un auténtico dominio de la información, con el recurso permanente a las nuevas tecnologías, a través del diseño de un Modelo Europeo de

---

<sup>86</sup> Tratado de manera amplia en el documento 7758/08, sobre Interoperabilidad e intercambio de datos entre las fuerzas europeas de policía. Common Requirements Vision, del que se ha ocupado en distintas ocasiones el Grupo Operativo de Directores de Policía.

<sup>87</sup> COM (2009) 262 final de 10.06.2009, transmitida al Consejo bajo la numeración 11060/09

Información<sup>88</sup>, que descansa por un lado en el refuerzo de la capacidad de análisis estratégico y por otro lado, en la mejora de la recogida y el tratamiento de la información operativa. Deberá igualmente contemplarse cuanto se refiere al intercambio de información con terceros países.

Para construir el mencionado Modelo, deberá pensarse en una arquitectura de los sistemas de información, que asegure la interoperabilidad de las posibles soluciones técnicas y de los sistemas europeos ya existentes. Deberán tenerse siempre en cuenta las economías de escala y la complementariedad de las inversiones nacionales. El Modelo debe, en última instancia, clarificar los distintos canales de intercambio de información existentes y mejorar el trabajo de los servicios operativos.

Se hace también una referencia a Europol, mencionando la necesidad de desarrollar mecanismos de transferencia automática de datos a la Oficina Europea de Policía.

Destaca que, a pesar de haber figurado ya en distintas propuestas a lo largo de los últimos años, se incluya el hecho de que la Unión Europea debe dotarse de herramientas estadísticas que permitan medir y comparar los datos de criminalidad, así como evaluar el impacto de las distintas medidas adoptadas.

## **CONCLUSIÓN FINAL.**

A lo largo de este trabajo se han recorrido casi 35 años de experiencias políticas, legales y operativas, relacionadas con el intercambio de información, en el seno de lo que es hoy la Unión Europea y países asociados en la denominada área Schengen.

No ha sido un camino fácil y no puede tampoco decirse que la velocidad a la que se haya avanzado haya sido vertiginosa, pero puede afirmarse que fruto de la evolución de las graves amenazas de tipo criminal que afectan a la Unión, el grado de concienciación es en la actualidad muy elevado. En los últimos años, se han producido avances impensables hace una década. Pensemos, por ejemplo, en la interconexión de bases de datos que permiten la consulta automatizada de informaciones tan importantes como los perfiles de ADN o las huellas digitales. El catálogo de posibilidades para añadir a estos tipos es una fuente de caudal muy prometedor en el campo de la cooperación.

Por su parte, el principio de disponibilidad, cuyo valor estratégico es evidente, deberá, en cuanto se consolide y se acierte en la adopción de los instrumentos legales adecuados, hacer desaparecer las limitaciones en el acceso a la información, más allá de los propios límites derivados de la protección de los derechos individuales, al igual que desaparecieron las barreras y los controles de las fronteras interiores, convirtiendo en una realidad tangible la libertad de circulación.

En otras áreas, la información no sólo tiene que ser intercambiada de manera ágil, sino que tiene que ser sometida a tratamientos de análisis cada vez más complejos,

---

<sup>88</sup> Citado también por el Grupo de Futuro en su informe.

perfeccionados y especializados, por lo que deberá buscarse el máximo de rentabilidad a instituciones como Europol.

Por último hay que realizar una importante apuesta por el diseño del preconizado Modelo Europeo de Información, que permitirá la sintonización de todos los esfuerzos y la definitiva aplicación de un modelo de actuación policial basado en la inteligencia.

**JOSÉ PÉREZ NAVARRETE**

Teniente Coronel de la Guardia Civil

Consejero de Interior

Representación Permanente de España ante la Unión Europea

Bruselas

# LA DILIGENCIA DE ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO

*José Ramón Navarro Miranda*

*Magistrado  
Presidente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife*

## **INTRODUCCIÓN**

El artículo 18,2 de la Constitución Española establece que «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito.»

Este artículo está en clara concordancia con los artículos 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituyen criterios hermenéuticos para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10.2.º

La inviolabilidad del domicilio no es, sin embargo, un derecho absoluto, sino que puede ceder ante valores que constituyen un interés constitucionalmente relevantes, como es el caso de la prevención del delito, su investigación y castigo en el caso de haber sido cometido, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho. En este sentido, el artículo 8.2 del Convenio Europeo exige que “...esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Al ser la inviolabilidad del domicilio un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico, la injerencia en tal derecho fundamental exige, incluso en el seno de una investigación delictiva, la concurrencia de determinados requisitos o presupuestos para entenderla lícita y que sus resultados sean eficaces, de forma que salvo el supuesto en que la entrada y registro venga autorizado por el titular, únicamente será tolerada en supuestos de flagrancia delictiva o previa autorización judicial.

### **CONCEPTO DE DOMICILIO**

El Tribunal Constitucional aborda el concepto de domicilio del artículo 18.2 atribuyéndole un carácter meramente instrumental al servicio y como garantía de la privacidad e intimidad que consagra el apartado anterior, de ahí que dicho concepto no pueda en modo alguno asimilarse al que resulta aplicable a efectos civiles y administrativos como punto de localización de la persona sus derechos y obligaciones (al que se refiere, por ejemplo, el artículo 40 del Código Civil, que expresamente declara inaplicable en este ámbito el Tribunal Constitucional), señalando en su sentencia de 17 de Octubre de 1985 “el domicilio es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”. En esa misma línea, el Tribunal Supremo ha venido considerando que es domicilio cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar.

Es especialmente significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2002, que declara la inconstitucionalidad del art. 557 de la LECr (por cuanto excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que al entrada y registro en las mismas requiera autorización judicial), y analiza el art. 18 de la C.E. y en consecuencia el concepto de domicilio, y de la que deben destacarse alguna de sus declaraciones:

-La Constitución no ofrece una definición expresa del domicilio como objeto de protección del art. 18.2 CE. Sin embargo, dicho Tribunal ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada. Este rasgo, que ha sido señalado de forma expresa en Sentencias recientes (SSTC 94/1999, de 31 de mayo; 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), se encuentra asimismo comprendido en las declaraciones generales efectuadas por dicho Tribunal sobre la conexión entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad personal y familiar, así como en la delimitación negativa que hemos realizado de las características del espacio que ha de considerarse domicilio y de la individualización de espacios que no pueden calificarse de tal a efectos constitucionales.

- Con carácter general, «el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella» (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6).

- En una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio el Tribunal Constitucional ha afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Así, ha declarado que no todo «recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales», y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a «aquellos lugares cerrados que, por su afectación como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, FJ 2 ), tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con

la idea de privacidad» (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7). Igualmente, que «no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza», pues «la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros» (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986 , caso Guillow c. Reino Unido).

- El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquéllos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquéllos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

Veamos algunos supuestos concretos que han podido plantear dudas:

## **1 - DESPACHOS PROFESIONALES DE ABOGADOS:**

El Derecho español a diferencia del francés, no regula de forma específica en el código procesal penal, la forma de llevar a cabo la entrada y sobre todo el registro del despacho profesional de un Abogado. Existen referencias en el Estatuto de la Abogacía y la Asamblea de Decanos de los Colegios de Abogados de España, que propuso un texto que no ha pasado la ley procesal. Toda la normativa comparada no encuentra obstáculos a la entrada y registro, siempre que exista la posibilidad de encontrar datos relevantes para la investigación de delitos cometidos por alguno de los clientes del Abogado o, cuando sea, él mismo, el sospechoso de haberlos cometido (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2004).

Una antigua Jurisprudencia constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 137/1985, 144/1987, 164/1988 o 149/1991, vino a reconocer también un derecho a esa inviolabilidad para la persona jurídica, en correspondencia con lo cual el Tribunal Supremo ha exigido de la misma forma el cumplimiento de las garantías correspondientes para la práctica de la entrada en el domicilio de las personas jurídicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993, por ejemplo).

Sin embargo, pronunciamientos posteriores vienen a matizar ese criterio inicial. Y así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1995, refiriéndose más propiamente a la entrada en el lugar donde se desarrolla una actividad profesional, que en casos como el presente llega a identificarse con el domicilio de una persona jurídica, proclamaba ya la innecesariedad de autorización judicial, toda vez que: "... el local registrado no era domicilio del acusado ni de nadie, sino una oficina y despacho abiertos al público, es decir, a toda persona que quisiera acceder al mismo para el asesoramiento y la gestión de asuntos relacionados con problemas laborales, fiscales o de otro tipo, que nada tenían que ver con el ejercicio por el acusado ni por ninguno de sus empleados o clientes de las

actividades propias de su intimidad que es lo que constituye el fundamento de la protección que para el domicilio reconocen la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Sin embargo, con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993 había afirmado el carácter de domicilio, a los efectos de la debida protección constitucional, para los lugares en que se ejerce el trabajo, la profesión o la industria. Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 precisó, por su parte, que es la circunstancia de la apertura, o no, al público la determinante del límite de extensión del concepto de domicilio en el sentido constitucional.

Podemos, por tanto, concluir en la necesidad de diferenciar entre aquellas oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica, a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, de aquellos otros despachos o dependencias, constituyan o no sede social que, por su disposición a la entrada de público, deben considerarse, a diferencia del domicilio de la persona física, desposeídas de semejante protección.

Por lo tanto, si el despacho profesional es oficina abierta al público y destinada al acceso de clientes en busca de asesoramiento jurídico, los requisitos de orden constitucional no resultaban exigibles para su entrada y registro.

**2.- CELDAS EN CENTROS PENITENCIARIOS.-** El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre tal cuestión en la sentencia de 6 de abril de 1.998, rechazando que se trate de domicilios a los efectos que nos referimos señalando que aunque el art. 25 C.E. sanciona que siempre ha de respetarse la dignidad de la persona, la Ley Penitenciaria prevé la realización de cacheos y la posibilidad de que los internos no estén en celdas individuales, de lo que se deduce que éstas no constituyen domicilio particular y sí edificios públicos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo de 2006 señala que "la celda que ocupa un interno en un establecimiento penitenciario no es su

domicilio en el sentido constitucional del término. Esta constatación expresa en sí misma tanto las graves limitaciones que comporta la pena o la medida de prisión para la intimidad de quienes la sufren -"una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas" (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2)- como también, por el hecho mismo de tal restricción, la especial necesidad de preservar los ámbitos de intimidad no concernidos por la pena o la medida y por su ejecución, y de declarar "ilegítimas, como violación de la intimidad y por eso también degradantes, aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere" (STC 89/1987, FJ 2).

El domicilio constituye un ámbito de privacidad "dentro del espacio limitado que la propia persona elige" (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), inmune a la injerencia de otras personas o de la autoridad pública, de modo que el contenido del derecho a la inviolabilidad de domicilio "es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro" (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). De ahí que, aunque sea innegable que la celda de un centro penitenciario sea un ámbito de intimidad para su ocupante, un "espacio apto para desarrollar vida privada" (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2) en la medida en que la misma cabe en una situación tal de reclusión, también lo es que tal recinto no reúne las características de haber sido objeto de elección por su ocupante ni la de configurarse como un espacio específico de exclusión de la actuación del poder público. Bien al contrario, el ingreso en prisión supone la inserción del ciudadano en un ámbito de intenso control público del que resulta la imposibilidad de generar un domicilio en el sentido constitucional del término.

Ahora bien, no debe olvidarse que está en juego el derecho a la intimidad del interno, de forma que, como señalara la referida sentencia, la cuestión de legitimidad constitucional en la compatibilidad del registro de una celda con el derecho a la intimidad personal de su ocupante, obliga a recordar que este derecho es propio de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE e implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana" (SSTC 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 4, entre otras muchas). Sin embargo, no es un derecho absoluto, "como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6 ; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5, 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4)" (STC 70/2002, FJ 10). Específicamente, en relación con "el condenado a pena de prisión", el art. 25.2 de la Constitución, "en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen penas de privación de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes" (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 6) y en concreto que puedan serlo "por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria " (art. 25.2 CE).

El primero de los requisitos para la validez constitucional de la limitación del derecho fundamental de un preso a la intimidad es su establecimiento por ley, como se infiere, no sólo de la mención a la ley penitenciaria como la tercera de las fuentes específicas de restricción de derechos fundamentales de los condenados a penas de prisión, sino ya de la exigencia general del "art. 53.1 C.E . para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo Segundo del Título Primero" (STC 58/1998, de 16 de marzo, FJ 3 ). Este requisito, no obstante,

no es ni puede ser el único. De la dicción del art. 25.2 CE no se extrae la conclusión de que las limitaciones que contemplan sean "limitaciones de pura configuración legal" (STC 58/1998, FJ 3). Tales limitaciones, cuando no provienen directa o indirectamente de la pena -de su contenido o de su sentido-, han de ser "penitenciarias", y, además, sometidas, en su conformación normativa y en su aplicación, a las exigencias del principio de proporcionalidad. Que hayan de ser limitaciones penitenciarias, en primer lugar, supone que su finalidad "tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria" (STC 58/1998, FJ 3). Más allá de esta precisión relativa a la finalidad de la limitación del derecho fundamental, su constitucionalidad exige igualmente observar las exigencias del principio de proporcionalidad: en expresión sintética de la STC 69/1999, de 26 de abril, "por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto" (FJ 4). En efecto, "según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: `si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 E).

**3.- TAQUILLAS EN CENTROS LABORALES.-** La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2003 contempló el supuesto en que se alega como motivo de casación por infracción del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del

domicilio, de los artículos 18.1 y 2 C.E. , al amparo del artículo 5.4 L.O.P.J., se afirma las vulneraciones mencionadas "al abrirse la taquilla personal que, como prolongación del domicilio, tiene a su disposición en los vestuarios del Hospital..... en el que presta sus servicios profesionales", porque dicha apertura se llevó a cabo sin autorización judicial, sin su presencia e incluso sin la de los delegados de personal a los que se refiere el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. El Tribunal Supremo desestima el motivo porque parte erróneamente del hecho de que la taquilla en cuestión constituye un espacio reservado a la privacidad y por ello bajo la tutela del derecho fundamental invocado, cuando ello no es así, aun cuando efectivamente la sentencia impugnada parece partir de dicha concepción, aunque luego desconoce sus consecuencias en cuanto admite la habilitación legal para su apertura ex artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores. Las taquillas puestas a disposición del personal de un centro de trabajo son espacios reservados para el uso de los trabajadores pero de ello no se deriva que puedan identificarse con aquéllos equivalentes al domicilio. Precisamente teniendo en cuenta lo anterior el Estatuto de los Trabajadores establece determinadas cautelas para su apertura en el artículo 18 mencionado, de forma que si el Legislador hubiese considerado dichos espacios dentro del ámbito reservado a la privacidad de la persona el precepto sería ocioso pues su ámbito de protección derivaría directamente de la Constitución y serían aplicables las garantías inherentes al registro domiciliario. A ello debe añadirse el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores que habilita los registros en las taquillas y efectos particulares, "cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa", estableciendo a continuación las garantías correspondientes que, como afirma la Sala de instancia, se han cumplido en el presente caso. Cuestión distinta es la incorporación del resultado de dicho registro al Plenario que evidentemente deberá hacerse a través de los testigos presentes en el registro, como así ha sucedido. Igualmente hay que distinguir la protección de aquellos efectos, como puede ser la correspondencia, que pudiesen ser hallados en la taquilla, lo que estará sometido al amparo constitucional previsto en el artículo 18.3 C.E.

**4.- TAQUILLAS EN ACUARTELAMIENTOS MILITARES.**- La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado la protección del artículo 18.2 a las taquillas de los soldados en un centro militar, que el registro de la misma no afecta a la intimidad o incluso que no es domicilio un dormitorio común. La S.T.S. 1049/00 expone que “este Tribunal se ha pronunciado ya sobre este tipo de registros, declarando que la revista de las taquillas existentes en los acuartelamientos, donde guardan sus enseres los soldados, no atenta a la intimidad personal” ya que ello viene reglamentariamente impuesto por las normas del buen gobierno y orden del estamento castrense, que vería resquebrajada en caso contrario la disciplina, e incluso la seguridad del propio acuartelamiento" (v. ss. de 26 de enero de 1995 y de 8 de octubre de 1999). Todo ello, claro está, siempre que al practicarse se respeten las garantías legalmente establecidas al respecto. En este sentido, ha de ponerse de relieve que tanto la L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar , en relación con los soldados, (art. 46), como la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (art. 23; y art. 68 del Reglamento Penitenciario), en relación con los internos en los centros penitenciarios, prevén específicamente la realización de registros por orden de la autoridad competente en cada establecimiento militar o penitenciario ("el jefe de la unidad" o el "jefe de servicios", respectivamente)".

**5.- GARAJES Y TRASTEROS.**- No puede extenderse a éstos la protección que establece el art. 18.2 de la Constitución, ni tampoco serles de aplicación las normas procesales reguladoras de las garantías que han de observarse en la práctica de las diligencias de entrada y registro en aquellos. Como señala la S.T.S de 18/6/99, la Jurisprudencia ha dejado fuera del concepto de domicilio, los trasteros y garajes (S. 21/12/92 y 6/10/94) u otros locales donde no se desarrolle la vida privada o intimidad de las personas (SS. 30/6/95, 21/11/96, 27/6/97 y 11/6/99, entre otras), añadiendo que: “es igualmente doctrina de esta Sala, como es exponente, entre otras, la sentencia de 28 de abril de 1993, que las normas contenidas en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) tienen como ámbito propio de actuación el derivado de la intimidad y demás derechos constitucionalmente reconocidos en el artículo 18 de la norma suprema

del ordenamiento jurídico y por ello dichas garantías no se extienden a lugares, cuando se está refiriendo a personas físicas, donde no se desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo”.

Es cierto que en ocasiones la jurisprudencia ha dejado a salvo que dichos lugares formen parte del domicilio como una habitación aneja, en cuyo caso su registro sí deberá acomodarse a las exigencias constitucionales.

La sentencia de del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2007 señaló que “un trastero, como pieza o dependencia separada y alejada del domicilio, arrendado con la finalidad de dar el destino que por naturaleza le corresponde, es decir, guardar y almacenar trastos (objetos, utensilios y cachivaches de todo tipo), no puede merecer el calificativo de domicilio, ni mucho menos por el hecho de que el juez instructor haya dictado un auto para justificar su entrada, más bien garantizando el posible destino a otras dedicaciones o para asegurar con mayores garantías la preconstitución probatoria que podía producirse con la intervención del fedatario judicial.

Ello significa que en supuestos especiales, algunas personas, ordinariamente indigentes, puedan habilitarlo para ejercer alguna o algunas de las funciones o actividades domésticas, esenciales para el desenvolvimiento de la vida diaria, constituyéndose en un excepcional reducto de intimidad. Pero ese no es el caso. De ahí que las garantías observadas excedían de las previstas en la ley. Consecuencia de todo ello es que no cabe, por repugnar a la más elemental lógica, incluir en la definición de edificio público un trastero privado, interpretando el apartado 3º del art. 537-3º, sin sujeción a su sentido lógico y teleológico. Considerar que cualquier edificio o lugar cerrado que no constituye domicilio de un particular con arreglo a lo dispuesto en el art. 547.3.º LECrim merece el calificativo de edificio público es ignorar que existen lugares cerrados de carácter privado que no constituyen domicilio. No ostentando tal carácter huelga cualquier incumplimiento de la legalidad procesal prevista para la injerencia en el domicilio

privado, en orden a la asistencia de testigos y ausencia de notificación a los interesados”.

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2009 señaló que “al registro del garaje no son aplicables las garantías derivadas de la protección constitucional a la inviolabilidad del domicilio, por lo que únicamente podría cuestionarse la infracción del principio de contradicción y sus consecuencias”

**6.- VEHÍCULOS** .- Es reiterada la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en orden a que los automóviles, medio de transporte, carecen de la especial protección constitucional del domicilio, salvo supuesto excepcionales de vehículos tipo autocaravana, por lo que para su registro no se precisa orden judicial ni se encuentra sometido a los requisitos de los artículos 545 y siguientes de la LECrim, pues no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. Su registro por agentes de la autoridad en el desarrollo de una investigación de conductas presuntamente delictivas, para descubrir y, en su caso, recoger los efectos o instrumentos de un delito, no precisa de resolución judicial, como sucede con el domicilio, la correspondencia o las comunicaciones. No resulta afectado ningún derecho constitucionalmente proclamado”.

Por consiguiente, la ausencia de autorización judicial o de consentimiento del interesado en las diligencias de investigación policial de un hecho delictivo que justificada y proporcionadamente incluyen la inspección de un vehículo automóvil, o la inasistencia de un Juez o de un letrado, no implican vulneración de derechos constitucionales, no siendo aplicable a las pruebas así obtenidas el art. 11.1 de la L.O.P.J., precisamente por el propio carácter de meras diligencias policiales de investigación (STS de 14 febrero 2001, núm. 193/2001 , entre otras muchas).

Otra cuestión diferente es la del valor probatorio de estas inspecciones. Como regla general, es doctrina jurisprudencial sentada que, al tratarse de meras diligencias de investigación, carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, aún cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio

oral mediante un medio probatorio aceptable en Derecho, como lo es la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación. (S.T.S. 64/2000, 756/2000, 193/2001 o STC 303/1993 ).

**7.- EMBARCACIONES.**- La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 señala que es posible reconocer la condición de camarote de un barco como un lugar separado donde uno de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás que comparten las zonas comunes, para desarrollar su privacidad en la medida que lo desee. En este sentido la Sentencia de 18 de octubre de 2006 , recogiendo la doctrina de las Sentencias 624/2002 de 10 de abril y 919/2004 de 12 de julio , se refiere al modo en que se construyen las embarcaciones donde algunas dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad, aunque resulta dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de la embarcación , como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobra náuticas o como lugar de esparcimiento, o las bodegas, utilizadas exclusivamente para la carga, o la zona de máquinas, que no pueden entenderse aptas., con carácter general, para la vida privada. En definitiva las áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal son precisamente las únicas -como dice la Sentencia 1200/1998 de 9 de octubre -, protegidas por el derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 de la Constitución Española. Las demás zonas de la embarcación , destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular puede excluir validamente la presencia de terceros.

Esta doctrina conduce a que sólo en embarcaciones de cierto tamaño es posible la existencia en su interior de camarotes independientes aptos para una privacidad personal en términos idóneos para calificarse como domicilio. No es el caso de una embarcación como la registrada: se trata de un velero de tan solo 9,35 metros de eslora y 2,77 metros de manga, en el que no consta tuviera

camarote alguno. Tampoco es presumible que lo tuviera, dadas sus pequeñas dimensiones, en las que las embarcaciones de esa clase solo disponen de un espacio interior dotado de diversos elementos para usos múltiples y comunes, sin más privacidad que la que brinda el pequeño espacio destinado a usos higiénicos, y a lo sumo, en zona de proa, un reducido lugar con el único aprovechamiento de alojar una litera para tumbarse. Este diminuto habitáculo u otro pequeño hueco semejante, es lo único que existe en un velero de tan reducidas dimensiones, absolutamente incompatibles con la idea de verdadero camarote en el sentido señalado por la doctrina de esta Sala como espacio propio y exclusivo apto para posibilitar el desenvolvimiento de la privacidad personal separada de la de los restantes pasajeros o tripulantes.

**8.- HABITACIONES DE HOTELES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS.-** El artículo 557 de la LECrim señala que “Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada. El Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de enero de 2002, declaró inconstitucional y derogado el precepto pues “ninguna justificación posee el excluir la autorización judicial de espacios que han de considerarse domicilio de conformidad con el art.18.2 CE, ya que según la STC 171/1999 de 27 de septiembre F.J.10.º las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo”. Ahora bien, como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2007, “que la habitación del hotel en la que alguien se halle hospedado tenga ese concepto (domicilio) es algo que no se discute por pacífico, en general, y tampoco en esta causa. Otra cosa es si ese tratamiento habría de mantenerse cuando, como es el caso, el huésped o huéspedes alojados en ella la habían abandonado tres días antes. Pero lo cierto es que la Guardia Civil, a tenor de lo actuado, tenía ya entonces las mejores razones para entender que ese abandono era definitivo. De este modo, su actuación no fue arbitraria, sino que estuvo bien fundada, puesto que ya no existía ocupación actual del cuarto en concepto de domicilio ocasional.

Y no merece esa consideración la simple permanencia en él de algunas pertenencias, realmente abandonadas allí tras una huída, al ser claro que ya no se producía ni iba a producirse ocupación personal de ese espacio, en el que, por tanto, no se ejercía ninguna clase de intimidad”.

**9.- OTRAS LOCALIZACIONES:**- Mantiene la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que cuando se trata de bares , cafeterías, "pub" y otros lugares de recreo y esparcimiento "abiertos al público", al no constituir "domicilio", no precisa de resolución judicial, ni por consiguiente, del oportuno mandamiento del Juez (Sentencias de 27 diciembre 1989, 19 junio y 5 y 24 octubre 1992, 1033/1993, de 10 mayo, 1403/1993, de 5 junio, 1775/1993, de 9 julio y 2021/1993, de 16 septiembre) ”, “salvo que exista, además de la parte destinada al público, otra reservada a morada de los titulares del negocio, en cuyo caso esta última y no la primera, tendrá la consideración de domicilio” (STS de 26 de diciembre de 2000). Así se ha pronunciado el Alto Tribunal, por ejemplo, respecto de una librería abierta al público (STS 7 abril 1995), el sótano de un bar (STS de 18 de junio de 1999) y, en general, la cocina de un bar, almacén de un bar, el cuarto adyacente a un bar, destinado a almacén, los trasteros, garajes, zaguanes, u otros locales donde no se desarrolle la vida privada o intimidad de las personas (STS de 18 de junio de 1999).

### **EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL**

Al tratarse de una injerencia en un derecho fundamental, la ley y la jurisprudencia, al interpretar y aplicar ésta, se muestra sumamente exigente tanto al establecer los requisitos que legitiman tal intromisión como en el de instaurar un sistema de control de dichos requisitos, y no desde la óptica del respeto al derecho fundamental de que se trata (cuya vulneración podría constituir un ilícito civil), sino también desde al perspectiva del valor procesa y la eficacia que ha de anudarse a los resultados obtenidos con la diligencia de entrada y registro. En efecto, ha de recordarse la doctrina jurisprudencial sobre las garantías que han de observarse en los registros domiciliarios, en vista de que este derecho

fundamental, sólo cede ante una orden judicial que deberá cumplir determinados requisitos: así el juez deberá realizar un juicio racional sobre el hecho investigado, los indicios concurrentes, la proporcionalidad y necesidad de la medida, para tomar la decisión de dictar el auto, autorizándola o rechazándola. Este auto será siempre fundado (art. 248.2 LOPJ ), remarcando esta necesidad de motivación la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 550 («en virtud de auto motivado») y 558 («el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado»). Tal motivación servirá no solamente para exponer el juicio jurídico interno al que nos hemos referido, sino que servirá de contraste para apreciar su racionalidad, explicará las razones conducentes de la adopción de tal resolución judicial evitando la arbitrariedad en la toma de decisiones como ejercicio de poder público y servirá de control hacia instancias superiores revisoras de tal actuación. Si no se cumplen los requisitos enunciados no podrá ser tenido en cuenta el resultado de la intervención (regla de exclusión).

En efecto, la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la vulneración de derechos fundamentales ocurrida en el proceso, así como la reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo han configurado una doctrina clara y ya firme que delimita estrictamente los términos en que la injerencia del Estado en el ámbito del derecho individual puede ser tolerada sin resultar incompatible con el derecho constitucional a un proceso con las debidas garantías, más allá de los cuales, en consecuencia, queda sólo la invasión del derecho fundamental, y las pruebas que por tal medio se hubieran llegado a conseguir, habrían de ser consideradas como pruebas ilícitas, nulas y no susceptibles de tenerse en cuenta, de conformidad con lo ordenado por el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que dice que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales. Lo contrario determinaría además la lesión del derecho a la presunción de inocencia, si las únicas pruebas de cargo tenidas en cuenta para considerar acreditada la participación en un delito fuesen aquéllas que se han declarado viciadas por la vulneración del derecho.

También se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que pueden considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que han de ser algo más que simples sospechas, esto es, han de ser sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (STC 202/2001, de 15 de octubre), pues tales precisiones son indispensables, habida cuenta que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público (STC 14/2001, de 29 de enero)).

El derecho a la inviolabilidad de domicilio obliga a respetar unas claras exigencias de legalidad constitucional, cuya observancia es del todo punto necesaria para la validez de la intromisión en la esfera de la privacidad de las personas, en este sentido los requisitos son tres: 1) judicialidad de la medida, ya que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho a la intimidad, mediante un auto motivado suficientemente y que, además, la establezca como medida temporal (artículo 579.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); 2) excepcionalidad de la medida, que no supone un medio normal de investigación, que debe efectuarse con carácter limitado y que debe aparecer como idónea, necesaria y subsidiaria y 3) proporcionalidad de la medida, de una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar (STS 1022/2002 de 21 de junio.).

Conforme a ello, se pueden establecer los siguientes requisitos o exigencias para que la entrada al domicilio de cualquier persona sin su consentimiento sea considerado constitucional y lícita a los efectos que venimos tratando:

**A.- RESOLUCIÓN JUDICIAL MOTIVADA EN FORMA DE AUTO.-** Para la validez constitucional de la entrada en un domicilio privado, fuera de los otros supuestos contemplados en la constitución, debe ser acordada por un Juez competente en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional – deben rechazarse las Diligencias Indeterminadas como cauce procesal al efecto -, nunca antes ni fuera de éste – y con una finalidad específica.

En nuestro Derecho no caben entradas y registros acordadas por autoridades de otro orden (excepción hecha de las atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa para ejecución de actos administrativos, cuya naturaleza se aleja de la que aquí analizamos), ni siquiera el Ministerio Fiscal (incluso en la Jurisdicción de Menores, en que asume la instrucción, dicho Ministerio debe solicitar la correspondiente autorización del Juez de menores correspondiente

Por todo ello y de conformidad con la doctrina constitucional consolidada, para que pueda considerarse adecuadamente fundamentado el auto de entrada y registro , es preciso que éste contenga la justificación judicial de los siguientes elementos:

a) Determinación expresa de las circunstancias espaciales (lugar en el que se debe de llevar a cabo la diligencia de entrada), temporales (fecha y hora en la que la entrada se debe producir) y, a ser posible, personales (de los propietarios u ocupantes de los domicilios). Ha declarado el Tribunal Supremo que “el auto que ordena la entrada y registro, debe ser fundado, pero no se exige que se identifique al particular que habita en el domicilio, sino el domicilio en el cual se debe hacer la diligencia (STS de 20 de mayo de 1996) y que “la identificación del lugar que va a ser registrado puede hacerse en función de la titularidad dominical o arrendaticia o bien mediante la localización de las señas o características de la habitación o vivienda” (STS de 6 de febrero de 1996).

Ahora bien, al reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2007 señala que “en cuanto a las deficiencias en la identificación del ahora recurrente y de su domicilio, las mismas han de reputarse de inoperantes dados los datos que, como vimos, recogía la solicitud policial y el auto, suficientemente descriptivos para la localización del domicilio sin márgenes de error. La diligencia de entrada y registro revela que se llevó a cabo en Vall d'Uixó, AVENIDA000 , núm.001 ., hallando en él a quien se identifica como Octavio , quien asistió a la diligencia sin objeción alguna. Por otra parte, esta Sala también ha proclamado STS de 6-2-1996, núm. 85/1996), que no existe vulneración de la inviolabilidad del domicilio, y que el auto en el que se recoge el mandamiento judicial es válido, aunque no identifique el nombre y apellidos del titular del domicilio, si establece con precisión cuál es la identificación topográfica del domicilio sobre el que recaían las sospechas. E igualmente ha declarado ( STS de 19-9-1998, núm. 1069/1998) que el error respecto al titular del domicilio no puede por si solo transgredir el derecho fundamental de que se trata, constituyendo como máximo un defecto de tipo procesal, subsanable en el propio acto del registro al asistir al mismo el verdadero titular que presencié la forma y manera de ser llevado a cabo sin alegar tacha alguna de ilegalidad.”

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2009 señaló que mientras que por lo que se refiere a la ausencia de concreción de la fecha para la que se autorizaba la práctica de la entrada y registro a que también alude el Recurso, carece en absoluto de trascendencia en un supuesto como el presente en el que los funcionarios policiales actuaron de forma inmediata a esa autorización.

En cuanto al mandamiento, la Sentencia del Tribunal supremo de 28 de enero de 2009, al resolver el recurso que planteaba, como vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de nuestra Carta Magna) el hecho de consignarse en el mandamiento de entrada y registro una fecha distinta a aquella en que se practicó, mantuvo que tal supuesto “no es más que un mero error patente relacionado con la fecha del mandamiento judicial de entrada y

registro, en donde se consigna la fecha de 25 de mayo de 2005, siendo así que en la diligencia levantada por la Secretaria Judicial actuante, se hace constar que se practica siendo las 14:30 horas del día 24 de mayo de 2005. De ello deriva la recurrente que se habría allanado su domicilio sin mandamiento judicial habilitante. Pero no hay más que leer el contenido de tal diligencia para darse cuenta que se refiere a la orden judicial dictada en Diligencias Indeterminadas número 44/2005 abiertas por el Juzgado de Instrucción número 2 de Illescas (Toledo) en funciones de guardia que dictó el Auto de 25 de mayo de 2005 . Luego, y con independencia de que ha dicho esta Sala con reiteración que la entrada y registro debe autorizarse en el curso de unas diligencias previas o de un sumario ordinario, pero no en el seno de unas diligencias indeterminadas, lo que, sin embargo, tampoco pasa de ser una mera irregularidad procesal no afectante a derechos fundamentales, el error en la fecha es patente, la orden se dictó por juez competente, está debidamente motivada (aspecto éste no cuestionado) y fue practicado con regularidad procesal, en donde se hallaron una gran cantidad de sustancias estupefacientes, dinero, joyas, efectos y otros elementos indiciarios del tráfico de drogas, que analizaremos más adelante”

b) Expresión de la "noticia criminis", bastando la sospecha fundada de que se podría cometer o se está cometiendo un determinado delito; en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007 señaló que “en cuanto a los indicios que justificarían la restricción del derecho fundamental de que se trata, han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona siendo necesaria una justificación que pueda considerarse mínimamente consistente desde un análisis objetivo. Tales indicios, pues, han de ser entendidos como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con el mismo la persona que va a resultar directamente afectada por la medida o bien respecto del domicilio que se pretende registrar aun cuando su titular pudiera ser otra persona

distinta del sospechoso. Han de ser objetivos en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido, se está cometiendo o se va a cometer el delito, y que en el domicilio afectado pueden encontrarse datos de interés para la investigación que puedan servir para el descubrimiento o la comprobación de aquél o de sus circunstancias”.

Por su parte, la Sentencia del Alto Tribunal de 21 de junio de 2007 señaló que: “En el caso, el oficio policial se refiere a una previa investigación policial sobre el domicilio de los recurrentes y sobre las actividades que se desarrollaban en él, de la que resultó, mediante las oportunas vigilancias, la comprobación de que acudía al inmueble un número considerable de personas sin motivo especial, interceptando a algunos de ellos que manifestaron acudir a proveerse de droga que suministran los ahora recurrentes, siéndoles incautada la droga recién adquirida. Incluso describen la mecánica mediante la cual se entrega la droga y se recibe el dinero. Asimismo, la Policía aporta datos documentados de anteriores actuaciones policiales que refuerzan las sospechas. Puede concluirse, por lo tanto, que en el momento en el que el Juez adopta la resolución de proceder a la entrada y registro en el referido domicilio, lo hace con apoyo en datos objetivos derivados del resultado de una investigación policial previa, que por su contenido resultan suficientes para constituir indicios relevantes acerca de la existencia de una actividad de venta de drogas por parte de los recurrentes”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 establece que “en modo alguno puede aceptarse que la solicitud policial no aporte dato objetivo alguno sobre el que el Juez puede realizar un juicio crítico acerca de la racional probabilidad de que el investigado pudiera haber cometido o estar cometiendo hechos delictivos graves. Resulta manifiesto que tales datos, plurales y sólidos, se encuentran en el Oficio que sirve de fundamento a la solicitud del Auto de entrada y registro aunque una vez más hemos de reiterar que lo procesalmente ortodoxo es plasmar dichos elementos en la resolución judicial. Tampoco puede decirse que

la Policía se hubiera limitado a mencionar la declaración del Sr. José al Juez de Instrucción, sino que, partiendo de la misma, practicó las actividades precisas para identificar a la persona aludida por aquél y para verificar otros elementos de interés.

En estas circunstancias, el Auto del Juez autorizando la entrada y registro aparece debidamente justificado, sin que le sea exigible a la Autoridad judicial verificar la veracidad de los datos suministrados por la Policía como requisito previo al Auto habilitante, porque no existe una presunción de inveracidad de los informes policiales, y porque la práctica de diligencias judiciales para confirmar la realidad de los datos suministrados por los servicios policiales del Estado supondrán una notoria dilación incompatible con la urgencia que de ordinario requiere en esta clase de actuaciones.

En definitiva, los datos y elementos objetivos, concretos y diversos que sustentan la solicitud policial, que valora y pondera el Juez de Instrucción como fundamento de su resolución, que aparece objetiva y jurídicamente motivada según se constata en los folios 5 a 8 de las actuaciones, excluyen toda posibilidad de que el Auto habilitante haya quebrantado los derechos constitucionales del acusado ni las disposiciones procesales que regulan la materia en los artículos 545 y ss. L.E.Cr. “

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2009 señala al resolver el recurso en que se afirmaba la insuficiencia de motivación de la Resolución habilitante y la inexistencia de base probatoria para acordarla, que ambos aspectos están vinculados, puesto que el fundamento de la decisión del Instructor, por remisión a los informes recibidos de la policía que solicita la diligencia, se encuentra en una serie de datos tan relevantes y válidos para autorizar la injerencia en el derecho fundamental como la existencia de unas informaciones previas, relativas a la existencia de un punto de venta de droga ubicado en el domicilio ulteriormente allanado, seguidas de vigilancias que confirman la apariencia, al menos, de esa ilícita actividad en el lugar, ratificadas

por la intervención de sustancias de tráfico prohibido en poder de hasta cuatro personas, ajenas a la vecindad, que salían de la expresada vivienda. Elementos que, sin duda, han de ser considerados bastantes para la adopción de la diligencia, por otra parte proporcionada a la gravedad del delito investigado y necesaria para el esclarecimiento de éste. Ha de recordarse que no se exige para esa autorización la existencia de pruebas previas de la comisión del ilícito, pues en ese caso la propia diligencia devendría ya innecesaria precisamente por esa misma existencia probatoria, sino la de sospechas fundadas o indicios realmente racionales, como aquellos de los que en el presente caso se disponía.

c) La justificación de la idoneidad y la necesidad de la medida en relación con el fin perseguido en la investigación;

d) La expresión, en su caso, de las sospechas que justifican que se puedan encontrar pruebas o que la no práctica de la diligencia de entrada pueda dificultar la obtención de pruebas por mecanismos menos onerosos para los derechos constitucionales;

e) La expresión del riesgo real de otros bienes constitucionales que puedan resultar dañados en caso de no producirse la entrada y

f) La proporcionalidad de la medida en relación con las personas objeto de investigación, es decir la relación de conexión entre las personas afectadas por la medida de entrada en el domicilio y la investigación del delito.

Consecuencia con lo anterior, un auto judicial que no reúna una motivación suficiente en la que se exterioricen, de forma más o menos extensa, las circunstancias señaladas, no cumpliría las exigencias constitucionales para la validez de la limitación acordada del derecho fundamental, y por ello carecería de validez al estar viciado dicho auto de nulidad. No obstante, hay que tener en cuenta que la propia jurisprudencia constitucional ha admitido la motivación por remisión al oficio de las fuerzas del orden público en el que se solicita la medida de entrada y registro . Dicha posibilidad se admite en ciertos casos, y según las

circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, en el sentido de que sea posible complementar algunos de los extremos del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida, incluso asumiendo las razones expuestas en éste (STC 49/1999, de 5 de abril, 139/1999, de 22 de julio). Cuando el órgano judicial no obra por propio impulso, estas últimas razones o motivos han de exteriorizarse en la solicitud, de tal modo que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, a la que hemos añadido la nota de "ser accesibles a terceros", en el sentido de expresar que el conocimiento de los hechos, el sustento de la sospecha en sí tiene procedencia y existencia ajena a los propios policías que solicitan la medida (STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8). Esta posibilidad de motivación por remisión también es aceptada por el Tribunal Supremo, tal como se señala en la STS (2ª) de 18 de mayo de 2005

**2.- HA DE GUARDAR EL REQUISITO DE ESPECIALIDAD**, circunscribiéndose a la conducta delictiva concreta que se quiere investigar, sin que quepa en forma alguna autorizar una entrada y registro para determinar genéricamente las actividades o comportamientos de una determinada persona ni para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada cualesquiera actos delictivos. La duda a despejar es, en definitiva, si debe otorgarse verdadero valor probatorio a un resultado inesperado del registro o si, por el contrario, la circunstancia de que tal hallazgo no se correspondiera con la finalidad originaria de la diligencia, que sirvió para el otorgamiento de la autorización judicial, le ha de privar de eficacia acreditativa en relación con el delito casualmente así descubierto.

Ya la STS de 1 de diciembre de 1995 vino a recoger la disparidad de criterios jurisprudenciales que hubo en su momento, siendo entonces el mayoritario el que expone que "la necesidad de que el mandamiento judicial exprese de manera concreta el delito a los delitos que se están investigando cuando se autoriza el registro, con las consecuencias que se pueden originar si el

acta sólo fue positiva respecto de otras infracciones en aquél no comprendidas, ha sido tema debatido por una doctrina no unánime en la Sala Segunda. Si las Sentencias de 21 de enero de 1994 o de 8 de octubre de 1992 indicaron la nulidad del registro cuando el resultado obtenido no se correspondía con la estricta autorización concedida, a salvo que el Juez previo conocimiento de lo acontecido ampliará los términos del mandamiento o consintiera lo pertinente, otras resoluciones mayoritariamente estiman la validez de las pruebas obtenidas durante el registro aunque se tratase de delitos no comprendidos en el mandamiento, obviamente si tal obtención se ajustó por lo demás a las exigencias y prevenciones legales y constitucionales (ver las Sentencias de 28 de abril de 1995, 4 de octubre, 28 y 18 de febrero de 1994, 7 de junio de 1993)".

El Tribunal Supremo viene sentando una doctrina, plenamente consolidada, en la que podemos destacar, entre varias otras, la STS de 22 de marzo de 1999, y en la que, resumiendo anteriores argumentos, se afirma que: «Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos (cfr. SSTS 28-4-1995 y 7-6-1997).

En esta última Sentencia ya se señaló que si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata

recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal .

En igual sentido, la STS 1149/1997, de 26 de septiembre que, referida a un encuentro casual de efectos constitutivos de un delito distinto del que fue objeto de la injerencia, admite su validez siempre que se observen los requisitos de proporcionalidad y que la autorización y práctica se ajusten a los requisitos y exigencias legales y constitucionales. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recoge un idéntico tratamiento con relación al hallazgo casual . Así, la STC 41/1998, de 24 de febrero, afirma que "... el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuvieren conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia".

En parecida línea, entre otras y además de las Resoluciones mencionadas en la anterior, la STS de 1 de febrero de 1999, que afirma: «...el hallazgo de elementos o datos directos o indiciarios de la comisión de un delito distinto del que dio lugar a la iniciación de las investigaciones, la doctrina más reciente de esta Sala viene estableciendo, en lo que respecta a los descubrimientos casuales de pruebas de otro delito distinto del inicialmente investigado, la posibilidad de su validez y de la adjudicación de valor probatorio a los elementos encontrados, siempre que se cumpla con el principio de proporcionalidad y que la autorización y la práctica del registro se ajuste a las exigencias y previsiones legales y constitucionales.

El valor probatorio del denominado «hallazgo casual » debe, una vez más ratificarse. Y ello pues, reiterando anteriores razonamientos, ha de afirmarse una vez más que:

a) Lo que realmente otorga validez a la práctica de un registro, cualquiera que fuere, no es sino la correcta habilitación judicial para la ejecución del allanamiento

domiciliario legal, en el momento en el que éste se lleva a cabo, con la entrada de los funcionarios en la vivienda objeto de la pesquisa.

b) Una vez cumplido tal requisito esencial, a partir de ese momento, la actuación policial discurre en un ámbito perfectamente legítimo, en sus dimensiones espacial y temporal, durante su transcurso íntegro.

c) Por ello, cualquier hallazgo que, en tales circunstancias, se produzca no puede ser tachado de irregular vista la legalidad en la que la diligencia discurre.

d) Si a ello se une, además, la concurrencia de la proporción entre la injerencia en el derecho fundamental y la gravedad del ilícito inesperadamente descubierto, la diligencia adquiere una imprescindible cobertura.

e) Tan sólo si se advirtiera que todo ello pueda responder, en realidad, a un designio intencionado de los funcionarios solicitantes del registro que fraudulentamente hubieren ocultado al Juez autorizante, por las razones que fueren, el verdadero motivo de su investigación, la violación del domicilio habría de ser considerada nula. Así la STC de 6 de mayo de 2004 señaló que “, no ofreciendo la demanda de amparo razón o indicio alguno que pueda llevar a pensar que los funcionarios policiales actuaran burlando las garantías constitucionales de los derechos fundamentales afectados por su actuación hay que concluir, con el Fiscal, que aun cuando el auto ampliatorio hubiera estado viciado de nulidad por falta de motivación, lo que no es el caso, en ningún caso podría afectar a lo hallado casualmente durante la realización del registro inicial, amparado en un auto distinto que no ha sido impugnado. Sólo si la obtención de esos efectos se hubiera producido en fraude de las garantías constitucionales del derecho a la inviolabilidad del domicilio, lo que tampoco es el caso, hubiera cabido cuestionar su posterior utilización como medio de prueba en el proceso.”

Por consiguiente, el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la

práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2007 distingue un cambio o novación del objetivo inicial del acto de entrada y registro y una ampliación o adición al mismo, consecuencia de la prueba casualmente descubierta en una investigación judicial legítima, al contemplar el supuesto de que determinada droga y armas son hallados casualmente (hallazgo casual ) al ejecutar el mandamiento de entrada y registro dentro de un proceso por delito fiscal y, tan pronto se advirtió su existencia, se suspendió la diligencia que se practicaba para dar cuenta al juez instructor que dictó en el mismo día un auto ampliatorio del objeto de la investigación, debidamente fundado . Su regularidad formal también estaría reforzada por la flagrancia del delito (art. 553 ) o también acudiendo a la regla de la conexidad a que se refieren los arts. 17.5 y 300 L.E.Cr teniendo en cuenta que no estaríamos ante un cambio o novación del objetivo inicial del acto de entrada y registro, sino ante una ampliación o adición al mismo, consecuencia de la prueba casualmente descubierta en una investigación judicial legítima

**3.- HA DE CUMPLIR EL REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD**, que el Tribunal Supremo, define como la necesidad de que la medida se adopte en caso de delitos graves en los que por las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen su adopción. Nuestro ordenamiento, a deferencia de lo que ocurre en otros cercanos no establece expresamente este requisito, pero el Tribunal Supremo y el Constitucional concluyen que sólo los delitos graves deben dar lugar a una autorización judicial de entrada y registro, si bien no concretan cuales serían los mismos. Algún sector doctrinal entiende aplicable la relación de infracciones delictivas contenidas en el artículo 282. bis 4 para la autorización de la figura denominada “agente encubierto” como equivalencia de supuestos para la autorización judicial de la

entrada en un domicilio, y otro a la pena que artículo 503 exige para la prisión provisional. También se hace referencia a la posibilidad de delitos socialmente sensibles, como los cometidos por funcionarios públicos

**4.- HA DE GUARDAR LA EXIGENCIA DE EXCEPCIONALIDAD O SUBSIDIARIEDAD**, que supone que la medida sólo puede adoptarse cuando no exista otro medio posible o razonable de investigación del delito. Como ha señalado en Tribunal Supremo , de la nota de excepcionalidad se deriva que la entrada y registro no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. Ciertamente en la mayoría de los supuestos de petición se estará en los umbrales de la investigación judicial -normalmente tal petición será la cabeza de las correspondientes diligencias previas-, pero en todo caso debe acreditarse una previa y suficiente investigación policial que para avanzar necesita, por las dificultades del caso, la entrada y registro, por ello la nota de la excepcionalidad , se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable, que actúa como valladar ante el riesgo de expansión que suele tener todo lo excepcional .

Sólo cabe limitar el derecho fundamental si es realmente imprescindible tanto desde la perspectiva de su utilidad, como de su insustituibilidad, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales (teoría del éxito razonable) o bien éstos se pueden lograr por otros medios menos graves, el principio de excepcionalidad quedaría afectado y con ello la regularidad constitucional de la injerencia.

Los anteriores pueden entenderse como requisitos o presupuestos de legalidad constitucional, existiendo otros requisitos para la realización plenamente correcta del registro, pero que ostentan una relevancia meramente procesal, en orden a la ulterior eficacia como elementos probatorios de los resultados obtenidos

con dicha diligencia, no afectando sin embargo al ámbito constitucional del derecho restringido (la hora y forma en que se lleve a cabo el registro, personas que se encontraren presentes, notificación, etc.) y sí a la introducción del resultado del registro como prueba preconstituida en el proceso y no a su obtención, por lo que su repercusión tan sólo debe proyectarse sobre la posibilidad de utilización de esas pruebas como elementos de cargo sometidos a la valoración del Juzgador. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2006, recogida pro la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2007 afirma que constituye ya reiterada doctrina de aquél que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), «para entrar en el cual basta la orden judicial (SSTC 290/1994 y 309/1994; AATC 349/1988, 184/1993, 223/1994), ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE ) en sus diferentes facetas», sino en su caso a la «validez y eficacia de los medios de prueba» (SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, F. 4 ; 94/1999, de 31 de mayo, F. 3; 171/1999, de 27 de septiembre, F. 11 ).

Como mantiene el Tribunal Supremo cuando de verdaderas infracciones constitucionales se trate, con relación al derecho fundamental..., acarrearán, sin duda, la nulidad absoluta de sus resultados como prueba..., e incluso la eventual contaminación invalidante de las otras pruebas derivadas directamente de esta irregular fuente principal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por su parte, si las infracciones cometidas tuvieran un mero carácter procesal, la consecuencia alcanzará tan sólo al valor probatorio de los productos..., pero manteniendo aún su valor como instrumento de investigación y fuente de otras pruebas de ella derivadas.

## **INTERVENCIÓN DEL INTERESADO EN LA DILIGENCIA**

De conformidad con el artículo 569 de la LECrim que “el registro se hará a presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente”.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de de 27 de enero de 2009 al resolver el motivo que denunciaba la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa que considera producida en cuanto que los dos recurrentes no estuvieron presentes en los tres registros efectuados, pese a lo cual se les imputa como propia la droga encontrada en cada uno de ellos, sosteniendo, por tanto, que el registro se practicó sin la presencia del interesado, señaló que la jurisprudencia, aunque existan algunas resoluciones de sentido diferente, ha entendido en numerosas ocasiones que el interesado al que se refiere el artículo 569 de la LECrim es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la diligencia de entrada y registro, y que en caso de ser varios los moradores del mismo domicilio es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los de los demás moradores. Así se desprende de la STC 22/2003, aunque se tratara en ese caso de la validez del consentimiento prestado por uno de ellos. Naturalmente esta consideración se hace sin perjuicio de que el imputado, o imputados vean afectado su derecho a la contradicción si el registro se efectúa sin su presencia y su resultado es después utilizado como prueba de cargo. En este sentido, en la STS núm. 154/2008, de 8 de abril, se decía que el artículo 569 de la LECrim "dispone que el registro se hará a presencia del interesado. Desde el punto de vista del derecho a la intimidad, del que el derecho a la inviolabilidad del domicilio es una expresión, el interesado es el titular de aquél, pues es precisamente la persona cuya intimidad se ve afectada. Es a este interesado a quien se refiere el precepto exigiendo su presencia como condición de validez de la diligencia. Al mismo que se refiere el artículo 550, como la persona que deberá prestar el consentimiento, pues resultaría insostenible que pudiera practicarse válidamente el registro de un domicilio con el consentimiento del imputado no morador de aquel; o el artículo 552, en cuanto el registro debe

hacerse procurando no importunar ni perjudicar al interesado; o el artículo 570, en cuanto es el interesado quien debe ser requerido para que permita la continuación del registro durante la noche. Así lo han entendido algunas sentencias, como la STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre, citada por la STS núm. 1009/2006, de 18 de octubre. De no ser así, es decir, si, siendo posible, no está presente el interesado, la diligencia será nula, impidiendo la valoración de su resultado, que solo podrá acreditarse mediante pruebas independientes, en cuanto totalmente desvinculadas de la primera. Si, por lo tanto, de lo que se trata es de salvaguardar la intimidad, cuando existan varios moradores, estando uno o varios de ellos imputados, y siempre que no se presenten conflictos de intereses entre ellos, bastará con la presencia de alguno (STS núm. 698/2002, de 17 de abril) para afirmar que la actuación se mantiene dentro de la legalidad. En caso de imposibilidad de traslado del detenido, de ausencia o negativa del titular del domicilio, se procederá como prevé el citado artículo 569. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la contradicción, o del principio de contradicción, en la medida en que está vigente en la fase de instrucción, interesado es también el imputado. Pero su ausencia en la práctica de la diligencia no determina la nulidad de la misma, sino que impide que pueda ser valorada como prueba preconstituida por déficit de contradicción. Es decir, no será suficiente para valorar el resultado de la entrada y registro el examen o lectura del acta de la diligencia, sino que será preciso que comparezcan en el juicio oral a prestar declaración sobre ese particular los agentes u otras personas que hayan presenciado su práctica. Cuando se trata de un imputado en situación de privación de libertad, que además es titular del domicilio, sus derechos quedan afectados en dos aspectos. De un lado, su derecho a la intimidad, respecto del cual sería ineludible su presencia, siendo nula la diligencia en otro caso, salvo que existan otros moradores, imputados o no, pues en ese caso sería bastante con la presencia de alguno de ellos (STS núm. 352/2006, de 15 de marzo), siempre que, como se ha dicho, no existan entre ellos conflictos de intereses. Y de otro lado, su derecho a la contradicción, de forma que su ausencia determina la imposibilidad de valorar el resultado de la prueba tal como resulta del acta, siendo precisa la presencia de

testigos para acreditar el resultado, pudiendo estar entre ellos los agentes que presenciaron la diligencia (STS núm. 1108/2005, de 22 de septiembre )".

En este mismo sentido, respecto de la necesidad de practicar prueba sobre el resultado del registro a efectos de respetar el principio de contradicción cuando el imputado no haya estado presente en la práctica de la diligencia, se dice en la STC núm. 219/2006 que "Por lo que se refiere a los efectos que la denunciada ausencia puede tener respecto de la eficacia probatoria de lo hallado en el registro, hemos afirmado que aunque ciertas irregularidades procesales en la ejecución de un registro, como la preceptiva presencia del interesado, puedan determinar la falta de valor probatorio como prueba preconstituida o anticipada de las actas que documentan las diligencias policiales, al imposibilitarse la garantía de contradicción, ello no impide que el resultado de la diligencia pueda ser incorporado al proceso por vías distintas a la propia acta, especialmente a través de las declaraciones de los policías realizadas en el juicio oral con todas las garantías, incluida la de contradicción (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 5; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 12; 259/2005, de 24 de octubre, FJ 6)".

Aún así, es importante destacar dos importantes cuestiones:

1.- La presencia del interesado no puede ser exigida cuando resulta físicamente imposible o muy difícil y se corre el riesgo de frustrar la investigación: "la presencia del interesado no es exigible cuando motivos de fuerza mayor hagan imposible o muy difícil su presencia. En este caso, el interesado estaba detenido en territorio peninsular y la diligencia fue practicada en Ceuta" (STS de 19 de junio de 1999); "no cabe exigir la presencia física del ahora recurrente en la diligencia, porque se hallaba detenido en Gijón, a centenares de kilómetros de distancia, y en tales casos su ausencia es razonable ante el riesgo de que el retraso permita la ocultación o destrucción de eventuales pruebas" (STS de 19 de marzo de 2001) En el mismo sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2009, al resolver el recurso que alegaba la infracción de los derechos a un proceso con garantías y de defensa (art. 24) por la circunstancia de que el

morador de la vivienda registrada no estuviera presente en la práctica de la diligencia, que no asistía razón a los recurrentes,” toda vez que no sólo se encontraba en el lugar uno de ellos,, sino que éste se negó a facilitar la identidad del morador, el cual en ese momento, además de no identificado tampoco se encontraba localizado, en el propio transcurso de la diligencia hizo su aparición a retirar una cazadora que allí había abandonado, como los propios hechos probados relatan. Lo que, como decimos, evidencia la imposibilidad de realización y la inexactitud de los argumentos aducidos en apoyo de la pretensión de quienes ahora recurren.”

2.- Por otro lado, tampoco es exigible la presencia del interesado en todos los momentos y dependencias en que se practica el registro, especialmente si no es físicamente posible: Basta con que el interesado se encuentre en el lugar y asista al registro (STS de 23 de septiembre de 1997).

Especial importancia tiene determinar el alcance del requisito de la presencia de Letrado en el registro. Así es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la innecesariedad de la presencia de letrado del detenido en la práctica de la diligencia de entrada y registro, al encontrarse presente el propio interesado y la comisión judicial. Así establece el ATS de 30 de noviembre de 2006 que en lo que se refiere a la ausencia del letrado del detenido en la diligencia de entrada y registro , esta Sala, en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia de 17 de abril de 2002 ) ha establecido que "el artículo 520 de la Ley Procesal Penal, que regula la asistencia letrada al detenido, exige la asistencia de Letrado en las diligencias de carácter personal, como reconocimientos de identidad y declaraciones del detenido, sin referencia alguna a la entrada y registro para la que sí se exige la presencia del interesado...". la intervención del Letrado en los registros domiciliarios, no es exigida, ni por el artículo 17.3 de la CE, ni por los Pactos Internacionales suscritos por España. La no asistencia de letrado a una diligencia practicada, incluso cuando aún no se le había imputado delito alguno, no constituye una infracción al derecho a un proceso con todas las garantías” (STS

de 19 de septiembre de 2000, ratificada por la de 16 de mayo de 2003). Otra cosa es que resulte aconsejable cuando se trate de personas detenidas por tal causa, si no perjudica la investigación, de cara .sobre todo a preservar la contradicción y la ulterior valoración de la prueba preconstituida

En todo caso, hemos de insistir con la sentencia del Tribunal Constitucional sentencia 171/1999 de 27 de septiembre, de la que hace aflicción la del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2007, en que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria, pues “una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurren quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de la legalidad”, así como que “a idéntica conclusión y sobre la base de idénticos fundamentos, ha de llegarse en relación con la ausencia del demandante de amparo en el registro de su domicilio, pues también en este caso, en el que según queda dicho no se vulneró el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el resultado del mismo se incorporó al proceso mediante las declaraciones de los policías que lo llevaron a cabo, durante el juicio oral con todas las garantías necesarias para salvaguardar los derechos de defensa del recurrente de amparo

### **INTERVENCIÓN DEL SECRETARIO JUDICIAL**

El artículo 569 de la LECrim proclama que “el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya”. Ha destacado la doctrina científica que la presencia del Secretario judicial tiene una triple finalidad: como garantía de legalidad, asegura el cumplimiento de los requisitos legales; como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro, y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos, y como garantía judicial , en la medida que el Secretario forma parte integrante del órgano jurisdiccional

autorizante de la diligencia, se garantiza que la intromisión al derecho fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial .

La presencia del Secretario Judicial es, en realidad, un requisito de legalidad ordinaria y no de validez constitucional, con las consecuencias inherentes a ello. Así, es doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Segunda del TS que, la diligencia de registro, realizada en virtud de autorización dictada por juez de instrucción competente, pero sin la presencia de secretario judicial, pese a constituir una irregularidad procesal, no vulnera ningún derecho fundamental (STS de 31 de diciembre de 2002), con la consecuencia de que “será posible probar el resultado del registro por otros medios de prueba (STS de 16 de septiembre de 1998).

Ahora bien, la reciente sentencia de 17 de noviembre de 2008, resolvió la cuestión referida cuyo antecedente consistió que la Audiencia había entendido que de una parte, que esa ausencia del Secretario Judicial no sería obstáculo para que pudiera hacerse constar por otra vía el resultado de la actuación y que éste fuera valorable como prueba; y, además, que los funcionarios que lo practicaron acudieron al juicio para dar cuenta de lo hallado en el curso de tal diligencia señalando que el art. 569,4 Lecrim prescribe de manera imperativa esta presencia, con una clara finalidad, la consistente en dar constancia fiable del resultado de una intervención, sin duda relevante para el curso de la causa, y a efectos de una posible imputación. Vistos los términos legales y la naturaleza de la garantía es exigible la máxima claridad en lo relativo a su prestación, sobre la que no tendría que existir el más mínimo asomo de duda. Esto es, la presencia del funcionario garante debería resultar acreditada por el propio acta de constancia, por figurar en él de manera expresa.... Y no cabe aceptar que la falta de ésta pueda suplirse con la mera declaración de los agentes en el acto del juicio. Porque, ciertamente, así se entendió en jurisprudencia de esta sala que cita el que recurre. Y por el argumento de que admitir semejante posibilidad, esto es, que quienes se hallan implicados en un probable incumplimiento, pudieran conferir, retroactivamente, marchamo de legalidad a la actuación razonablemente sospechosa de

irregularidad, con un mero acto declarativo, supondría tanto como convertir en facultativo o discrecional lo que la Ley de E . Criminal prescribe de manera incondicionada.

Siendo así, se impone, pues, la conclusión de que el registro en cuestión se llevó a cabo sin presencia del secretario, lo que invalida el acta relativa al mismo; y también, por lo que acaba de exponerse, acarrea la inatendibilidad de la testifical de cargo de los propios funcionarios sobre tal aspecto concreto”

El Auto, por otro lado, ha de hacer constar el Funcionario de policía en que expresamente delegue el Juez, si éste no interviene personalmente en el registro, si bien se ha entendido que esta exigencia no afecta a la inviolabilidad del domicilio, es cuestión de mera regularidad y no es preciso que conste nominalmente. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de seis de marzo de 2007 entiende que “la precisión exigida por el art. 558 LECrim, no llega al extremo de que tenga que individualizarse al miembro o miembros de la policía que deban ejecutar de forma exclusiva o excluyente la diligencia”, estimando bastante que el instructor policial solicitante de la medida sea el mismo al que se notificó el mandamiento a través de la diligencia del fedatario judicial, en la que se citaba su número, además de expresar el “cuerpo policial autorizado”, entendiendo que “existió suficiente identificación del miembro policial al que se ordenaba la práctica de la diligencia, sin que tal forma indirecta de designarlo restara garantía alguna al registro realizado”.

# REFLEXIONES ENTORNO A LA LEY DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

## PROLEGÓMENOS

Hace más de cien años se pronunciaba un Fiscal en la Memoria del Ministerio Público con ocasión de la apertura del año judicial, de tal manera que, en la primera década del siglo XXI, no podemos menos que calificarle de un representante del Ministerio Fiscal avanzado a su época y preocupado por un fenómeno que, seguramente no calibraba como producto de un enfoque desigual del género masculino y femenino. No obstante sus apreciaciones debemos entenderlas como el germen de épocas pretéritas pero avanzadas, seguidas de un largo periodo de silencio en que se nos señalaba a la ciudadanía, jurista o desconocedora de las leyes y políticas criminales, que existía un problema, un delito que se consentía y que recaía en las mujeres que, por aceptar el vínculo conyugal o relaciones sentimentales, debían soportar de manera sumisa y pasiva, lo que hoy conocemos como malos tratos.

“Por desgracia, hay que consignar que el número de delitos cometidos contra esa escogida mitad del género humano ha crecido en número y en gravedad durante el último año...” “Por caminos semejantes llega también la muerte a la mujer en que vengan positivos agravios, satisfacen fanáticos celos o castigan honestas resistencias, amantes o maridos. Y el caso se presta a varias disquisiciones, que demostrarían expresivamente, cómo se sigue entendiendo entre nosotros la solidaridad entre el amor y la navaja...” . “Hablar del crimen pasional para enmascarar estas infamias... es una gran vergüenza, reveladora de negligente indefensión social que pide a gritos rigores de la Ley, inflexibilidades de jueces, reparaciones de derechos a cuyo amparo cuenten con verdaderas garantías la inocencia y la seguridad de las mujeres”..... “El amor libre debe tener la misma libertad para concertar el contubernio que para romperlo”. Terminaba sus palabras el discurso de apertura del Año Judicial el

Fiscal culminando con una verdadera sentencia dirigida al Ministro de Gracia y Justicia: “Señalo la llaga Excmo. Sr., y hago votos para que en la farmacopea gubernamental se faciliten remedios que la extirpen” (1).

El citado pronunciamiento, al que poco o ningún caso se hizo en 1907, es un indicativo de una cuestión que se representaba como problemas familiares que por pertenecer a las cuatro paredes del hogar no debía catalogarse como delito público, ni privado.... pertenecía al mundo de lo no visible - jurídicamente hablando- .

Un gran paréntesis hubo desde las palabras de algunos hombres de Ley (era impensable hablar de mujeres) y Leyes (2), hasta la repercusión normativa de un grave problema que permanentemente quedaba en el ámbito de la pareja.

- La Ley 3/89, de 21 de junio, sobre actualización del Código Penal dio una nueva redacción al art. 425 CP, contemplando el ejercicio de violencia física no productora de lesiones, elevando tal conducta a la categoría de delito, cuando se realizara habitualmente y con “cualquier fin” sobre el cónyuge o persona unida 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. Con anterioridad solo cabía encuadrar tales conductas en la falta de lesiones del art. 583 de nuestro anterior texto punitivo. Hace veinte años, ya se nos descubría que un sector de la población ponía en práctica esquemas socio -cognitivos-, de corte machista, en los que se justificaba la superioridad del hombre sobre la mujer y explicaban la utilización de la violencia -antes solo física- ahora física y psíquica, como medio de resolución de conflictos (3). Resulta premonitorio leer un año antes de la primera agravación de conductas que recaían en las parejas unidas por lazos sentimentales matrimoniales ó no, como la Fiscalía General del Estado nos señalaba que quedaba mucho camino por recorrer hasta que

- Año tras año, en lo que se convirtió en una cascada de reformas legislativas sobre lo que originariamente se denominaba violencia doméstica o intrafamiliar, examinamos como en 1999 junto a la violencia física se contempla la violencia psíquica. En el mismo año se produce una reforma procesal sobre el art. 13 LECrim y se instaura la medida de alejamiento como medida de carácter cautelar, lo que supone una revolución en lo que atañe a las medidas preventivas o anteriores a la resolución firme por las que ya no se contempla como sujeto afectado a ellas al imputado sino, por primera vez, se hace una apuesta para la protección de la víctima. Esta nueva medida de carácter cautelar demuestra una clara intención del legislador de no limitarse a la

- Pero seguía vislumbrándose que faltaba algo más y se seguían manteniendo en el ámbito jurídico severas críticas en relación a la inadecuada ubicación del maltrato habitual, dado el bien jurídico protegido, y se requerían soluciones más drásticas para conductas que solo podían ser encuadradas como faltas y no delitos, lo que llevaba a una cierta impunidad en la persecución y represión de esta enfermedad social. “Salía barato el maltrato”.
- Otros pasos decisivos fueron los que vieron la luz en el año 2003. Unos de carácter sustantivo que introdujo un tipo de nueva planta , el art. 153 (maltrato ocasional), desplazándose el maltrato habitual al art. 173 del Código Penal, dentro del Título VII dedicado a torturas y otros delitos contra la integridad. Ya no se consideraba que el bien jurídico protegido era sólo la vida, la integridad física, la indemnidad sexual... sino que trascendía a valores de carácter eminentemente constitucionales o de primer orden como son: la dignidad de las personas, seguridad, libre desarrollo de la personalidad, interdicción de tratos inhumanos y degradantes. Este tipo que he dado en llamar de “nueva planta” volvía a repetir algo cuyo ensayo fue, como ya he indicado, el antecesor de 1989. Se consideró por el poder legislativo como conducta delictiva lo que hasta tal fecha solo merecía un reproche penal por falta, lo que produjo protestas sobre la proporcionalidad de esta reacción por no ser acorde con la gravedad del hecho que, ocasionó una cuestión de inconstitucionalidad que tuvo como respuesta el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 233/04 de 7 de Junio que inadmitió la cuestión (4).

Pero si mereció en su momento críticas el trasvase del maltrato ocasional a la categoría de delito y no de simple falta en las conductas delictivas que seguían denominándose de Violencia doméstica. No suponíamos inicialmente los problemas que nos iba a acarrear otra modificación que recogía la misma reforma: el que el alejamiento como pena junto a la prisión o trabajos en beneficio de la comunidad se convirtiese en un imperativo legal frente a la discrecionalidad que regía en su imposición hasta el año 2003.

Los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado en cuanto iniciadores e investigadores de la acción penal, los representantes del Ministerio Público como garantes de la legalidad y los jueces encargados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, somos conocedores en el día a día de nuestra función, de lo que tal imposición legal sin posibles excepciones supone, que en muchos supuestos - cuando no nos consta una situación de riesgo- que en vez de resolver conflictos individuales y sociales, combatimos realidades y consentimientos mutuos en la reanudación de la convivencia de las que nos sentimos impotentes y con sensación de no saber hasta donde llega nuestra encomienda. Tal es la preocupación que estas situaciones nos suponen que junto a la dispensa a no declarar del art. 416 de la L.E.crim. merece el carácter imperativo de esta pena un comentario específico con guía en las sentencias del Tribunal Supremo que trata de ambas cuestiones y que pueden servir para saber como actuar policial, fiscal y judicialmente.

- El mismo año 2003, a través de la Ley 27/2003, de 31 de julio, se introduce un medio de protección a las víctimas de violencia doméstica (todavía no se distinguía la violencia doméstica y de género) regulándose la orden de protección a través del nuevo artículo 544 Ter. Nuevamente vemos una medida cautelar distinta a las tradicionales que permitía proteger y ordenar las relaciones entre agresor y víctima una

**LA LEY INTEGRAL, L.O. 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**

Se culminan las incesantes reformas legislativas con esta Ley de violencia sobre la mujer por la que en base a que “la violencia de género no es un problema que afecta al ámbito privado, al contrario se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, al tratarse de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo”(6), se separan los dos tipos de violencia específicos , la tradicionalmente llamada doméstica cuyo bien jurídico protegido es la paz familiar y en la que resulta indistinto el sexo del agresor y víctima, siendo lo esencial el vínculo entre ambos según el art. 173.2 CP; de la violencia contra la mujer, cuyo bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal del sujeto pasivo, al atentar a valores constitucionales de primer orden , referidos específicamente a la mujer, como su derecho a la igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad en el ámbito de las relaciones de pareja. Lo relevante es encuadrar las conductas típicas cuando las ejerce un hombre sobre la mujer existiendo o al haber existido matrimonio o situación afectiva similar al matrimonio aunque no hubiera convivencia. Por tanto, la Ley opta por una definición de violencia de

género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cual sea la motivación, o la intencionalidad del sujeto (7). Sin embargo, sobre este automatismo que predica la Ley, que interpreta la Consulta de la Fiscalía General del Estado e incide la Sentencia del Tribunal Constitucional num. 59/08, hay Juzgados y Audiencias (los minoritarios), que afirman en sus resoluciones que esto no es posible, dado que, “podrían darse situaciones, como las peleas en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio y que impedirán la “plus punición” contenida en el art. 153.1 CP (malos tratos ocasionales). No comparto este argumento que se reitera en algunas sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia y Barcelona, y, cuyo resultado en la practica es seguir aplicando unas normas penales que han sido derogadas por la L.O.V.G y no atenerse a la voluntad del legislador que solo atiende a calificar como falta en estos supuestos de violencia contra la mujer, la residual del art. 620.2 C.P. “amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve”, hechos que sólo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Al contrario de lo que ocurre en los art. 36 al 41 de la L.O. 1/2004, en los que no se necesita ningún requisito de procedibilidad por ser delitos eminentemente públicos aunque los siglos que nos preceden dificulten a ciertos sectores concebirlos como delitos perseguibles de oficio, sin posibilidad de mediación (art. 44.5 L.O.V.G) ni renuncia.

El enfoque de la nueva Ley es entender, que en las agresiones físicas, o morales está latente ese sentimiento de superioridad en la pareja del que aquéllas no son sino una forma de expresión y, no comprender esta cuestión nuclear, es imposibilitar la aplicación de esta Ley tan criticada, ya que es el acto, en sí, la manifestación por diferentes razones: sociales, culturales, jurídicas es lo que implica un mayor desvalor de la acción que justifica la punición agravada.

La sentencia del Pleno del T.C. 59/08, de 14 de Mayo de 2008, debe de ser interpretada en igual sentido ya que se expresa sobre tal cuestión de la intencionalidad diciendo: “El legislador no lleva a cabo una presunción normativa de lesividad sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de significado objetivo como reproducción del arraigado modelo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja”. Como de forma llana decía uno de los Magistrados del Constitucional que disientía de la mayoría en otros extremos, pero no en este: “No es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el Legislador quien lo ha hecho ya” (8)

La mayoría de los pronunciamientos judiciales contrarios a la degradación penológica que predicán los juzgadores que quedan en minoría, insisten en el reconocimiento de una pelea mutua, es decir, donde ambos protagonizan este tipo de incidentes, no priva de eficacia jurídica la conclusión de que ambos actos no pueden compensarse y, en consecuencia, degradarse, sino que se acumulan, de suerte y manera que habría dos procesos penales llevados en el mismo procedimiento por conexión.

Por último, no deja de resultar extraño que se exija un determinado ánimo que demuestre que en el acto de violencia de género se pruebe que el hecho se basa en una situación de dominación tendente a demostrar la superioridad de un sector del sexo masculino y sometimiento de la víctima, lo que nadie plantea ni exige en otros tipos de violencia agravadas, como en la violencia doméstica, igualmente reprochable, en los que nadie pide al acusador público o privado que pruebe necesariamente una relación de subordinación, simplemente, se presume.

## LA ESPECIALIZACIÓN EXIGE CONOCER A LA VÍCTIMA

En nuestro sistema procesal penal, la víctima como titular legítimo del bien jurídico protegido y vulnerado, - el llamado sujeto pasivo del delito; ha sido un sujeto casi desconocido y siempre cargado de obligaciones (denunciar el hecho delictivo, decir la verdad con el riesgo de que no hacerlo se pueda deducir testimonio, poner en conocimiento del Juez los cambios de domicilio.... etc.). Hasta épocas muy recientes ha sufrido un permanente estado de abandono, desde épocas pretéritas en las que regía el: "ojo por ojo". Resultaba desde la perspectiva casi reciente que el infractor o victimario, era el verdadero protagonista de nuestro sistema judicial y penitenciario, tratando junto a la represión de la conducta, el de conseguir su rehabilitación, relegándose siempre a la víctima a un papel o rol secundario, por el que permanecía oculta a los avatares de un proceso, que curiosamente se cernía a lo que había padecido y debería haberse centrado en su protección y reparación del daño sufrido.

A día de hoy, todos los que funcionamos en torno a la consecución de la justicia, sabemos que uno de los fines a los que debemos confluir es ayudar de formar primordial a cualquier víctima, no adicionando dificultades ni más sufrimientos de los que les ha tocado vivir por la agresión padecida por la actividad delictiva.

Es nuestra obligación que arranca generalmente de la manifestación de voluntad de quien padece el acto antijurídico y culpable ante los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, dar respuesta a las necesidades de la más variada índole jurídicas, psicológicas, económicas, asistenciales en las que no puede ser ajeno el sistema de justicia penal en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, habida cuenta de los importantes intereses en juego.

Por ello como indica con acierto el catedrático Antonio Beristain... “hoy el llegar a ser víctima no se considera un incidente individual sino un problema de política social, un problema de derechos fundamentales”.

#### Nuestra víctima. Singularidades

Lo que ciñéndonos a lo que denomino “nuestra víctima”, se aleja, de los parámetros normales de la víctima de cualquier otro hecho delictivo. Tienen en común el que los hechos que han sufrido merecen un reproche social y que son perjudicadas de infracciones criminales que requieren una reparación del daño sufrido, pero tienen peculiaridades y singularidades que nada tienen que ver con las víctimas comunes que venimos observando desde que surgió la víctima en el proceso penal, una vez superada con la “ Ley del Talión”.

Como regla general las víctimas de hechos no encuadrables en la violencia de género y lo extiendo a las de violencia doméstica, tienen un sentimiento de venganza que les lleva a buscar, a toda costa, el castigo del culpable, al menos insisten, en que se reponga su situación anterior al hecho criminal, además, por regla general no conocen al agresor.

Las que encuadro dentro del concepto de violencia contra la mujer, sin inmiscuirme en cuestiones que afectan a disciplinas ajenas al derecho, son personas acostumbradas a un trato sin atisbo de igualdad, lo que, día a día, les ha llevado al convencimiento de que son un ser humano inferior al victimario, están acostumbradas frente a ataques directos que dañan sus esenciales derechos constitucionales a callar, a no denunciar, hasta a considerarse culpables de lo que se les ha venido encima y a no querer descubrir que son verdaderas víctimas, primer paso para sobrevivir a los malos tratos y buscar algo tan racional- desde fuera- como el reconocimiento de estar sufriendo un daño, sea físico, moral, psicológico, sexual o económico. Lo expuesto que es tan difícil de explicar para el/la desconocedora del fenómeno, me sirve para

preconizar que la especialización en esta materia que reivindica la Ley 1/04, de 28 de diciembre, es el cimiento o pared maestra que nos debe envolver a todos y todas los que, - según el papel que se nos otorga- tratamos de investigar este tipo de fenómenos criminales y buscamos el castigo del que no se cree que somos iguales hombres y mujeres, no necesitando de dominación ni sumisión para mantener la convivencia regida por los sentimientos. Leía hoy un atestado referente a un asesinato ocurrido en marzo de 2009 y me llevaba a reflexionar sobre la cuestión objeto de tratamiento en estas líneas, la frase que el agresor dijo y que se plasmó en las diligencias policiales: "... "esto ocurre cuando una mujer quiere estar por encima de un hombre" (¡cuantas cosas se expresan en tan pocas palabras!). Ahondando en este supuesto de hecho que terminó de la peor manera por la muerte de la mujer y heridas graves de una de las hijas que se encontraba en el domicilio conyugal, descubro con perplejidad como años antes el mismo individuo había sido condenado por malos tratos en el ámbito familiar (hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Violencia de Género) respecto a su mujer y a sus dos hijas, no respecto a otros tres hijos varones que completaban el núcleo familiar.

## **CUESTIONES JURÍDICAS DE INTERES SOBRE ESTA PECULIAR VIOLENCIA.**

- Los llamados quebrantamientos consentidos. Art. 468 del C.P.

Ya mencionaba, líneas atrás, que en una de las reformas del año 2003 se impone con carácter obligatorio y como pena accesoria (art. 57.2 CP, en relación art. 48) la pena de alejamiento. Así mismo a través del art. 544 bis y Ter de la L.E.Crim. puede recaer tal medida de carácter cautelar , en caso de riesgo efectivo e indicios racionales de que exista un hecho con carácter de delito que se encuadren en nuestro tema objeto de estas reflexiones. La teoría jurídica puede no encajar siempre con las situaciones con las que nos encontramos según la función que nos toque desempeñar. Cuatros años de rodaje de la Ley

son una “memoria justificativa” de que en muchos casos aunque exista una pena con carácter firme o una medida que previene riesgos, se reanudan convivencias sin atender a las prohibiciones acordadas en las resoluciones judiciales.

Esta fue una de las cuestiones que tratamos los/las representantes del Ministerio Público, en nuestro primer Seminario de especialistas en violencia sobre la mujer (9). Considerábamos una vez analizado el problema que, interesaríamos la deducción de testimonio en estos casos por si los hechos fueran constitutivos de un delito sancionado en el art. 468, al ser un delito contra la Administración de Justicia, aún cuando mediara el consentimiento de la víctima. Añadíamos, y esto es de interés, que no se procedería por el Fiscal a deducir testimonio contra ésta (la víctima) ni por inducción al delito, ni como cooperadora necesaria al entender que tal comportamiento no era subsumible en los apartados del art. 28.2 C.P., a y b.

El primer escollo fue relevante al plantearnos que nuestra víctima podía facilitar o consentir una nueva convivencia- a pesar del riesgo que entraña- pero no era ella la receptora de la pena ni de la medida cautelar o pena de carácter prohibitivo al no haber cometido ninguna infracción penal.

Tal conclusión fue avalada por la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005, sentencia que en otros extremos ha sido aclarada, concretada y modificada, por otras posteriores pero en esta posible discrepancia jurídica descartó el que pudiera perseguirse la conducta de la mujer expresando que considerar a ésta como copartícipe del delito de quebrantamiento de medida cautelar o pena, supondría “unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a vivir juntos, como recuerda la SSTE de 24 de Abril de 1988”.

Pero la andadura de la Ley no nos plantea en nuestra realidad jurídica este extremo como esencial en la cuestión relativa a los “quebrantamientos consentidos”. El problema cotidiano se centra en la reflexión sobre ¿Que hacer ante una vulneración del alejamiento por el imputado o penado?

Muchos vaivenes hemos leído en resoluciones de las Audiencias Provinciales y de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. La ya reseñada Sentencia del Tribunal Supremo de septiembre de 2005 supuso una sorpresa en cuanto, a pesar de ser un delito (el quebrantamiento) pluriofensivo nos indicó que “la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe de desaparecer y quedar extinguida”. Siempre he sostenido a pesar de que la precitada sentencia se refería a un caso de medida cautelar, que tal afirmación era incongruente, en tanto que estos delitos eran y son contra la Administración de Justicia, no únicamente contra la protegida y víctima y que la imposición de un pena (*ius puniendi*) solo le compete al Estado, no dependiendo su ejecución a la voluntad de la víctima... voluntad de la que yo parte de que no es siempre libre y casi siempre fácilmente manipulable, de ahí este fenómeno.

Diferentes sentencias posteriores nos vinieron a dar la razón (10) tanto se tratara de alejamiento por medida cautelar, como pena por sentencia firme, concluyendo que no se podía permitir la impunidad de los autores de semejantes quebrantamientos al no ser su cumplimiento disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima, o bien, por que el consentimiento de la ofendida no podía eliminar la antijuricidad del hecho.

No obstante, la discrepancia jurídica ha seguido en los Juzgados y Tribunales de Justicia encargados de la ejecución de las sentencias, dando a mi juicio un paso en la confusión sobre que hacer con las reanudaciones de convivencia a pesar de los alejamientos acordados judicialmente. Este paso es un “salto al vacío” incomprensible desde el punto de vista estrictamente

jurídico y que puede interpretarse como una confusión en la necesaria y característica división de poderes que defina a un Estado democrático y social de derecho.

Vaya por delante el que yo no soy ninguna partidaria acérrima de la imposición imperativa de la pena accesoria de alejamiento, y que espero que pronto se resuelvan las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas entorno a tal precepto, pero que ello no empañe el actuar en supuestos de trasgresión de norma sometida a la aprobación del Poder Legislativo que decide la política criminal adecuada a la realidad social.

Nadie debería negar que cada supuestos de violencia contra la mujer merece una respuesta singular al hecho enjuiciado, por ello, la conveniencia de la ponderación y arbitrio de los Juzgadores , pero de igual manera, una vez constatada la necesidad de su imposición no puede dejarse su cumplimiento a ninguna conveniencia o decisión ajena al que enjuicia el hecho.

Nuevamente se retoma la cuestión planteada, en resolución del T.S. de 29/01/09, en concreto sobre el alejamiento como medida cautelar, que como pena se va pacificando la controversia en el sentido de que las penas no son disponibles por las partes y por ello son conductas antijurídicas y culpables. Hubo que llegar a un Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª (11) y, en consecuencia a una sentencia de la misma Sala (12) en la que se mantiene que hubo delito de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468, siendo irrelevante el consentimiento de la víctima. No obstante dicha sentencia se vio acompañada de dos votos particulares que disientían del criterio mayoritario, diferenciando entre que se imponga esta pena de alejamiento, en donde se considera delito, o el de una medida de carácter cautelar en que puede no serlo dependiendo de la relevancia de su consentimiento (incapacidad de juicio, engaño, amenazas, error).

Lo indicado no solo es una cuestión estrictamente jurídica que únicamente compete a las partes de un proceso penal, sino que, a quien de forma directa e inmediata les plantea no solo zozobras sobre la antijuridicidad o no de estos actos, sino como actuar es a los que por su desempeño en su actuar policial saben de la imposición de estas medidas que imposibilitan el acercamiento y comunicación de una pareja sometida a un procedimiento judicial y conocen de forma real su incumplimiento y convivencia “consentida”. Mi conclusión es la iniciación de las correspondientes diligencias contra un único individuo: el infractor.

- Sobre la dispensa a no declarar del art. 416 L.E.Crim.

Con acierto, el legislador del siglo XIX, contempló frente a la obligación general de comparecer al llamamiento de la justicia y declarar en los procesos judiciales que, podían existir situaciones en las que en base a vínculos, generalmente, familiares ciertos testigos deberían estar exentos de declarar por los lazos de solidaridad existente entre el imputado y el testigo al integrar un mismo núcleo familiar.

Sin embargo, entiendo que dicha dispensa no debería ser aplicado en los supuestos en que la testigo es la denunciante de un hecho delictivo que imputa a su cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad de forma estable.

Esta cuestión tampoco resulta pacífico, trascendiendo de la mera discrepancia jurídica para convertirse en un elemento distorsionador de la marcha de los procesos penales por violencia contra la mujer, no sólo porque en demasiados casos se produce un vacío probatorio que impide enervar el derecho fundamental a la Presunción de Inocencia, sino que es un nuevo foco de riesgo para la víctima que, en muchos casos, puede verse mediatizada para no declarar. Además, ¿ no resulta contradictorio configurar estas conductas

como delito público perseguible de oficio en el que no cabe renuncia, ni perdón, ni mediación con la supervivencia de no exigir su declaración? .

A mi juicio, la respuesta es competencia del legislador, pero hasta tanto no se afronte, las consecuencias prácticas serán que los Fiscales intereseamos constantemente pruebas que rodean al hecho - no sólo las pruebas periciales - cuando sea posible - por efecto lesivo a la integridad física de la perjudicada, sino, lo esencial, que recaerá en el testimonio de los agentes de la autoridad que asistieron a la víctima en los supuestos en que sean llamados por ella o por terceros que presencian el hecho delictivo.

Como hago siempre que expongo un problema que recalca en cualquier interpretación del derecho, debo de concluir esta exposición haciendo constar los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Sigue siendo vacilante. No faltan sentencias que concluyen sobre que tal precepto adjetivo no es preceptivo realizarlo respecto de la persona que acude a la Policía en demanda de auxilio (13), que culminaría con el Auto de Inadmisión de 29/01/09 en igual sentido, frente a la última (14) que en un delito de agresión sexual absuelve al condenado en la instancia, en base a que la víctima, a pesar de que al tiempo de los hechos mantenía con el acusado relación de afectividad equiparable a la del cónyuge, se opuso a declarar (art. 416 L.E.Crim) "siendo doblegada su voluntad por la imperativa conminación del Presidente del Tribunal".

En estas páginas quedan por tratar muchos dilemas a los que nos enfrentamos, desde los que suponen una crítica sin sustancia a la Ley 1/04, de 28 de Diciembre, "una excepción que confirma la regla", conocido como el empleo o utilización de la acusación y denuncia falsa de las mujeres para conseguir "logros inadecuados o indebidos": pasando por la exigencia de la rehabilitación del reo a través de las reglas de conducta que exige la Ley. La efectividad de las penas alternativas a la de prisión..... muchos temas me quedan "en el tintero" que quizás requieran un tratamiento en otra ocasión. No

obstante no quiero concluir este breve texto sin hacer un reconocimiento expreso a aquellos/as que día a día ejercen su profesión partiendo de que este fenómeno delictivo se aleja de los parámetros comunes del resto de la delincuencia. Acabo de leer, pidiendo informes sobre el funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar (P.E.F) como se resalta la: “amplia experiencia de la Guardia Civil en conflictos relativos al orden público, que preserva a los menores y a los profesionales que trabajan en los PEF de situaciones conflictivas debido a la alteración con los que algunos usuarios se toman el cumplimiento de las resoluciones judiciales que no resultan favorables a sus propósitos”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.- “El Ministerio Fiscal Español”. Editado en el año 2007 por el Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Boletín Oficial del Estado. Páginas 35 y 36.
- 2.- D. Luis Jiménez de Asúa. “EL CRIMINALISTA”. Año 1946. “Con frecuencia suelen aparecer en los periódicos de todos los países noticias sobre sucesos acaecidos con dolorosa repetición, el que una mujer ha perdido la vida a manos de su marido o de su amante, y son muchos los que a diario comentan en calles y en estrados el último crimen pasional. Ese crimen pasional del que tanto se ha hablado..... ¿Qué es lo que tiene dentro? ¿Es tan solo la muerte dada a la hembra por un hombre ofendido en su calidad de macho, agitado por los celos, herido en su amor propio, acuciado por el resentimiento? ¿o abarca territorios más extensos?.
- 3.- Instrucción 3/1988 de la Fiscalía General del Estado, sobre “Persecución de malos tratos a personas desamparadas y necesidad de hacer cumplir las obligaciones alimenticias fijadas en los procesos matrimoniales”.
- 4.- Tres parámetros sirvieron al Tribunal Constitucional para inadmitir la cuestión planteada: a) la relevancia de los fines mediatos e inmediatos de protección. b) la idoneidad de la medida para alcanzar el fin de protección. c) la proporcionalidad de la pena en relación con el delito. La conclusión fue que en vista de la cantidad de agresiones cometidas contra las mujeres en nuestro país, la escasa o nula eficacia de la tipificación de las mismas como falta y no delito a efectos de prevención especial y general y la posibilidad de que la pena de prisión prevista en el precepto cuestionado no era la única solución al contemplarse como pena alternativa de la de trabajos en beneficio de la comunidad.

- 5.- Sobre esta cuestión ver CIRCULAR 3/2003, de 30 de diciembre de la Fiscalía General del Estado sobre “Algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección”, suplemento al Boletín Oficial del Ministerio de Justicia de 1 de Marzo 2004. nº 1960.
- 6.- Exposición de motivos de la denominada Ley Integral de 28 de diciembre del año 2004.
- 7.- Circular num. 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, “Relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”. Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Año LX. Suplemento al nº 2008 de 1 de marzo de 2006.
- 8.- Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez- Zapata Pérez. Voto particular a la Sentencia del T.C. que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad nº 5939/2005.
- 9.- Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2006.
- 10.- SSTT, Sala 2ª: 19-01-2007, 28 de septiembre de 2008.
- 11.- Fecha del Pleno de 25-XI-08
- 12.- Sentencia 39/2009 de fecha 29-1-9, Recurso de Casación 1592/2007
- 13.- SSTS, Sala 2ª del 20-2-2008, 27-X-2004, 12-7-2007
- 14.- SSTS, Sala 2ª de 26-3-09

**Soledad Cazorla Prieto**  
**Fiscal de Sala en Materia de Violencia**  
**sobre la Mujer**

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES**  
**Perspectiva de la actuación policial**

**I.- EL MODELO DE JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOL**

**II.- EL MARCO NORMATIVO**

En el orden internacional

En el orden nacional

**III.- LAS CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL DE MENORES. Especial referencia a los principios de oportunidad y flexibilidad.**

- Principio de especialización
- Principio de proporcionalidad
- Principio acusatorio
- Principio del interés del menor
- Principio de celeridad
- Principio de flexibilidad
- Principio de participación social en la ejecución
- Especial referencia al principio de oportunidad

**IV.- LAS MEDIDAS IMPONIBLES : MEDIDAS COMUNITARIAS O NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y MEDIDAS DE INTERNAMIENTO**

**V.- CUESTIONES MÁS RELEVANTES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ACTUACIÓN POLICIAL**

**1** Fijación de límites y tramos de edad para la exigencia de responsabilidad y aplicación de la LORPM.

**2** Especialización policial

**3** Intervenciones en el ámbito de la investigación de los hechos y detención de sus autores

**4** Atención al menor víctima y testigo

**5** Actuaciones policiales en el entorno escolar

**6** Simple mención de las actuaciones en materia de protección de menores



## I.- EL MODELO DE JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOL

Al abordar con carácter general el estudio de nuestro actual modelo de Justicia Juvenil es preciso situarse en el marco del cambio de sensibilidad hacia la infancia y cuanto la rodea que se ha operado en los últimos 130 años y que viene caracterizándose por una particular atención a la importancia que los primeros años de la vida tienen en el desarrollo ulterior de la personalidad y por una nueva actitud hacia los valores de la persona en su etapa infantil y juvenil.

En el ámbito jurídico este proceso general ha derivado hacia la “revalorización del menor en su calidad de *persona*”, en su acepción más trascendente y no sólo en su dimensión jurídica de titular de derechos.

Frente al tradicional tratamiento tuitivo de los niños, representado por la actuación de los antiguos Tribunales Tutelares de Menores, paulatinamente se ha impuesto el criterio de orientar su protección confiriéndoles, a partir de la adolescencia, la condición de persona en evolución y la capacidad de participar progresivamente en la determinación de su propio interés.

Todo ello ha tenido una primera incidencia en el desarrollo de los derechos vinculados a la personalidad, especialmente regulados en relación con los menores (Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, suscrita por España en 1999), LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica de los Menores (en adelante LOPJM)...); también se ha manifestado en el énfasis de los aspectos afectivos, emocionales o psicológicos de los derechos e intereses de los menores que no se limitan al bienestar meramente material, y que ahora se estiman primordiales.

Pero donde quizá con mayor calado se ha concretado la consideración del niño como sujeto de derechos ha sido en la progresiva implantación en el ámbito de la Justicia Juvenil del “*modelo de los derechos*” o “*modelo de responsabilidad*”. Superando anteriores planteamientos tutelares o de seguridad, en los que se otorgaba protección y tutela coactivos a los menores infractores sin el correlativo reconocimiento de sus garantías y derechos como imputados en la comisión de delitos o faltas, los modernos sistemas de Justicia Juvenil desarrollados en el último cuarto del pasado siglo, se caracterizan por el reconocimiento específico de los derechos del menor en sus relaciones con la Administración de Justicia, y se orientan al aseguramiento de su desarrollo personal bajo el criterio de la prevalencia de su superior interés. No se trata sólo de abominar de la pena de muerte o las penas crueles y degradantes, sino de que, incluso las medidas privativas de libertad han de ser el último recurso, imponerse por el tiempo mínimo necesario y limitarse a supuestos excepcionales, en los que se respetará siempre la dignidad y las necesidades propias de la edad del afectado. Así, la regla general será la de medidas de carácter socio-educativo, carentes de efectos retributivos y dotadas de un contenido positivo acorde con el interés del menor.

En el marco del proceso el menor infractor goza de todos los derechos y garantías que la CE confiere a todo acusado en el proceso: presunción de inocencia, derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a no sufrir indefensión, a la asistencia jurídica...

En este punto es forzoso mencionar la importancia capital de la Convención de Derechos del Niño de 1989 porque no sin las debilidades de las normas internacionales de amplio consenso, supuso dos importantes novedades:

1º No es un texto meramente declarativo de principios, sino directamente vinculante para los Estados que lo suscriben (art. 39.4 CE). En sus *Orientaciones Generales* y en su examen de los informes de los Estados Partes, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, ha subrayado que el principio del interés superior del niño debe incorporarse en los programas y políticas nacionales relacionados con la infancia así como en las actividades parlamentarias y administrativas a nivel nacional y local, y en especial, los relativos a las asignaciones presupuestarias. De esta manera, la valoración de las repercusiones sobre los niños y la integración de los resultados en las leyes, las políticas y las prácticas, se convierten en una obligación política de los Estados.

2º Abandona definitivamente las declaraciones tuitivas, asumiendo íntegramente que el niño es titular de derechos<sup>1</sup>.

El art. 40.1 de la Convención consagra el derecho de todo niño en conflicto con la ley *“a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”*.

En línea con este precepto, la STC 36/1991, al declarar inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 marcó un punto de inflexión, pues propiciando un vacío legal, forzó la adaptación de nuestra legislación interna a la CE y a la legislación internacional que cristalizó en la LO 4/1992 y posteriormente, en la LO de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000, de 12 de enero (en adelante LORPM), y en la profunda interrelación en ellas establecida entre las intervenciones de protección y las medidas derivadas de la responsabilidad penal de los menores<sup>2</sup>

En definitiva, en los sistemas actuales de Justicia Juvenil de los países de nuestro entorno jurídico, exponentes del grado de desarrollo nacional respectivo,

---

<sup>1</sup> HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. (“El niño y los derechos humanos” en “Los derechos de los niños: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”. Dykinson 2007. Se sostiene aquí que la Convención termina con aquella concepción del niño como propietario-no-ciudadano para afirmar una concepción del niño como ciudadano-en-desarrollo.

<sup>2</sup> MORALES LIMIA A. Una primera aproximación al principio del superior interés del menor” en “La Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”. CGPJ 2000.

la especialidad y la legalidad representan criterios axiológicos específicos de la minoría de edad y es en este marco donde hay que situar la LORPM 5/2000. Aprobada con un amplio consenso parlamentario y acogida con unánime entusiasmo por juristas y profesionales, se adscribió claramente a esta línea encarnando ejemplarmente los principios del modelo de responsabilidad y garantías, plasmados en los instrumentos internacionales ya suscritos por España: especialidad, celeridad, flexibilidad, desjudicialización, interés superior del menor...

Pero lo más destacado de este modelo es su finalidad de reinserción y reeducación del menor infractor, en el marco de las previsiones del art. 25 de la Constitución Española (CE), desjudicializando en lo posible el tratamiento de la infracción y procurando adecuar la respuesta a la situación psico-social del menor y a su evolución posterior.

## II.- EL MARCO NORMATIVO

### A.-En el orden internacional

- **Declaración de los Derechos del Niño** de 20 de noviembre de 1959 (Resolución 1386 de las Naciones Unidas).
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 19 de diciembre de 1966. ratificado por España el 14 de abril de 1977. Su art. 10 dispone que los menores procesados tendrán un régimen penal y penitenciario diferenciado del de los adultos y su art. 14.1 limita la publicidad de los procedimientos en que sean envueltos, reconociéndose en el apartado 4 los mismos derechos que a todo acusado, en atención a su minoría de edad y ala importancia de estimular su readaptación social.
- **Reglas Mínimas de UN para la Administración de la Justicia de Menores. Reglas de Beijing** de 29 de noviembre de 1985. Aportan un repertorio de las reglas aplicables a la investigación y enjuiciamiento y cumplimiento de sanciones en los procesos de menores (protección, bienestar del menor, proporcionalidad de la respuesta, garantías y derechos como acusado...)
- **Convención de los Derechos del Niño de NU** de 20 de noviembre de 1989.
- **Carta Europea de Derechos del Niño** de 8 de julio de 1992
- **Las Reglas Mínimas de las UN sobre Medidas NO Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)**
- **Las Reglas de UN para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana).**
- **La Declaración Final y el Plan de Acción** adoptado en la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa (Varsovia 16-17 mayo de 2005) y en particular, la parte III.e del Plan de Acción titulado “Construyendo una Europa para los Niños”. y la Resolución nº 2 adoptada en la Vigésimo octava Conferencia de Ministros europeos de Justicia (Lanzarote 25-26 de octubre de 2007).
- La **Recomendación (2008) 11** del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas (5 de noviembre de 2008).

## **B.- En el orden nacional**

- **La CE de 1978** en su art. 39.4 dispone que *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*.

- **LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)**. Su art. 2 dispone :*“En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*. En el art. 3.1 vemos que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”*.

- **LORPM 5/2000 de 12 de enero**

- **El Código Penal de 1995** al que remite el art. 5 de la LORPM.

- **El Reglamento de ejecución de la LORPM**, aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio.

- **La Ley de Enjuiciamiento Criminal**, con el carácter y alcance supletorio que le atribuye la Disposición Final Primera de la LORPM.

- **El Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil**

- El resto de leyes autonómicas dictadas en materia de protección de menores y de ejecución de medidas judiciales de Reforma de Menores.

### **III.- LAS CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL DE MENORES**

- 1.- El Derecho Penal de los Menores se despliega en el mismo marco sustantivo que el de los adultos. Ello implica que los Fiscales y Jueces de Menores califican las infracciones con arreglo al Código Penal (CP) y a las Leyes Penales especiales.
- 2.- Las especialidades del sistema son de índole procesal y aparecen recogidas en la LORPM, a la que resulta de aplicación subsidiaria la LECrim.
- 3.- La exigencia de responsabilidad penal a los menores se articula a través de un verdadero proceso penal especial y especializado caracterizado por los siguientes principios:

#### **PRINCIPIO DE ESPECIALIZACIÓN**

Tanto el art. 12 de las Reglas de Beijing como el Punto 9 de la Recomendación 87(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa insisten en la necesidad de que los asuntos penales en los que estén implicados menores sean investigados, instruidos, enjuiciados y ejecutados por expertos en el ámbito de la infancia y en Derecho de menores que han de aplicar criterios distintos en atención al grado de desarrollo y madurez de los destinatarios de su actuación, que les hace acreedores de un trato diferente.

También la LORPM exige esta especialización a los Jueces, Fiscales, Abogados y Policías que intervengan. La Disposición Final Cuarta indica que el CGPJ y el Ministerio de Justicia habrán de formar a miembros de las respectivas carreras Judicial y Fiscal especialistas en materia de Menores que tendrán preferencia para acceder a las Salas de Menores de las Audiencias Provinciales, a los Juzgados y a las Secciones de Menores de las Fiscalías. En su párrafo segundo esta Disposición Fiscal previó la creación en todas las Fiscalías de una Sección de Menores compuesta por Fiscales especialistas con la correspondiente dotación de funcionarios administrativos.

Estas Secciones que vienen funcionando desde el año 2000 integradas en las Fiscalías respectivas tienen reconocimiento estatutario y han sido objeto de una reglamentación orgánica y funcional en las Instrucciones de la FGE 3/2008 sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores de las Fiscalías y 1/2009 sobre la organización del servicio de protección de menores en las Secciones de Menores.

Respecto de los Abogados, el Consejo General de la Abogacía ha adoptado las disposiciones convenientes para que en los Colegios en que sea necesario se impartan cursos homologados de cara a la formación y especialización de los letrados en materia de menores.

En relación con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, la Disposición Final Tercera de la LORP dispone que será el Gobierno, a través del Ministerio del Interior y sin perjuicio de las competencias de las CCAA, quien adecuará las

plantillas de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial (GRUMES y EMUMES).

### **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Supone la necesidad atender no sólo al criterio de la gravedad del hecho, sino a las circunstancias del menor infractor y del delito y se diseña en los arts. 5 y 6 de las Reglas de Beijing como pauta de las facultades discrecionales conferidas a las autoridades, pues como ha dicho algún autor <sup>3</sup>, una justicia reeducadora, atenta a la rehabilitación del menor ha de atender al factor de la edad como indicador de un déficit de madurez y reflexión. Pero también ha de tomarse en consideración un haz de circunstancias como su nivel educativo, condición social, entorno familiar y social, relación con la víctima, circunstancias del hecho, actitud posterior....

Una concreta manifestación del principio de proporcionalidad en el sistema de Justicia Juvenil es la que hace referencia a su especialidad frente a la justicia penal de adultos, frente a la que ha de resultar ley más favorable. Conforme a ello, el art. 8.2 de la LORPM, dispone que *“la duración de las medidas privativas de libertad no podrá exceder en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se hubiere impuesto por el mismo hecho si el sujeto hubiera sido mayor de edad”*

Para nuestro TS este principio opera como límite a la discrecionalidad judicial otorgada en materia de menores, imponiendo una ponderación entre la gravedad de los hechos y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si el autor fuera un adulto (STC de 14 de febrero de 1991).

### **PRINCIPIO ACUSATORIO**

Entendido como la necesidad de diversificar la función de investigación y acusación de las funciones de garantía de derechos y enjuiciamiento, este principio rector en el proceso de adultos, opera con mayor rigor en el de menores en el que la instrucción se atribuye al Ministerio Fiscal (art. 16 LORPM). Si el Fiscal no formula acusación (alegaciones) el Juez no puede ni dictar sentencia ni abrir el juicio, sin que la personación del ofendido baste para suplir la inactividad del Fiscal en este sentido.

El principio opera al límite en el art. 8 LORPM según el cual, *“el juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal”*.

Implica también las prohibiciones de que el Juez de Menores condene por delito distinto al que invoca la acusación y de *“reformatio in peius* de forma que

---

<sup>3</sup> FABIÁ P. “Las especialidades del procedimiento de menores con relación a los principios del proceso penal” en “Los Principios del Proceso Penal CEJ 1992

en vía de recurso el menor recurrente no puede ver empeorada su situación, salvo que la acusación haya formalizado también recurso.

### **PRINCIPIO DEL INTERÉS DEL MENOR**

Recogido en el art. 3 de la Convención de 1989, en el CC y en el 2 de la LOPJM de 1996, este principio ilustra la hermenéutica de todo el Derecho de menores. Implica la primacía de los intereses del niño en su desarrollo sobre cualquier otro interés legítimo concurrente. En el ámbito del proceso penal de menores esto conlleva la obligación de investigar la concreta situación psico-social del menor, tarea que se encomienda a profesionales integrados en un Equipo Técnico.

Dado que el interés del menor no se mide sólo en criterios materiales, sino priman las consideraciones afectivas, emocionales o morales, este principio se liga a la tendencia del sistema a la evitación de la estigmatización del menor que se considera inherente a la denuncia, la imputación y el proceso – lo que tiene particular expresión en las limitaciones a la publicidad y el refuerzo de las obligaciones de confidencialidad -, a la garantía de la constante asistencia del menor por parte de sus padres o representantes legales durante la tramitación del proceso, y al escrupuloso respeto de todos sus derechos fundamentales, particularmente al honor, la intimidad y la propia imagen.

### **EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD PROCESAL**

Aunque el art. 120.1 CE dispone que “*las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevén las leyes de procedimiento*” y en parecido sentido, por considerarse garantía de los derechos del acusado, se muestran el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 8 de las Reglas de Beijing, en el proceso penal de menores se hace necesaria la combinación de la publicidad de los debates procesales con la obligación de reserva y confidencialidad sobre los datos concernientes a la vida personal del menor infractor o eventuales víctimas menores.

Esto es así por los riesgos de la estigmatización que subraya la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007 *sobre delincuencia juvenil, papel de la mujer, la familia y la sociedad* (2007/2011(INI)) al considerar en su preámbulo que la delincuencia juvenil es en sí más peligrosa que la de adultos al afectar a un especialmente vulnerable sector de la población durante los años formativos de desarrollo personal, exponiendo a los menores en una fase muy temprana al riesgo de exclusión social y estigmatización

Se prohíben por ello todas las informaciones que permitan la identificación de un menor delincuente. Concretamente, el art. 24 LORPM autoriza el secreto del expediente, como garantía del buen resultado de las investigaciones. Debe

acordarlo el Juez sólo a instancia de parte (incluso del menor o su familia y la acusación particular) en auto motivado en el que debería fijarse la duración máxima sin perjuicio de la posibilidad de prórrogas, siempre antes de la formulación del escrito de alegaciones. Para la fase de enjuiciamiento el art. 35 dispone que a las sesiones de la audiencia *sólo concurrirán las personas expresamente designados en dicha norma*. En todo caso, salvo circunstancias excepcionales debiera admitirse la presencia de la víctima y de sus familiares.

En su segundo párrafo, el mismo art. 35 LORPM establece que *en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación*”, limitación que parece también aplicable a los supuestos en que el imputado hubiera alcanzado ya la mayoría de edad pues como pone de relieve DE LA ROSA CORTINA<sup>4</sup> sigue subsistiendo la misma *ratio*: que las infracciones cometidas durante la minoría de edad no obstaculicen el proceso de desarrollo personal y la reinserción del menor infractor.

### **PRINCIPIO DE CELERIDAD**

El derecho de todo acusado a ser juzgado rápidamente (Declaración de Derechos de Virginia 1776), en un plazo razonable (art. 5.3 del CEDH 1950) o “sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) cobra especial vigor en el proceso penal de menores cuya finalidad educativa impone una conexión inmediata entre la consecuencia jurídica (medida) y el hecho cometido (delito o falta). La peculiar percepción que el niño y joven tienen del tiempo y los diferentes efectos que provoca en él el transcurso del tiempo hacen particularmente perturbadoras las dilaciones indebidas en el ámbito de la Justicia Juvenil.

La LORPM regula estrictamente los plazos de las distintas actuaciones procesales y debieran ser escrupulosamente respetados (Circular 1/2000) “*huyendo de la conformista aceptación de que los plazos legales resultan al fin y al cabo, inexigibles*”.

Se establecieron inicialmente plazos de prescripción más breves que luego se ampliaron en el caso de las faltas y hay que recordar que puede optarse por el sobreseimiento (art. 27.4 LORPM) cuando se considere inadecuada la intervención dado el tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos. Es esta una solución para evitar los efectos contraproducentes que pudiera tener la aplicación de una medida pedagógico-sancionadora que por el transcurso del tiempo resulte para el destinatario totalmente desconectada del hecho que la motivó.

Pese a todo, por deficiencias estructurales y sobrecarga de trabajo, se detectan dilaciones en la tramitación de las fases intermedia y de audiencia totalmente inadmisibles para cuya evitación se proponen varias soluciones:

---

<sup>4</sup> DE LA ROSA CORTINA JM. “Medios de comunicación, menores y proceso penal” en Curso sobre menores sometidos al sistema de Justicia Juvenil. Purchena 2009.

- La supervisión y agilización de las diligencias de notificación y citación que en la mayoría de las Secciones de Menores de las Fiscalías requerirá una mayor dotación de medios materiales y procesales, tanto en el personal administrativo de Fiscalías y Juzgados como en el integrante de los Equipos Técnicos. En este sentido, y desde la óptica de la necesaria modernización de la Justicia, todo apunta a la necesidad de un acuerdo institucional que permita el acceso de las Fiscalías al Sistema Común de Citaciones y Notificaciones de los decanatos de los Juzgados.
- Puesto que se constata que una de las principales fuentes de dilación reside en la elaboración de los informes de los ET, se impone un mayor control administrativo de los mismos (selección y cualificación del personal, régimen de vacantes y sustituciones, control de calidad del trabajo...) y, en su caso, un refuerzo de sus efectivos que permita una organización del trabajo rigurosa, responsable y coherente.
- Y no sólo propiciar sino arbitrar una comparecencia ante el Juez de Menores de Fiscal, Menor y Letrado, previa a la citación de la Audiencia para explorar si es posible una conformidad y en su caso, dejar constancia de la misma en el acta.
- En la fase de ejecución, es imprescindible reducir los tiempos de designación del profesional encargado de la ejecución y elaboración del programa. Las “listas de espera” para internamientos y cumplimiento de medidas deberían ser erradicadas habilitando los recursos que sean necesarios en la evitación de una respuesta tardía al menor infractor.

### **PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD**

La vigencia de este principio comporta el mayor margen de maniobra del Juez y del Fiscal a la hora de imponer y ejecutar las medidas impuestas en aras de la necesidad de adaptar la respuesta jurídica a la evolución de las necesidades del menor. El apartado A.6 de las Recomendaciones 2008 (11) de 5 de noviembre del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las reglas a seguir en relación con menores sujetos a medidas privativas de libertad, señala que *“En orden a adaptar la ejecución de las sanciones y medidas a las circunstancias particulares de cada caso, las autoridades responsables de la ejecución deberán tener un grado suficiente de discrecionalidad sin que de ella se deriven graves desigualdades de tratamiento”*.

En la II Parte Apartado C 27 se añade que *Dependiendo de los progresos logrados por el menor, la autoridad competente, cuando esté estipulado en la ley nacional, deberá estar autorizada para reducir la duración de cualquier sanción o medida, relajar cualquier condición u obligación impuesta en la sanción o medida, o bien, cancelarla.*

Se ha dicho con razón que este principio es una variante del principio de oportunidad<sup>5</sup> que permite reducir, modificar o cancelar la ejecución de la medida impuesta en razón del superior interés del menor. Ciertamente, la reforma 8/2006 comprometió significativamente la vigencia del principio al establecer períodos de seguridad en el cumplimiento de determinadas medidas de internamiento durante los cuales resulta imposible la modificación de la medida, lo que integra sin dudas el núcleo efectivo del endurecimiento legal.

En el marco de la flexibilidad del sistema Penal Juvenil se incardinan también las facultades de sustitución previstas para supuestos de evolución desfavorable e incluso para casos de quebrantamiento como son los contemplados en el art. 50.2 LORPM según el cual *si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el ET el Juez de menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.* El límite temporal en el tiempo que reste para el cumplimiento de la medida quebrantada opera como límite máximo pero no obliga a agotar el total del tiempo restante.

El precepto trata de dar una respuesta a los quebrantamientos de medidas en medio abierto, difíciles de ejecutar respecto de menores refractarios y se demuestra que está resultando de gran utilidad en la eficacia final de la intervención, pero no presupone que siempre y forzosamente haya de procederse a la sustitución toda vez que si se comprueba que una libertad vigilada está resultando ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos cabe también instar su cancelación

Con todo, esta previsión legal que supone una reforma “*in peius*” por lo fue objeto de múltiples críticas doctrinales y recelos sobre su constitucionalidad que han sido superados recientemente por el ATC 33/2009 de 27 de enero al negar cualquier objeción desde la perspectiva objetiva de la “certeza de la norma” o la subjetiva que remite a la previsibilidad de los efectos de su aplicación, en tanto la sustitución contemplada será siempre consecuencia del previo quebrantamiento. Sin embargo, el TC indica que la excepcionalidad que legalmente se predica del ejercicio de esta potestad remite a la realización del juicio de proporcionalidad en el momento aplicativo, siempre con los dos presupuestos de la realidad del previo quebrantamiento y la adopción de la decisión de sustitución en un procedimiento “*ad hoc*”.

Tras estas declaraciones del Tribunal Constitucional, la Fiscalía General del Estado, ha dictado la Circular 1/2009 para orientar la aplicación del precepto, haciendo hincapié en el análisis de los presupuestos del quebrantamiento y su cómputo, el procedimiento a seguir, y particularmente, la proporcionalidad que ha de justificar la sustitución, conforme con la Recomendación Rec (2008) 11 que, en

---

<sup>5</sup> DE LA ROSA CORTINA JM. “Los principios del Derecho Procesal penal de menores” Tribunales de Justicia/ Noviembre 2003 pag 28.

su punto I..A 5 dispone que *la imposición y ejecución de sanciones o medidas...deberá estar...limitada por la gravedad de los delitos cometidos.*

La Circular pone de relieve cómo una primera manifestación de esta exigencia la aporta expresamente el propio art. 50.2 al establecer que el internamiento en centro semiabierto no podrá superar el tiempo que reste para el cumplimiento de la medida sustituida. En la misma línea, la Recomendación Rec (2008) 11 punto 48.4, sugiere que *cuando se considere la revocación o modificación de una medida no privativa de libertad deberá tenerse en cuenta el tramo de medida que el menor ha cumplido ya a fin de asegurar que la medida nueva o modificada sea aún proporcionada al delito.*

La segunda manifestación de la misma exigencia de proporcionalidad se encuentra claramente implícita en el sistema e impide la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra de internamiento en régimen semiabierto cuando el delito primeramente cometido no hubiera podido ser legalmente sancionado con privación de libertad, por no estar prevista en el CP pena de la misma naturaleza. La conclusión es evidente si se atiende a que el quebrantamiento que motiva la sustitución no conlleva privación de libertad y al hecho de que la duración de las medidas privativas de libertad no podrá exceder en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se hubiere impuesto por el mismo hecho si el sujeto hubiera sido mayor de edad (art. 8.2 LORPM).

Por supuesto, la Circular recuerda la posibilidad de que tras la sustitución, la evolución favorable del menor haga procedente un nuevo “progreso” a la libertad vigilada, a otras medidas de menor gravedad o incluso a la cancelación anticipada, y recomienda a los Fiscales que en los casos de sustitución por quebrantamiento, aunque en principio, éste delito debiera dar lugar a nuevo procedimiento, ponderen la conveniencia de optar por el desistimiento del art. 18 LORPM.

## **PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN SOCIAL EN LA EJECUCIÓN**

Ha sido sobre todo la doctrina norteamericana la que aporta experiencias ilustrativas sobre la imposibilidad de reducción de la delincuencia mediante meros programas o acciones de carácter estatal, y la necesidad del concurso de la sociedad civil sobre el que las Administraciones ha de mantener un alto nivel de supervisión y control.

Como indica el Comité de Ministros en la Recomendación 2008 (11) A. 15 *Todo el sistema justicia juvenil deberá seguir un enfoque multidisciplinar con participación plural de las agencias y entidades públicas y deberá estar integrado con iniciativas sociales amplias para los menores a fin de asegurar un abordaje global y la continuidad del tratamiento de estos menores, bajo los principios de participación de la comunidad y de tratamiento continuado.*

La idea parte de la necesidad de corresponsabilización de la comunidad en las tareas de educación y resocialización de los menores que recoge el art. 25 de las

Reglas de Beijing y entre nosotros, el art. 45.3 LORPM al prever la participación social a través de convenios con entidades privadas sin ánimo de lucro.

Las tendencias en Europa van más allá cuando la Recomendación (A. 149) insiste en que *Todo el sistema de justicia juvenil deberá tomar en la debida consideración los derechos y responsabilidades de los padres y guardadores legales y deberá involucrar a los mismos en el procedimiento y en la ejecución de medidas o sanciones, salvo si ello no es conforme con el superior interés del menor.....Los miembros de las familias extensas de los menores y la comunidad en sentido amplio podrán participar en el procedimiento cuando se estime apropiado.*

Manifestaciones de ello tenemos en las medidas de tratamiento educativo, psicológico o terapéutico impuestas en casos de violencia familiar en cuya ejecución ha de participar al menos en algunas fases, la familia del menor infractor.

Quizá en este aspecto cobran relieve las recomendaciones finales del Comité de Consejo de Ministros sobre la necesidad de facilitar a los medios de comunicación y al público en general informaciones fácticas sobre las condiciones de privación de libertad de los menores, sobre las decisiones adoptadas para ejecutar las medidas o sanciones comunitarias, así como sobre los objetivos de las medidas y sobre el trabajo del personal encargado de ejecutarlas, a fin de fomentar una mejor comprensión del papel de tales sanciones o medidas en la sociedad.

Se dice igualmente que las autoridades responsables deberán ser incentivadas para la publicación de informes periódicos sobre los avances en centros de menores y en la ejecución de medidas o sanciones, y por otra parte, los medios de comunicación y las personas con interés profesional en asuntos relativos a menores deberán tener acceso a los centros de internamiento de menores, siempre con la suficiente protección y garantía de la privacidad y demás derechos de éstos.

### **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

En el proceso penal de menores no se atiende de forma inflexible como en el de adultos al principio de legalidad que ata las decisiones judiciales. En buena medida rige el principio de oportunidad que sin embargo, no aparece “ex novo” en este ámbito, sino se inserta en la convicción generalizada de insuficiencia o fracaso del proceso para lograr la prevención general y especial de los delitos, para reducir las cifras de delincuencia, y sobre todo, para procurar una satisfacción completa de la víctima.

En este contexto de insuficiencia del proceso surge el principio de oportunidad implicando un doble replanteamiento:

1º Del fundamento de las sanciones penales. Para quienes fundan el *ius puniendi* en sentimientos de justicia, no existe más criterio que la legalidad conforme a la que todo delito ha de ser castigado. Para quienes el fundamento del derecho del Estado a castigar descansa en razones de utilidad social, será factible la renuncia a la imposición del castigo legal por razones de interés general.

2<sup>oa</sup>) Del papel de la víctima. Ciertamente la víctima había desaparecido en la dogmática procesal tradicional orientada prioritariamente hacia el autor del delito y sus derechos y garantías frente a la acusación. Como reacción, han surgido posturas radicales que pretenden la instauración de un sistema de justicia participativa y compensatoria que proceda a una devolución del conflicto a la víctima y en el que se propicien soluciones alternativas desde una reparación material o simbólica y una conciliación entre autor y víctima, a otras que parten de la integración de la víctima con el sistema penal vigente y hablan de la reparación como medio para la consecución de fines penales preventivos.

El principio de oportunidad se define como aquél por el que se atribuye a la autoridad encargada de la acusación oficial, esto es, al Ministerio Fiscal, la facultad de no ejercitar la acción penal, pese a existir un hecho que reviste los caracteres de delito y estar identificado su autor, siempre que concurren determinados presupuestos y requisitos legalmente establecidos.

El objetivo final de la derivación es propiciar la desjudicialización y evitar la intervención innecesaria y el estigma inherente al proceso y la condena en casos de infracciones menores e infractores “primarios”. En este marco el principio de oportunidad se funda en la naturaleza de un sistema que por carecer de finalidades vindicativas y perseguir sólo la restauración del daño y la resocialización del infractor, carece de sentido cuando esta finalidad ya se ha conseguido o puede conseguirse por otras vías.

Aunque no sea éste el objetivo primordial, existe también un fundamento en la economía de recursos, pues a través del desistimiento y la derivación se consigue además reservar el proceso penal juvenil – recurso escaso - para los casos de mayor gravedad.

Por ello en su origen, el principio de oportunidad se presenta con dos finalidades diversas: de un lado para la disminución de la sobrecarga de trabajo mediante la despenalización de la criminalidad de bagatela y de otro, para ofrecer a las víctimas y al delincuente una respuesta alternativa a los procedimientos judiciales.

La implantación del principio de oportunidad no ha estado exenta de críticas por diversas razones entre las que destacan:

- A) La aparente oposición entre legalidad-oportunidad. En realidad se trata de referencias complementarias, pues la oportunidad se ejercerá cuando, *con arreglo a la ley*, se considere procedente.
- B) El supuesto antagonismo entre oportunidad e igualdad. Sin embargo, tratándose de una oportunidad reglada y establecerse por Ley los presupuestos y requisitos, se prevé un tratamiento general idéntico para casos análogos, cuyas condiciones de aplicación son, más que previsibles, conocidas de antemano.

En los modernos sistemas de Justicia Juvenil, el principio de oportunidad ha sido adoptado con menos polémica, convirtiéndose en uno de sus principios informadores, que obedece a la búsqueda de alternativas a los fallos y fracasos del sistema en relación con las especificidades que introduce la edad de sus destinatarios. Esta más fácil implantación se ha visto favorecida muy particularmente por:

- Los planteamientos de la criminología de fines del siglo pasado en los que se recurre al “carácter episódico” y de la “escasa gravedad” de la criminalidad juvenil , para legitimar el principio de la diversificación, y tratar de evitar o reducir la reacción estatal, como innecesaria frente a conductas antisociales que se consideran fenómenos propios de la edad que desaparecen espontáneamente en los adultos. En este discurso, la no-intervención logra ejercer sobre el destinatario de la norma una mayor presión, en tanto le hace ver que la sociedad alberga una fuerte esperanza de que en el futuro se mantendrá dentro del comportamiento apropiado<sup>6</sup>.
- La necesidad de conjugar el modelo de responsabilidad, con el interés del menor y el carácter educativo de la respuesta penal obliga a debilitar e incluso suprimir ciertos límites orientados a satisfacer las demandas vindicativas y preventivo generales que rigen incondicionalmente en el ámbito de los adultos.
- El art. 40.3.c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, insta a los Estados Partes a examinar *“siempre que sea apropiado, la conveniencia de tratar a esos niños (acusados o culpables de infringir las leyes penales) sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las salvaguardas jurídicas”*
- La regla 11.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conmina a los Estados participantes a *“examinar la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes ... para que los juzguen oficialmente”* y en la regla 11.2 que *“la policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas”*. En la Regla 6 se dispone que *“...se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores,*

---

<sup>6</sup> FRIEDER DUNKEL, Reacciones en los campos de la administración de justicia y de la pedagogía social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea. Cuadernos de Derecho Judicial 2000, y añade “el infractor de la norma se ve comprometido mediante una prestación previa unilateral, al modo de un credito que le concede la sociedad, a guardar una especial fidelidad a las normas.

*incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones”.*

- La Recomendación n.º 20 (87) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, aconseja a los Gobiernos de los Estados Miembros a *“alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación.. a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de Justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección de la infancia a la aplicación de estos procedimientos”* y la número 18 (87), donde se sugiere la adopción o ampliación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, conforme al contexto histórico y a la Constitución de cada uno de los Estados, con el fin de paliar retrasos en el curso de los procesos penales y acelerar y simplificar la justicia penal definiendo el principio de oportunidad como *“la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado”*

Las expresiones del principio de oportunidad en el proceso penal de menores se encuentran en las facultades de desistimiento de la incoación del expediente (art. 18LORPM) y los supuestos de sobreseimiento del art. 19 (incluyendo el 27.4 que se remite a él.)

EL DESISTIMIENTO DEL ART. 18 LORPM.- Es la variante más *radical* del principio de oportunidad que atribuye al Fiscal instructor la facultad, de renunciar a la incoación de expediente, siempre dentro de los presupuestos legales establecidos, pero sin que su valoración venga supeditada a una conducta del menor o a una propuesta del Equipo Técnico, como ocurre en los casos de los arts. 19 y 27-4.

La LORPM sitúa el desistimiento de la incoación de expediente de reforma de menores bajo la rúbrica de la *corrección en el ámbito educativo y familiar”*, pero luego no vuelve a referirse a ese ámbito, tal vez tratando de evitar que la incoación del expediente al menor pueda depender de los mayores o menores recursos económicos de su familia.

Los requisitos del desistimientos son:

1º *Que los hechos constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas”*

- A las faltas, no les es aplicable la limitación de la ausencia de violencia o intimidación en las personas.
- Respecto del delito, se exige:
  - Que sean menos graves atendiendo a su pena.
  - Que en su ejecución no se haya utilizado la violencia o intimidación en las personas.
- 2º *Que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza”*

Sin ser nombrado comparece aquí un concepto de reincidencia que es preciso interpretar para determinar cuestiones como la de si se exige una sentencia condenatoria o basta con que el menor haya cometido anteriormente hechos constitutivos de infracción penal, o la de si cabe tomar en consideración los antecedentes cancelados o en su caso, los hechos prescritos.

Parece más adecuado entender la frase “*hechos de las misma naturaleza*” referida a los hechos constitutivos de delitos menos graves sin violencia o intimidación y faltas, comprendiendo que los hechos podrían ser también delitos graves y sería absurdo que se pudiera desistir en estos casos.

Así los hechos constitutivos de delito grave o menos grave con violencia o intimidación, impedirán en todo caso el desistimiento con independencia de la naturaleza. Los constitutivos de delito menos grave sin violencia o intimidación o de falta, impedirán el desistimiento cuando sean de la misma naturaleza, (cuando lesione el mismo bien jurídico de modo semejante a como lo ha lesionado el delito actual).

Con independencia de los requisitos y límites legales para el ejercicio por el Fiscal de la facultad de desistimiento y de los tipos penales que más se presten a ello, debe atenderse, como pauta general, al carácter puntual de la infracción y a que por su propia naturaleza no denote la presencia en el menor de factores criminógenos subyacentes, sino que responda más bien a una conducta antisocial aislada propia de la adolescencia.

Se observa que<sup>7</sup> incluso un mismo tipo delictivo puede ser adecuado o no para el ejercicio de la facultad de desistimiento en función de la mayor o menor energía o potencialidad criminal que despliegue el autor para su comisión, de la misma forma en que el fundamento de la distinción entre un hurto y un robo con fuerza en las cosas y el diferente tratamiento punitivo de uno y otro delito radica en que en el robo el autor debe desplegar una mayor energía criminal para salvar los obstáculos con los que el dueño pretende custodiar el objeto de su propiedad.

**EL SOBRESEIMIENTO DEL ART. 19 LORPM.-** Una vez incoado el Expediente, el Fiscal, si concurren determinados presupuestos (art. 19 y 27.4), puede decidir no ejercitar acción penal y por tanto impedir la continuación del proceso. renunciando al proceso y a la imposición de medidas de contenido sancionador-educativo, pero sin abandono de la necesaria intervención educativa que se procurará articular por medios de naturaleza extraprocesal.

El art. 19 LORPM arbitra las llamadas soluciones “extrajudiciales” para dar respuesta puntual a ilícitos penales igualmente puntuales que pueden ser cometidos por menores. Siendo esencial una adecuada ponderación de hecho y del menor, es preciso que sea previamente estudiado por el Equipo Técnico, cuyas conclusiones

---

<sup>7</sup> GARCÍA INGELMO F. “Principio de oportunidad: pautas de aplicación; Desistimientos; Soluciones extrajudiciales” Ponencia en las Jornadas de Fiscales Especialistas de Menores de Segovia. 2 y 3 de Noviembre de 2008.

condicionarán la medida aunque no vinculen la decisión del Fiscal. El cometido del ET no se limita a estudiar la posibilidad de que se realice una actividad reparadora o de conciliación, sino extiende a las funciones de mediación e información del compromiso. Debe por tanto:

- elaborar el informe psicológico, educativo, familiar y social
- proponer una intervención socio-educativa sobre el menor, sin el carácter de medida sancionadora educativa propio de la que se impone en Sentencia
- informar la posibilidad de la actividad reparadora o conciliatoria entre el menor y la víctima
- proponer en su informe la conveniencia de no continuar con el expediente.

Como único presupuesto de este sobreseimiento se exige que al menor se le impute un hecho que constituya falta o delito menos grave. La LORPM orienta al Fiscal para el ejercicio de esa facultad, diciendo que se atenderá a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y “*de modo particular*”, refiriéndose a la ausencia de violencia o intimidación graves, a la existencia de conciliación, y de compromiso de reparación ó de cumplir la actividad educativa propuesta por el E.T.

Para la mayoría de los autores la conciliación, reparación o actividad educativa son requisitos alternativos. Y ciertamente, lo normal será que se solicite el sobreseimiento cuando alguno de estos supuestos se dé, pero en realidad lo que prima es que el menor se implique voluntariamente e intente dar soluciones a su conducta anterior, es decir un comportamiento que entra dentro de la expresión genérica “circunstancias del menor” y que no se agota en esos supuestos.

Este tipo de “soluciones”, a diferencia de los desistimientos, suelen tener gran aceptación social, especialmente por parte de las víctimas, que aprecian que se les tiene en cuenta y no se les soslaya, como tradicionalmente ha venido ocurriendo dentro del Derecho Penal, ofreciéndoles la posibilidad de ser resarcidas y obviando al tiempo el proceso, con la carga de victimización secundaria que lleva implícita. Y desde la perspectiva del infractor la última ventaja apuntada es esencial, permitiéndole evitar el procedimiento con toda la carga estigmatizante que puede suponer para un menor y para su familia.

El art. 19 recoge tres comportamientos a realizar por el menor expedientado, con la mediación del E.T, que demuestran su intención por solucionar el conflicto que originó su conducta:

#### Conciliación:

La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado

y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. No exige propiamente el arrepentimiento sino el reconocimiento por parte del menor del daño causado y la presentación de disculpas ante la víctima, que ha de aceptarlas.

Si la víctima no acepta las disculpas se equipara el supuesto a los casos en que la conciliación no ha tenido lugar por causas ajenas a la voluntad del menor.

### Reparación:

En este caso, el acuerdo con la víctima no descansa en la satisfacción psicológica, sino en un plus efectivo porque el menor ha de ejecutar el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

. El art. 19 LORPM, *se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva*”.

El menor debe responsabilizarse de su conducta reconociendo la causación de un daño y comprometiéndose a repararlo mediante la realización de una conducta contraria, que en principio será beneficiosa para la víctima. Subsiste aquí la responsabilidad civil, porque no se trata de prestaciones de contenido económico, que dejarían sin sentido este precepto y atentarían contra el principio de igualdad, al dificultar la aplicación a personas que carezcan de medios económicos e inversamente ofrecer una vía de escape a los que los tienen.

El compromiso del menor debe estar seguido de su realización efectiva, por tanto sólo se tendrá por practicada la reparación cuando el menor realice de forma satisfactoria aquello a lo que se obligó.

#### - Actividad educativa

Sea cual sea el contenido que se le dé, ha de huirse de la asimilación de este tipo de soluciones adoptadas al amparo del principio de oportunidad con las medidas-sanción por el mismo riesgo apuntado de que sin un fallo de culpabilidad se imponga al menor una reacción similar a la propia de la medida de realización de tareas educativas, tal como ocurre en algunos países donde por vía de desjudicialización pueden imponerse verdaderas sanciones<sup>8</sup>.

En este supuesto ya no tiene intervención la víctima del delito, y se trataría de un compromiso que adquiere el menor con el E.T., quien tras reconocer su conducta contraria a la norma, y la necesidad de un apoyo socio-educativo, se

---

<sup>8</sup> GARCIA PEREZ, Octavio, La evolución del sistema de justicia penal Juvenil. Act. Penal , Rev. N.º 32. Para evitar el riesgo propone que la actividad educativa debería de limitarse a la participación en las actividades propias del centro educativo del que este adscrito el menor (acudir a las clases si se ha venido ausentando, inscribirse en alguno de los programas ofertados por el centro al margen de la enseñanza reglada etc.

obliga a la realización de ciertas actividades determinadas por ese E.T. Se asimilan al cumplimiento los casos donde el compromiso adquirido no puede llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor.

Finalmente, el art.27.4 LORPM prevé la posibilidad de que el ET proponga la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado ya suficientemente expresado el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados o por considerar inadecuada cualquier intervención dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, *si se reunieran los requisitos previstos en el art. 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor”*

En realidad nos encontramos ante el mismo motivo de sobreseimiento señalado al hablar del art. 19, las circunstancias de los hechos y del menor, recogándose en este caso como supuestos:

- *El haber sido expresado suficiente reproche al menor a través de los trámites ya practicados, en congruencia con la intención expresada en la Exposición de Motivos de evitar al menor, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el proceso pudiese llegar a producirle.*
- *El considerarse inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.* Ello es consecuencia de todo el aspecto educativo que rodea a la Jurisdicción de menores, ya que es mejor no intervenir que hacerlo a destiempo. una intervención tardía puede ser inútil o contraproducente. La celeridad en las respuestas de la jurisdicción de menores de menores es un factor clave para el éxito o no de una intervención ya fuere como solución extrajudicial o como medida judicialmente impuesta. Es un hecho aceptado y comúnmente repetido que, en esas edades tempranas de la pubertad un período dilatado de tan sólo unos meses, no tienen el mismo significado que en la vida de una adulto, sino que pueden suponer todo “un mundo”, pues las mutaciones en el adolescente se suceden a ritmo vertiginoso, de día en día y de semana en semana, pudiendo entretanto cambiar de grupos de amigos, de actividades, de gustos, formas de ocio, actitud ante la vida...De ahí que una intervención tardía muchas veces pueda ser desaconsejable. Como veremos,

Las consecuencias son las mismas previstas en el art. 19: el Fiscal a la vista del informe del ET que motiva y apoya la propuesta, puede optar por finalizar la tramitación del expediente y solicitar al Juez el sobreseimiento.

#### **IV.- LAS MEDIDAS IMPONIBLES**

La reforma operada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, ha introducido en la LORPM la posibilidad de imponer medidas más rigurosas que las previstas en su redacción inicial. Ello afecta a las manifestaciones leves puesto que el art. 9.1 el repertorio de medidas aplicables a las faltas, pero también a las de mayor gravedad. Se han incrementado también las posibilidades de remitir a los jóvenes condenados conforme a la legislación especial de menores a Centros Penitenciarios de adultos (art. 14 LORPM).

Las medidas imponibles en el ámbito de la Reforma de Menores, sean o no privativas de libertad, se fundan en la responsabilidad de los menores por la comisión de delitos y faltas regulados en la Ley Penal, porque el menor de 14 años a 18 años no es inimputable, sino responsable; y no se trata pues de una responsabilidad meramente psicológica o formulada a efectos de los tratamientos asistenciales, sino jurídico-penal. Se encuentra formalmente regulada en las leyes penales ordinarias (CP y leyes penales especiales) y se exige conforme a la LORPM, en lo que será un auténtico juicio de culpabilidad, en el que incluso será posible apreciar causas ordinarias de exención de responsabilidad por ausencia de culpabilidad. Pero es materialmente diferente de la regulada para los adultos en aquellas leyes, en tanto que aunque se habla de conductas merecedoras de reproche, al menor no se le formula un juicio como al adulto: esto es, no se le puede formular un juicio de culpabilidad con consecuencias retributivas porque carece de capacidad para motivarse u orientarse en el respeto a las normas y bienes jurídicos que es la esencia de la plena imputabilidad. De ahí que, sea nuclear el derecho de todo menor infractor a que toda medida que se le imponga tenga como fin primordial su educación.

Las medidas imponibles en el sistema de JJ tienen una naturaleza híbrida educativo sancionadora. Incluso las medidas más próximas al concepto tradicional de pena, los internamientos en régimen cerrado, en las se pueden detectar finalidades preventivo-generales, han de conllevar un programa educativo y desplegarse con la exclusiva finalidad de reinserción del menor infractor. Pero en casos de criminalidad grave cometida por mayores de 16 años en que ha de imponerse preceptivamente el internamiento cerrado y en su ejecución se establece un período de seguridad, no es fácil hallar una diferencia ontológica entre pena y medida y esto se evidencia en la posibilidad legalmente ofrecida de continuar su ejecución en Centro penitenciario común tras el cumplimiento de los 18 años y la necesidad de hacerlo así tras el cumplimiento de los 21 años.

Ahora bien, el resto de las medidas previstas en nuestra LORPM, que son aplicadas en la inmensa mayoría de los casos, tienen una naturaleza más próxima al concepto de medida de seguridad que al de la pena en tanto se basan en las

circunstancias psico-socio-educativas del adolescente infractor y en cuanto son esencialmente modificables en función de su evolución.

### **Las medidas comunitarias o no privativas de libertad**

Responden en su diseño y finalidad a una serie de criterios que sistematiza la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2008)<sup>11</sup>:

a) **Prioridad.**- Han de considerarse preferibles a la hora de elegir la intervención sobre el menor infractor, porque pueden tener un mayor impacto educativo y constituyen una respuesta restaurativa a los delitos cometidos por los menores.

b) **Comprensión y cooperación.**- Las características de estas medidas deben estar establecidas en la ley siendo obligación de las autoridades explicar y aclarar sus contenidos y objetivos, tanto a los como a sus padres o guardadores legales, buscando el máximo posible de cooperación con los menores infractores y sus padres y guardadores..

c) **Judicialización.**-La imposición o revocación de estas medidas debe ser adoptada judicialmente o bajo estricto control judicial.

d) **Indemnidad de los derechos de los menores.**-Los derechos de los menores en relación con la educación, formación profesional, tratamientos médicos y derechos de seguridad social no quedarán limitados por la imposición o ejecución de las sanciones o medidas comunitarias.

e) **Límites a su sustitución desfavorable.**-El incumplimiento por los menores de las condiciones y obligaciones de las sanciones o medidas comunitarias que les hubieren sido impuestas, no debe llevar automática a la privación de libertad. Cuando sea posible, las primeramente impuestas serán reemplazadas por sanciones o medidas comunitarias nuevas o modificadas.El fracaso en el cumplimiento no debe automáticamente ser constitutivo de delito.

La naturaleza jurídica de las medidas imponibles en el sistema de Justicia Juvenil viene condicionada por la convicción generalizada sobre la inadecuación de la pena como respuesta a la infracción cometida por quien en razón de su edad no ha alcanzado el desarrollo de su personalidad.

Con carácter general, estas medidas se ajustarán a ciertas condiciones específicas ejecución. Así,

- Se ejecutarán de modo comprensible y que tenga sentido para el menor de forma que contribuya a su desarrollo educativo y refuerzo de sus habilidades sociales.
- Los menores deberán ser animados a discutir cuestiones relativas a la ejecución de estas medidas y a comunicar con las autoridades sobre estos asuntos.
- La ejecución deberá respetar al máximo las preexistentes relaciones sociales constructivas del menor y las relaciones con su familia.

- Deberán ser informados claramente de cómo serán ejecutadas las medidas comunitarias que se les hubieran impuesto
- Tendrán derecho a hacer protestas formales verbalmente o por escrito
- La información sobre menores facilitada a organismos que vayan a proporcionar plazas formativas o laborales o asistencia personal y social estará limitada al objeto de las concretas actividades que se vayan a tomar en consideración.
- Las condiciones en las que los menores desempeñen prestaciones en beneficio de la comunidad u otras obligaciones similares deberán alcanzar estándares establecidos legalmente sobre seguridad e higiene.
- Los menores deberán estar asegurados frente a accidentes, lesiones y responsabilidad frente a terceros.
- Los costes de la ejecución no deberán ser de cargo del menor o su familia.
- Las relaciones entre el personal de ejecución y los menores deberán estar guiadas por el personal de educación y perfeccionamiento.
- Ajuste a evaluaciones individuales y métodos de intervención profesionalizada, a la luz de innovaciones generadas por investigaciones y buenas prácticas en trabajo social, bienestar de la juventud y campos análogos de actuación.
- Enfoque multidisciplinar (antecedentes familiares, terapia de grupo, tutorías....)
- Las restricciones a la libertad deberán ser proporcionadas a la medida o sanción, limitadas por sus objetivos y sólo podrán imponerse a los menores en la extensión necesaria para su adecuada ejecución
- Siempre que sea posible deberá mantenerse una relación continuada y duradera entre el personal encargado de la ejecución de las medidas y el menor, incluso en casos de cambio de residencia, estatus legal o de la intervención.
- Especial atención a intervenciones con minorías étnicas o lingüísticas y con menores extranjeros.
- Alentados a reparar lo mejor que puedan cualquier daño o efecto negativo causado por el delito, siempre que la reparación esté dentro del ámbito de las medidas o sanciones comunitarias a las que estén sometidos.
- El trabajo comunitario no debe ser concebido con el propósito único de generar una ganancia.

El repertorio de estas medidas no privativas de libertad en nuestra LORPM:

Amonestación y advertencia: Esta medida cuya competencia no ha de delegar el Juez de Menores que hubiera conocido el asunto, se dirige a que el menor comprenda la importancia del hecho y sus consecuencias para que no vuelva a cometerlo, esto es, a imbuirle la conciencia crítica y las actitudes socializadas de futuro. Para ello serán precisas ciertas habilidades en el Juez pues

ha de combinar la energía con el respeto al menor y sus derechos, a su personalidad concreta y a sus necesidades de motivación. En este sentido, puede ser esencial la previa información psico-social del Equipo Técnico.

En todo caso, el Juez eludirá todo tecnicismo jurídico y empleará un lenguaje claro y sencillo, asegurándose de ser comprendido por el destinatario.

Aunque el tiempo de su duración no está legalmente determinado y dependerá de las necesidades de motivación del menor, nunca ha de ser excesivamente largo, teniendo en cuenta la unidad de acto. Esto es, la amonestación no puede deferirse a varias sesiones y en todo caso, requerirá puerta cerrada y contacto personal entre el Juez y el menor, ya que la propia naturaleza de la medida y sus fines educativos la hacen incompatible con la publicidad.

Lógicamente, sí ha de estar presente el Fiscal, pero no es tan clara la necesidad de la presencia del Letrado en tanto que se trata de un acto de ejecución. Tampoco es exigible la presencia de los padres, representantes del menor (entidad pública), aunque sí será especialmente recomendable la presencia del miembro del equipo técnico que compareció a la audiencia o juicio y la del profesional encargado de la ejecución.

La escasa entidad de esta medida la hace desaconsejable en general para supuestos de cierta gravedad desde la perspectiva de la proporcionalidad. A ello debe añadirse que difícilmente justificará el despliegue procesal que se exige para llegar al juicio y la sentencia. Los casos que “a priori” reclamaran una mera amonestación, deberían ser objeto del principio de oportunidad.

La privación de permisos y licencias]; la privación del permiso de conducir ciclomotores a vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente [art. 7.1 m) de la LORPM]; o la inhabilitación absoluta, consistente en la privación definitiva de todos los honores, empleos o cargos públicos o la incapacidad para adquirir los mismo durante el tiempo que dure la medida [art. 7.1 n) de la LO].

#### - La libertad asistida o vigilada

A través de la libertad vigilada se somete al menor en su propio medio, a un seguimiento y control de sus actividades normales y a la intervención socio educativa de un profesional designado al efecto. Se trata de remover los obstáculos que impiden la maduración social del menor y dado su alto contenido educativo es una de las medidas más utilizadas en el sistema de Reforma de menores. Resulta particularmente adecuada para menores con carencias sociales o educativas que requieren una intervención prolongada en el tiempo para inculcar o ayudar a recobrar hábitos de integración social y alejar riesgos, sin perturbar el normal desenvolvimiento de su vida familiar y social.

En este sentido su ejecución debe orientarse a que el menor asuma las consecuencias de sus actos, a implicar a la familia en el cuidado y control del menor y en la imposición razonable y razonada de límites (horarios, hábitos de vida y trabajo....), la asistencia regular a la escuela y la selección de amigos y tiempo libre).

No tiene límite temporal, ni siquiera el de la duración de la pena que pudiera haberse impuesto en el caso de que los hechos hubieran sido cometido por un adulto. Puede incurrirse en desproporción, pero la inexistencia de limitaciones se explica atendiendo a la especialidad educativa de la medida, no equiparable a ninguna de las penas previstas en el CP. En todo caso, ha de tener una duración suficiente para permitir la estabilización del menor y mantener las posibilidades de influencia real sobre su evolución favorable.

La imposición de reglas de conducta es potestativa para el Juez, bajo un régimen flexible que es más bien de cláusula abierta. Es decir, se pueden establecer otras reglas de conducta distintas de las previstas en la ley, innominadas, siempre que: 1º estén orientadas a la reinserción social y 2º que no atenten a la dignidad del menor.

Ciertamente las reglas de conducta innominadas pueden ser contrarias al principio de legalidad penal, también rigurosamente vigente en el sistema de Justicia Juvenil. Es preciso evitar las prohibiciones incontrolables y la imposición de reglas que puedan atentar al honor o dignidad del menor. La CFGE 10/2005 para salvaguardar el principio de legalidad en la determinación de estas reglas de conducta aconseja “que su contenido quede definido con los contornos más precisos posibles al dictarse la sentencia, de modo que ésta contemple expresamente a cuáles de las reglas de conducta previstas en el art. 7 h) LORPM habrá de someterse el menor”. Pero se parte de que una condena genérica a libertad vigilada permite “determinar posteriormente, en ejecución de sentencia, la observancia de determinadas reglas de conducta no previstas inicialmente en la sentencia, porque es imprescindible para el eficaz desarrollo de la libertad vigilada una cierta agilidad y flexibilidad que permita al Juez acudir a la imposición y levantamiento de estas reglas de conducta, de acuerdo con la respuesta que el menor vaya dando en cada momento a las pautas del programa que progresivamente ha de ir cumpliendo.”

Si alguna de las reglas de conducta implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor para que se promuevan las medidas adecuadas a su protección.

Para la ejecución de la libertad asistida ha de designarse nominativamente a un técnico encargado de la ejecución y supervisión que elaborará los informes de seguimiento dando cuenta al Juez. Pero la elección del técnico educador, pese a ser esencial no corresponderá al Juez sino a la Entidad Pública. El técnico debe documentar el seguimiento de la evolución del menor mediante la emisión de

informes periódicos. Estos informes, ajustados al programa individualizado de ejecución de la medida, se dividirán, siguiendo las fases:

- Informe inicial en el que se marcan las carencias detectadas y los objetivos a cumplir.
- Informes de seguimiento; en los que se irán describiendo los progresos o dificultades en el cumplimiento de aquellos objetivos
- Informe final, en el que se expondrá el resultado global de la intervención.,

Lógicamente en todo el proceso deben respetarse los derechos del menor no limitados expresamente en el fallo condenatorio, en especial su derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia.

Cuando se detecten incumplimientos en los informes de seguimiento, podrá citarse al menor a una entrevista judicial en la que en su caso se le recuerden las consecuencias del incumplimiento (evolución desfavorable) o incluso del quebrantamiento (sustitución).

Por otra parte la libertad vigilada suele ser eficaz cuando se aplica en casos de suspensión de la ejecución del fallo pues el menor percibe que el incumplimiento en la libertad vigilada puede suponer automáticamente su ingreso en centro de internamiento, lo que refuerza el carácter coactivo de la intervención educativa.

#### La prestación de servicios a la comunidad

Consiste en la realización de actividades no retribuidas de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad, relacionadas fundamentalmente con la naturaleza del bien jurídico lesionado con el delito y que requiere el consentimiento del menor, por lo que parece concebida no como medida única sino como alternativa o complemento a otras medidas más gravosas que se impondrán de no obtenerse tal consentimiento. Será útil por tanto que en la sentencia se prevea expresamente la medida sustitutiva en caso de que el menor no cumpla o por cualquier otro motivo las prestaciones en beneficio de la comunidad no puedan ejecutarse.

La exigencia del consentimiento del menor asegura en parte la ejecución de la medida, pero restringe sus posibilidades de aplicación. Si el Juez la considera pertinente, interrogará al menor ya en el mismo acto de la audiencia (juicio o posteriormente, antes de imponerla, pero cabe también imponer la medida sin recabar el consentimiento previo, y sustituirla luego si el afectado se niega a cumplirla. En cualquier caso, la prestación del consentimiento es personal del menor y no puede otorgarse por sus representantes legales o procesales.

Es una medida particularmente indicada en delitos contra el patrimonio y especialmente daños, graffitis, actos de vandalismo y deslucimiento de bienes públicos o privados. También en determinados casos de acoso escolar, respecto de menores que no requieren una intervención global.

Cuando no quepa establecer la relación entre prestaciones y la infracción penal realizada habrá de elegirse una actividad que tenga un contenido socializador que permita una evolución favorable del menor. Esta fórmula tan abierta permite un amplio abanico de actividades cuyo despliegue exige la celebración de convenios de colaboración con organizaciones no gubernamentales y asociaciones sin ánimo de lucro e incluso empresas públicas y privadas. Es por ello una de las medidas que impone el criterio de participación de la comunidad en la ejecución, alentados expresamente en las Recomendaciones del Comité de Ministros del CE (2008) 11 de 5 de noviembre. Los servicios se prestan en entidades ajenas a la Administración con las que el menor tiene un contacto directo y que serán las destinatarias de su labor.

Por ello precisamente deberán emitir los correspondiente informes sobre el grado de cumplimiento de la prestación, así como sobre las deficiencias o factores de riesgo detectados.

También para la ejecución de esta medida habrá de designarse un profesional que se entrevistará con el menor para conocer sus características y posibilidades, su situación escolar y su entorno familiar y social, con la finalidad de determinar la actividad que se sea más adecuada. Le ofertará las distintas actividades existentes, indicando su contenido, los horarios y lugares posibles de realización.

Si el menor no aceptara las actividades propuestas o disponibles o no se pudieran variar las condiciones, el profesional designado lo pondrá en conocimiento del juez de menores a los efectos oportunos que serán ordinariamente la modificación o cancelación anticipada de las medidas, según las circunstancias del caso.

Como se ha dicho, las actividades, dado su fin pedagógico, no serán retribuidas, pero el menor o sus padres podrán ser indemnizados por los gastos de transporte y en su caso, manutención, salvo que estos servicios los preste dicha entidad o sean asumidos por la entidad pública. (Seguro).

Nuestra LORPM determina máximos de cumplimiento por módulos horarios. Si los hechos son falta, el máximo será de 50 horas. Si son delito, el tope serán 100 hora, salvo en supuestos de más gravedad, en los que se pueden imponer 200 horas a los mayores de 16 años, y 150 horas a los menores de 14 y 15 años. Se trata de topes máximos, pero como no se prevén topes inferiores, el Juez tiene un amplio margen de maniobra.

Las jornadas diarias no pueden exceder de 4 horas si se trata de menores de 16 años ni de 8 horas, si se trata de mayores de esa edad, pero en la determinación de la duración de las jornadas rige el principio de flexibilidad que aquí se encamina a compatibilizar la medida con las actividades escolares y cotidianas del menor que en ningún caso deberán verse afectadas cuando se refieran a la educación secundaria obligatoria

### Realización de tareas socio-educativas

Supone la obligación de realizar actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitar el desarrollo de sus habilidades sociales, aunque nuestra ley emplea la desafortunada expresión “competencia social”. Pero a diferencia de las tareas en beneficio de la comunidad, no requiere el consentimiento del menor.

Su ejecución también debe adaptarse a un programa individualizado que se elabora tras una entrevista con el menor determinante de la elección de la tarea: taller ocupacional, aula de educación compensatoria o de refuerzo, curso de preparación para el empleo, actividades de animación socio-cultural, deportivas.

### Alejamiento

Es una medida incorporada a la LORPM con la reforma de 2006 consistente en la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez. Impide al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar, así como a su domicilio, centro docente, lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicación impide al menor establecer con la víctima o sus familiares o personas determinadas por el juez, cualquier clase de contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación, informático o telemático.

Lamentablemente, en este diseño la medida carece de contenido educativo y parece orientarse exclusivamente a la protección de las víctimas. Hubiera sido más acorde con las finalidades de la intervención sobre menores diseñarla como regla de conducta de la libertad vigilada de forma que se integrase en el marco más amplio de una intervención pedagógica y no sólo defensiva.

Junto a la eficacia en el ámbito de protección de la víctima esta medida puede generar una situación de riesgo y desprotección del menor cuando implique la imposibilidad de vivir con sus padres, tutores o guardadores por ser alguno de ellos las personas de las que ha de alejarse. El Fiscal en tales casos deberá remitir testimonio a la entidad pública de protección y ésta promover las medidas adecuadas, ya sea la ubicación del menor con otros miembros de la familia extensa que lo acojan, ya sea su acogimiento residencial en centro de protección.

### Convivencia con una persona, familia o grupo educativo

Ordinariamente se considera una medida privativa de libertad en tanto obliga al infractor a convivir durante un período de tiempo determinado con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, previamente seleccionados para orientarle en su proceso de socialización.

Lógicamente es preferible recurrir a la familia extensa del adolescente siempre que preste su consentimiento, y limitar su duración temporal a la vigencia de las circunstancias que determinaron su adopción. El grupo educativo suele ser

un grupo reducido, próximo al hogar funcional aunque la expresión tiene mayor amplitud.

Pero en todo caso, la medida no lleva implícita la suspensión de la patria potestad o tutela que subsisten pese a la suspensión de la convivencia con el menor y se distingue de los internamientos que son medidas privativas de libertad que imponen la obligación de residencia en un centro con sometimiento a las actividades que se programen. Esta medida obliga a cambiar de residencia, pero se centra en la imposición de la convivencia, cuya dirección educativa se encomienda a determinada persona, familia o grupo. Difícilmente podrá concebirse su ejecución sin la conformidad del menor con la integración en la convivencia impuesta que implica vínculos y contactos personales incompatibles con la constricción.

En el momento de elegir la persona, familia o grupo educativo, se oirá al menor, cuya cooperación y actitud será esencial para el éxito de la intervención y en su caso, a sus representantes legales, así como a la persona, miembro de la familia o del grupo que hayan aceptado acogerlo y se atiende a sus condiciones personales y a su adecuación como guardadores y orientadores del menor.

Por lo tanto en su ejecución, el profesional designado, tras las entrevistas pertinentes, elabora un programa individualizado de ejecución en el que ha de constar la aceptación expresa de la convivencia por la persona, familia o grupo seleccionado, la disposición mostrada por el menor para la convivencia y la opinión de los representantes legales. En este programa han de modularse los contenidos de la convivencia en razón del proyecto de educación y resocialización del infractor.

#### Asistencia a un centro de día

Es una medida no privativa de libertad que mantiene al menor en su residencia habitual, pero le obliga a asistir a un centro plenamente integrado en la comunidad para realizar actividades educativas, formativas, laborales o de ocio que refuercen su competencia y habilidades sociales o compensen las carencias de su entorno familiar.

La entidad pública designará el centro de día más adecuado entre los más cercanos al domicilio del menor en los que exista plaza disponible y designará también al profesional que se entrevistará con el menor para evaluar sus necesidades y elaborar el programa de ejecución en el que constarán las actividades de apoyo, educativas, formativas laborales o de ocio que habrán de realizar, la periodicidad de la asistencia al centro de día y el horario de asistencia (que no es permanencia) y que deberá ser compatible con su actividad escolar si está en el período de enseñanza básica obligatoria y en la medida de lo posible con su actividad laboral.

#### Tratamiento ambulatorio

Es una medida no privativa de libertad para menores que precisan de programación terapéutica pero no de internamiento que trata de combinar la mínima restricción de libertad con el máximo de intervención terapéutica. Comporta la obligación de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos y de seguir las pautas fijadas para el tratamiento de la anomalía o alteración psíquica en los supuestos de adicciones o disfunciones psíquicas. Cuando se trata de tratamientos de deshabitación se requiere el consentimiento del menor cuya ausencia determinará la elección de otra medida. Tal consentimiento no será preciso cuando el tratamiento procesa por enfermedades o trastornos psíquicos o alteraciones de la percepción que son coercitivos. También se impone la obligación de sumisión a las pautas fijadas en el tratamiento.

La decisión sobre las asistencias y las pautas terapéuticas a seguir se encomienda a los facultativos y no al Juez de menores, dado el carácter estrictamente sanitario y terapéutico de la medida y del cuadro al que obedece. Tales pautas podrán incluir todas aquellas orientadas a neutralizar la adicción (analíticas, toma de fármacos, terapias individuales o colectivas, programas de deshabitación....).

La medida se aproxima a la de imposición de tareas socioeducativas, pero las reglas o instrucciones se relacionan aquí con la finalidad terapéutica. Con la libertad vigilada coincide en la regla de conducta que entraña el tratamiento ambulatorio, pero sin vigilancia de las actividades ni la ayuda continua. Tampoco hay restricción de libertad. Ciertamente que las pautas de los facultativos pueden contener ciertas prohibiciones, pero no podrán comprometer la libertad ambulatoria del menor. Cuando ello fuera necesario o conveniente para su tratamiento, habrá de conseguirse por otra vía: la prohibición de acudir a determinados lugares, o frecuentar determinados ambientes o personas, como regla de conducta de la libertad vigilada.

#### Internamiento terapéutico

Es ya una medida privativa de libertad en régimen cerrado, semiabierto y abierto para menores que precisan un contexto estructurado para la articulación de un programa terapéutico específico: adicción al alcohol o las drogas, alteraciones graves en la percepción, o trastornos psíquicos importantes. Comporta un deber de residencia en el centro del que el menor no puede ausentarse a voluntad. Los matices se refieren a los deberes de sumisión a las actividades terapéuticas que se programen en el centro.

Se impone cuando concurren las eximentes de los n<sup>o</sup>s 1, 2 y 3<sup>o</sup> del art. 20 CP.

Como privativa de libertad que es no puede exceder del tiempo por el que se hubiera impuesto la pena privativa de libertad por el mismo hecho, si el sujeto hubiera sido mayor de edad y declarado responsable conforme al CP (art. 8 LORPM).

Es preciso distinguir dos supuestos:

a) El tratamiento de trastornos psíquicos en el que se prescinde del consentimiento del menor para la imposición de la medida.

b) El tratamiento de las adiciones que requiere el concurso voluntario del menor para garantizar un mínimo de efectividad. Todos los tratamientos terapéuticos de deshabitación están concebidos legalmente bajo el prisma de la voluntariedad. Si el menor rechaza el tratamiento deberá acudir a otra u otras medidas. Si lo acepta inicialmente y lo rechaza posteriormente, convendrá suspenderlo y sustituirlo por otra medida más adecuada. Pues bien, el papel de los equipos técnicos de los juzgados y de los profesionales de los centros será fundamental para determinar, en estos casos, la capacidad o incapacidad para consentir del menor

En la medida de lo posible se procurará reducir a lo indispensable la medicalización en la ejecución de estas medidas, intentando que la intervención educativa cobre también protagonismo en la ejecución.

Con relación al contenido de la medida de internamiento terapéutico se apuntan dos líneas:

. Aquélla que aproxima el contenido de esta medida a la de internamiento en régimen semiabierto, en cuanto a la posibilidad de poder llevar a cabo algún tipo de actividad en el exterior que pueda favorecer la recuperación del menor en la problemática que dio lugar a la imposición de este tipo de medida. En este sentido no cabría el plantear esta medida como una medida de internamiento en régimen cerrado cuando en la comisión del delito no se haya empleado violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas.

. Cuando se declare la inimputabilidad del menor atendiendo a la problemática que presente, se adoptará esta medida como una medida de seguridad. En cambio, en los casos en que sí se declara la imputabilidad del menor infractor la medida de internamiento terapéutico tendrá carácter de medida sancionadora y rehabilitadora de la problemática que manifieste el menor. Es en estos supuestos cuando se podrá distinguir entre los casos en los que la medida haya venido motivada por algún tipo de alteración o anomalía psíquica, casos en los que sí se podría acercar el contenido de la medida a un internamiento en régimen cerrado.

Cuando el menor haya alcanzado los objetivos terapéuticos planteados para él durante el cumplimiento de esta medida y haya una mejoría constatada respecto a la problemática que motivó la imposición del régimen terapéutico, se podrá sustituir esta medida por otra más adecuada atendiendo a las nuevas circunstancias del menor.

En nuestro país, es evidente la necesidad de la existencia de Centros y profesionales especializados para la óptima ejecución de este tipo de medida.

## Permanencia de fin de semana

Es una medida privativa de libertad que puede cumplirse en el domicilio del ejecutoriado o en un centro de menores, que se acompaña de la imposición de tareas socioeducativas y que, por ejecutarse en fin de semana, evita efectos colaterales de estigma o perturbación de la vida académica o familiar del menor.

Resulta particularmente adecuada para aquellos menores que incurrir en actos de vandalismo o agresiones leves precisamente los fines de semana, y también para los autores del acoso escolar.

Tratándose de faltas no podrán imponerse más de 4 fines de semana de permanencia y ni más de 8 si se trata de delitos.

También su ejecución requiere la designación de profesional que se entrevista con el menor para elaborar el programa individualizado y que propone luego las tareas socioeducativas que deberá realizar el menor de carácter formativo, cultural o educativo, el centro donde se realizarán y el horario de realización; programa que, una vez aprobado por el Juez, se comunicará al menor con indicación de la fecha de inicio, domicilio o centro designado y lugar y horario de las tareas socioeducativas asignadas.

La administración comunicará al Juez de menores y al Ministerio Fiscal los incumplimientos siguientes por parte del menor: fuga o no retorno, o la no presentación en la fecha y hora indicados después de una salida o permiso autorizados o, según se trate, en cada supuesto, de permanencia en el centro o en el domicilio: art. 14 a) y b) del RD.

Así mismo, cuando la duración del número de fines de semana a cumplir en el centro por un mismo menor sea considerable, éste –siempre y cuando su situación y evolución lo aconseje- podrá disfrutar de algún tipo de salida didáctica programada desde el centro acompañado por personal educativo.

En aquellos casos en los que dicha permanencia de fin de semana se realice en el domicilio, será necesaria la coordinación entre la Administración y los Cuerpos de Policía Autonómica, o en su caso por las Unidades adscritas del Cuerpo Nacional de Policía, especializadas en menores, y en caso de insuficiencia de los anteriores las Fuerzas de Seguridad con los especialistas en menores oportunos, ello teniendo en cuenta la Disposición Adicional única del Reglamento con el objeto del adecuado control del cumplimiento de la misma.

En relación con las medidas de internamiento, vale la pena subvenir a la impresión social recurrente sobre la supuesta impunidad de los menores infractores. Esta idea trae a colación la necesidad de precisar que los conceptos de “la punición o impunidad” se compadecen mal con la Justicia Juvenil orientada a la re-educación y desde luego, no parte del estudio serio de las respuestas que ofrecía la vieja Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1992, y de su contraste con las previstas en la LO 5/2000, incluso en su primera redacción, para las

conductas más graves (contra la vida); no digamos con las que ofrece actualmente, tras la reforma 8/2006.

Ha cuajado en el colectivo social la doble convicción de que la delincuencia juvenil se ha incrementado y de que tal incremento trae causa de la benevolencia legislativa. Esa benevolencia ha sido más supuesta que real, al menos por lo que a delitos graves se refiere pues para ellos incluso la primera redacción vigente de la LO 5/2000 preveía medidas de internamiento de mayor duración que las de las soluciones ofrecidas en la ley de 1992 en la que la duración máxima del internamiento por cada delito era de 2 años que pasó a 4 años con la primera reforma de la LO 5/2000 operada antes de la entrada en vigor del texto originario.

Actualmente cabe imponer la medida de internamiento en centro cerrado (art. 9.2 LORPM) cuando:

a) *Los hechos estén tipificados como delito grave por el CP o las leyes penales especiales.*

b) *Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.*

c) *Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades*

En punto a la posible duración del internamiento en centro cerrado cabe observar:

REGLAS GENERALES atendiendo a dos tramos de edad:

- Para menores de 14 o 15 años..... hasta 3 años de duración o 150 horas de PBC o 12 fines de semana
- Para menores de 16 o 17 años..... hasta 6 años o 200 horas de PBC o 16 fines de semana

## SUPUESTOS DE EXTREMA GRAVEDAD

Son los casos en que el menor de 16 o 17 años hubiera cometido un delito grave, o en el que concurra violencia o intimidación o riesgo para la vida o la integridad o se tratase de un delito cometido en grupo, siempre que además quepa calificar la conducta como de “extrema gravedad”

El Juez de Menores puede imponer una medida de 1 a 6 años de internamiento, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de 5 años. El rigor legal se residencia en la prohibición de hacer uso del principio de flexibilidad (cancelación o sustitución) en la ejecución hasta transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

## SUPUESTOS DE MÁXIMA GRAVEDAD

Según el art. 10.2 LORPM se producen *cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del CP (homicidio, asesinato, agresiones sexuales y terrorismo) o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho CP o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a 15 años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:*

- Menores de 14 o 15 años..... de 1 a 5 años, complementada en su caso por libertad vigilada hasta 3 años.
- Menores de 16 o 17 años..... de 1 a 8 años, complementada por otra libertad vigilada con asistencia educativa de hasta 5 años período de seguridad ½ del internamiento

Incluso cabe extender la duración del internamiento hasta el tope máximo de 10 años en los casos de concurso de delitos (art. 11.2), cuando alguno de ellos sea de los considerados de máxima gravedad y siempre que se trate de menores de 16 o 17 años. Si se trata de menores de 14 o 15 años, el tope máximo imponible será de 6 años.

Si comparamos objetivamente estas previsiones con la duración de las penas previstas para los adultos en el CP para los delitos más graves (10 a 15 años de prisión en el homicidio, 6 a 12 en la violación....), se comprende fácilmente que las posibilidades punitivas de la ley se encuentran muy próximas, al menos en punto a la duración de la privación de libertad, a la respuesta que prevé el CP para los adultos.

En todo caso, no está demás recordar aquí algunos extremos del Informe del Comité de Derechos del Niño, de Naciones Unidas sobre España (CRC/C/15/Add. 185 de 13 de junio de 2002, que en sus puntos 53 y 54 mostraba ya su “preocupación por el incremento de la duración del tiempo de detención y las medidas de internamiento así como por el hecho de que la privación de libertad no sea utilizada como único recurso, recomendando a las autoridades españolas la

revisión de los periodos de internamiento para adecuarlos a las previsiones generales y alentando el uso de alternativas a la privación de libertad”.

Por otra parte, resulta forzoso reconocer que existen graves problemas infraestructurales para la ejecución de medidas no privativas de libertad, en concreto, la libertad vigilada, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la realización de tareas socioeducativas, debido a la escasez de medios para llevar a cabo la ejecución. Esta dificultad, que a veces desemboca en que la medida no sea ejecutada, sí puede producir en los menores la sensación de impunidad. Por ejemplo, en algunos puntos del territorio las medidas de prestaciones en beneficio de la comunidad impuestas en 2008 han prescrito hasta en un 80% por ausencia de recursos para ejecutarlas. En otros, la inexistencia de centro para internamiento en régimen abierto o de recurso para el cumplimiento de la medida de convivencia con grupo educativo o familiar, conduce a la inejecución en buena parte de los casos en los que resulta impuesta.

## **IV.- ASPECTOS MÁS RELEVANTES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ACTUACIÓN POLICIAL**

### **1.- Fijación de límites y tramos de edad para la exigencia de responsabilidad penal**

Aunque el Proyecto de LORPM partía de los 13 años para delimitar el inicio de sus posibilidades de intervención, la redacción final optó por la edad de 14 años, ciertamente la referencia más común en los países de nuestro entorno. Se argumentaba en la Exposición de Motivos que las infracciones cometidas por “niños menores de esta edad son en general irrelevantes”.

No todos comparten hoy esta impresión.

Existen supuestos, bien que excepcionales, en que los menores de 12 y 13 años han iniciado ya la senda de la delincuencia con reiteración de comportamientos, mayoritariamente contra el patrimonio, a veces acompañados de violencia o intimidación. En términos generales podríamos seguir hablando de supuestos excepcionales. Pero el problema para muchos profesionales dedicados a la reeducación de los menores infractores es la percepción o certeza de que la ausencia de intervención eficaz ante los primeros síntomas serios de aproximación del niño o preadolescente al delito, hace más difícil la actuación ulterior con el adolescente iniciado. Frente a ello caben dos posturas:

a.- Romper con la presunción *iuris et de iure* de que por debajo de 14 años no es exigible al menor, en ninguna circunstancia y bajo ningún concepto, ningún tipo de responsabilidad, y abordar el tratamiento de los menores de 12 y 13 años dentro del Sistema de la LORPM. Alguna Fiscalía como la de Valencia proponía el año pasado esta solución que también se sugería, como una de las posibles alternativas en el informe elaborado por el Consejo Fiscal en 2005 sobre el anteproyecto de Reforma de la LORPM que se aprobó en 2006. Lo cierto es que tal sugerencia se propuso alternativamente, sólo para supuestos especialmente graves o de multirreincidencia, indicativa de un pronóstico preocupante en relación con la personalidad y la perspectiva vital del menor, y, siempre acompañada de un amplísimo margen para aplicar el principio de oportunidad que - se decía - debería operar sobre todo tipo de delitos, tanto graves como menos graves, de modo que la regla general fuera la no-intervención, y quedara abierta la posibilidad de ciertas intervenciones cuando fueran absolutamente imprescindibles.

b.-La otra posibilidad es la adopción de medidas eficaces para el aseguramiento de tratamientos adecuados y efectivos en el ámbito de la Protección Jurídica de Menores, partiendo de que hoy por hoy la Administración carece de las necesarias herramientas jurídicas y procedimentales y de recursos mínimamente operativos como demuestra la percepción generalizada de los profesionales. Se echa de menos tanto el aspecto coactivo de la intervención, propio de la Reforma,

que aseguraría la eficacia frente a menores o familias refractarias y y el aspecto concomitante de mayor respeto a derechos y garantías de que puede adolecer una intervención meramente protectora.

Sin embargo, esta segunda posibilidad parece ser la más correcta desde el punto de vista técnico jurídico. En primer lugar por la mera aplicación de los principios que la dogmática jurídico penal sobre la inimputabilidad ha consolidado hace tantos años. No puede olvidarse que el sistema de Justicia Juvenil al que se acoge nuestro ordenamiento es de responsabilidad penal, especial, matizada por la orientación educativa de las medidas imponibles... pero responsabilidad penal en definitiva. Y los presupuestos de esa responsabilidad: capacidad de comprender la ilicitud de los hechos y de actuar conforme a esa comprensión no concurren en los niños de corta edad. La psicología evolutiva y las ciencias del comportamiento parecen confirmar esta tesis. A ello cabría añadir que los actuales modelos familiar, escolar y social no propician una maduración temprana de los jóvenes. En términos de comparación con épocas pasadas, puede decirse que se dispensa actualmente a los niños una suerte de “sobrepotección” que en sistemas familiares y sociales permisivos carentes de límites seguros, tiende a retrasar la autonomía personal, base de la plena imputabilidad.

En este sentido el art. 40 a) de la Convención de UN sobre los Derechos de los Niños de 20 de noviembre de 1989 obliga a los Estados al *establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales*.

Aunque el Comité de Derechos del Niño (CRC) lamenta con frecuencia la fijación de edades de responsabilidad penal demasiado tempranas no recomienda ninguna edad en particular. Concretamente en las deliberaciones sobre el Informe inicial del Reino Unido (territorio dependiente de Hong Kong CRC/C/SR 329, párrafo 79) llega a decir que “los delincuentes muy jóvenes deberían considerarse más bien como víctimas que como culpables, dado que las estadísticas indican que la mayoría de ellos proceden de ambientes familiares difíciles. Puede inducir a equivocación hablar de intención dolosa de cometer un delito en un niño de esa edad. La inmensa mayoría de los países han fijado la edad de responsabilidad penal mucho más alto (9 años) e incluso el límite de 14 años se consideraba bajo...”)

La Regla 4ª de las de Beijing exige que: “*En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental o intelectual*”. El comentario oficial de esta Regla reconoce que la edad mínima puede variar en función de factores históricos y culturales. Pero “El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de la responsabilidad penal; es decir, si puede considerarse al niño en virtud de su

discernimiento y comprensión individual, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad pierde todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles,...etc). Por consiguiente, es necesario que se hagan esfuerzos para convenir en una edad mínima razonable que pueda aplicarse a nivel internacional”.

Lamentablemente no existe acuerdo internacional unánime, y las recientes Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2008)<sup>11</sup> de 5 de noviembre, sencillamente recuerdan (4) que *“La edad mínima para la imposición de sanciones o medidas como resultado de la comisión de un delito no debe ser demasiado baja y ha de estar determinada por Ley”*.

En EEUU los límites de imputabilidad penal juvenil oscilan entre 15, 16 y 17 años. Si bien algunos estados (Pensilvania) han determinado rebajar a la edad de 14 años la posibilidad de remisión de un joven a una Corte de adultos. Excepcionalmente algunos estados admiten la responsabilidad penal de niños de 13 años e incluso por delitos graves acreedores de cadena perpetua. En Canadá (12 a 17, si bien, sólo los mayores de 14 años pueden ser objeto de lo que se considera una sentencia adulta cuyas consecuencias se cumplen en centros específicos de menores). Ciertamente en algunos países de la UE es posible la exigencia excepcional de responsabilidad penal a menores de 14 años; En Inglaterra se considera que una persona se encuentra bajo la jurisdicción de los tribunales juveniles si tiene entre 10 y 17 años, inclusive. En Escocia, tanto la edad mínima como la máxima son inferiores. Los Tribunales de Niños revisan los casos de los niños y jóvenes entre 8 y 15 años, si han cometido una infracción a la ley penal, y desde el nacimiento hasta los 15 años inclusive si necesitan protección. En el caso de los mayores de 16 años se les aplica el procedimiento de los adultos, sin bien en un sistema en el que interactúa intensamente el sistema de protección.

Francia, Alemania establecen límites etarios superiores los 14 años.

Finalmente si se analiza la cuestión desde perspectivas pragmáticas, se concluye que la reducción de la edad mínima de responsabilidad penal carece de verdadera utilidad. Parece haber un acuerdo sobre la excepcionalidad de la intervención penal en menores de 12 y 13 años, que habría de reservarse para los supuestos más graves en los que el pronóstico de riesgo delincencial fuera severo, y de que tales supuestos no son afortunadamente frecuentes. Puesto que la articulación de tal intervención en fase de ejecución de las sentencias emanadas de la justicia juvenil, correría a cargo de las CCAA, la cuestión se traducirá en la

atribución de las competencias a los departamentos de justicia en lugar de los de asuntos sociales encargados de la protección jurídica de los menores.

Naturalmente, la diferencia no es baladí, puesto que en el ámbito de la Protección, los servicios y entidades sociales carecen de la fuerza coactiva de la jurisdicción de menores para imponer en todo caso de manera forzosa la intervención, pero resulta más coherente con los principios del D° de Menores y con las condiciones de sus destinatarios, residenciar el tratamiento indispensable en la esfera de protección, en consonancia con el fundamento ético y psicológico de la irresponsabilidad moral y penal de quienes por un déficit educativo del que no puede hacerseles objetivamente responsables, incurren tan tempranamente en el ámbito delincencial.

Teniendo en cuenta la creación en el Senado de un grupo de trabajo para el estudio de la reforma del sistema de Protección Jurídica de menores, estaríamos en un momento adecuado para perfilar los principios y establecer una normativa unitaria sobre la actuación administrativa de protección sobre menores infractores de 12 y 13 años infractores en situación de grave riesgo precisamente por tal situación.

Lógicamente habrá de atribuirse a las administraciones correspondiente para estos casos especiales facultades y los recursos personales, materiales y presupuestarios necesarios, y esto resulta a corto plazo más costoso, aunque a medio y largo plazo tendría un mayor efectivo resocializador y por ende, preventivo, y permitirá eludir las incoherencias y contradicciones de un sistema normativo social que de una parte propugna indiscriminadamente los valores de emancipación personal y de otra, la sanción de quienes, por razones que no les son imputables (marginalidad, desestructuración familiar, falta de escolarización, ausencia de límites y educación en el respeto a los derechos ajenos...), incurren en comportamientos antisociales antes de ser psicológicamente hábiles para responder penalmente por ellos.

## **2.- Especialización policial en materia de menores**

El principio de especialización que rige el sistema de Justicia Juvenil ha forzado una organización policial específica que se desarrolla en los siguientes ámbitos:

- En el Cuerpo Nacional de Policía existen Grupos o Equipos especializados (GRUMEs) en todas las Brigadas Provinciales de Policía Judicial y Comisarías Locales, apoyados por el Servicio de Atención a la Familia (SAF Central) de la Comisaría General de Policía Judicial.
- En la Guardia Civil, los Equipos Mujer.Menor (EMUMES) se integran por especialistas de la materia en todas las Comandancias dentro de las

- En el ámbito de las Policías autonómicas con competencias generales plenas para la protección de personas y mantenimiento del orden público, existirán los Equipos de Especialistas de Menores que determinen las correspondientes autoridades regionales.
- En el ámbito de las Policías Locales pertenecientes a municipios que tengan suscrito un Acuerdo Específico con el Ministerio del Interior para que parte de su Policía Local ejerza funciones de Policía Judicial, podrán crearse Equipos Municipales Especializados en Menores para la investigación de los hechos delictivos en que se encuentren implicados menores, en el marco de lo establecido en los convenios generales suscritos entre el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias.

La regulación de la actuación policial dio lugar en el ámbito del Cuerpo Nacional a las *Normas Provisionales sobre Tratamiento Policial de Menores* de la Subdirección General Operativa (Comisaria General de Policial Judicial de 12 de enero de 2001, y en el ámbito de la Guardia Civil a los *Criterios de Actuación con Menores de lManual de Policía Judicial*, actualizado en la –circular 1/2006 de la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil, de 5 de diciembre. A esta normativa se han unido varis Instrucciones, tanto de la Secretaría de Estado de Seguridad como de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos concretos de la intervención policial con menores y a garantizar que se realiza con el máximo respeto a sus derechos.

La dispersión de la normativa especialmente dirigida a las actuaciones policiales se ha procurado remediar a través de la *Instrucción nº 11/2007, de 12 de septiembre* en la que se aprueba el “PROTOCOLO DE ACTUACIÓN POLICIAL CON MENORES de esa misma fecha.

En el ámbito de la Reforma de Menores la actuación policial vendrá subordinada a las pautas e instrucciones del Ministerio Fiscal a quien compete dirigir personalmente la investigación de los delitos y ordenar a la Policía Judicial la práctica de las investigaciones correspondientes, así como la defensa de los derechos de los menores infractores o víctimas y el impulso de los procedimientos.

Según el citado Protocolo son competencias de estos Grupos o Equipos de la Policía Judicial especializada son las siguientes:

- a) Investigación criminal y asistencia a las víctimas en los casos de cierta gravedad en que estén implicados menores de edad como víctimas o autores de las infracciones penales.

- b) Tratamiento de menores de 18 años en situación de riesgo o desamparo y de los menores de 14 años que hubieran participado en hechos delictivos.
- c) Informe, asesoramiento y apoyo del resto de unidades sobre problemáticas relacionadas con menores.
- d) Establecimiento de canales de comunicación permanente con la correspondiente fiscalía de Menores, dando cumplimiento a las instrucciones generales o particulares que dicho órgano les dirija.
- e) Contacto con Instituciones y Asociaciones relacionadas con este ámbito de actuación, al objeto de favorecer la adopción de medidas pertinentes de carácter preventivo y asistencial.

Intervención, en exclusiva o en colaboración con la Unidad competente, en aquellos otros supuestos que determinen las Direcciones Adjuntas Operativas del Cuerpo Nacional de Policía.

### **3.- La intervención policial en la esfera de la Responsabilidad Penal de Menores**

La actividad policial en este ámbito se dirige a la investigación de las conductas antisociales y delictivas cometidas por menores, pero se extiende a tareas de prevención de tales conductas, particularmente en el ámbito del acoso escolar y la violencia en espacios urbanos, a la atención a los menores víctimas y testigos de tales conductas y también y esto es particularmente aplicable en el caso de los EMUMES, a la investigación de los delitos cometidos sobre menores: maltrato infantil y comportamientos relacionados con la pornografía infantil y los agresiones y abusos sobre menores

En relación con la investigación de los delitos cometidos por menores el ya citado PROTOCOLO DE ACTUACIÓN POLICIAL CON MENORES de 2007 aporta pautas útiles respecto de determinadas cuestiones:

La detención de los menores, siempre posible en los mismos casos y circunstancias previstos en las leyes para los adultos, se ajustará a los parámetros de la necesidad y la subsidiariedad pues sólo ha de llevarse a cabo cuando no existan otras soluciones alternativas eficaces y resulte necesaria para la protección del propio menor, la averiguación de los hechos, el aseguramiento de las pruebas o la protección de las víctimas (Apdo. 4.1,1 del Protocolo). A la hora de determinar la necesidad de la detención, deberán ponderarse la gravedad del delito (pues la detención por faltas será absolutamente excepcional), su flagrancia, la alarma social provocada, el riesgo de fuga o elusión de la acción de la justicia, la habitualidad en la comisión de hechos similares, y la edad y circunstancias del menor.

Cuando el motivo de la detención fuera la imputación de uno de los delitos de terrorismo tipificados en el Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP, podrá decretarse la incomunicación y prórroga de la detención con arreglo a lo

dispuesto en la LECrim, previo conocimiento del Fiscal de Menores de la Audiencia Nacional. (4.1,5).

Para garantizar al máximo el respeto del menor a su honor, intimidad e imagen, así como en evitación del efecto estigmatizante de los procedimientos penales, la forma de la detención tenderá a minimizar el impacto sobre la persona, reputación o patrimonio del menor, debiéndose ajustar la actuación policial a las circunstancias personales y a la índole del delito cometido, con especial cuidado cuando se trate de delitos violentos, sexuales o de carácter terrorista.

En todo caso y en la medida de lo posible, se evitarán la espectacularidad, el empleo de lenguaje malsonante, la violencia física y la exhibición de armas (.4.2, 2)

Será preciso comunicar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de custodia a los padres, tutores o guardadores, comunicándoles su derecho a designar Abogado; al Ministerio Fiscal, y a la Oficina Consular del país de origen cuando se trate de menores extranjeros que no residan habitualmente en España o así lo soliciten el propio menor, o sus representantes legales (4.4, 1).

Sin perjuicio del riguroso cumplimiento de las previsiones contenidas en los arts. 17 L.O 5/00, art. 2 del Reglamento de 30 de julio de 2004 y la observancia del Protocolo de la Instrucción 11/07, se hace precisa una mayor coordinación entre las Fiscalías de Menores y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a nivel provincial, estableciendo criterios generales, comunicaciones y puesta a disposición de los menores detenidos, ya fuere verbalmente o por escrito.

En este sentido, será especialmente interesante el apoyo, asesoramiento y canales de comunicación que pueden brindar los GRUMES y Equipos Especializados con las unidades, Comisarías o Destacamentos que carezcan de esa cualificación conforme ap.2.2.1 c y d Instrucción 11/07.

Los cacheos se realizarán con respeto absoluto a los derechos fundamentales de los menores, especialmente a su intimidad, y sólo responderán a criterios de seguridad y protección del propio afectado o de quienes le custodien.

Las medidas de contención mecánica (esposas) sólo se aplicarán bajo parámetros de necesidad y proporcionalidad en relación con la naturaleza del hecho y la actitud del menor al tiempo de la detención (4.2, 4)

Los traslados de los menores detenidos con miras a no perturbar el desarrollo de la personalidad del menor y evitar posible efecto estigmatizante, se realizarán, siempre que sea posible en vehículos sin distintivos policiales, con personal no uniformado, y nunca conjuntamente con los detenidos adultos (4.5, 2)

Los traslados interurbanos corresponderán a la Guardia Civil mientras que los de menores ingresados en centros de internamiento entre dependencias ubicadas en un mismo término municipal serán realizados por miembros del Cuerpo policial competente territorialmente.(4.5, 5). En las CCAA que cuenten con policías autonómicas, o en su caso, con Unidades Adscritas del Cuerpo Nacional de Policía, serán estas las competentes a efectos de vigilancia, custodia y

traslado de menores internados. Sólo en caso de ausencia o insuficiencia de los citados Cuerpos y unidades, en situaciones de emergencia o cuando sean varias las Comunidades Autónomas afectas, los traslados serán realizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (4.5, 6 en relación con la Disposición Adicional Única del Reglamento de la LORPM).

Los traslados derivados de salidas de menores internados en centros de reforma para la práctica de diligencias, asistencias sanitarias, atención educativa o por cualquier otro motivo acordado por los responsables de la Comunidad Autónoma, podrán ser realizados por el Cuerpo policial territorialmente competente siempre y cuando exista un riesgo fundado para la vida, integridad física o para los bienes, y así lo exponga en su petición motivada el Director del centro (4.5, 7).

La custodia del menor detenido es una de las actuaciones policiales básicas que ha de realizarse conforme a los criterios de protección y comprensión ya expuestos, preferiblemente por personal no uniformado (4.6, 2) que garantizará el cuidado, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que se requiera, atendiendo al estado, edad, sexo y características del menor (4.6, 3).

En el tiempo de la detención y custodia, se permitirá la visita de la familia o representantes legales del menor detenido, con las prevenciones necesarias para que esto no perturbe la investigación policial (4.6, 4)

Para la mayor efectividad del derecho del menor a la asistencia letrada, se solicitará asistencia de letrado del turno de oficio, siempre que el menor o sus padres o representantes legales no designen uno de su confianza. En los casos de discrepancia en el nombramiento por parte del menor y sus representantes, se elevará consulta al Fiscal de Menores (4.7, 1)

Además de la entrevista reservada a que tiene derecho el menor detenido antes y al término de su declaración, y la haya prestado o no, el Letrado podrá pedir expresa información de derechos y reconocimiento, ampliación de los extremos de la declaración del menor, consignación en el acta de cualesquiera incidencias (4.7, 2 y 3)

La reseña policial del menor detenido es una de las cuestiones más controvertidas dentro de la operativa policial en la que aparecen prácticas dispersas y aun contrarias. El Protocolo establece unas pautas muy generales según las cuales, la reseña se obtendrá de la manera ordinaria (4.13, 2), incluso coactivamente (4.13, 4), pero a los solos fines de identificación e investigación policial (4.13, 1) y se remitirá como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente.

Estas reseñas deben registrarse en una aplicación específica a efectos de confidencialidad, en la que se incluirán datos biográficos, impresiones decadaactilares y fotografía (4.13, 1), pero se hace imprescindible el establecimiento

de garantías en dicho registro y en el eventual acceso ulterior, así como en el uso que pudiera darse a la información albergada.

La determinación de la edad e identidad del menor detenido puede ser particularmente problemática en muchas ocasiones, particularmente cuando se trata de menores extranjeros no acompañados. Se recurrirá entonces a cuantas pruebas admitidas en Derecho estén disponibles.

En los casos de detención por comisión de delitos, si el menor está indocumentado y carece de cualquier tipo de identificación (por ser extranjero u otra circunstancia) se impone como una de las primeras diligencias en atestado su RESEÑA y cotejo de identidad, con otras que pudieran ya constar en los archivos policiales. Tal como se expone en las Conclusiones del Curso *“POLICÍA JUDICIAL Y JURISDICCION DE MENORES”* (Madrid, CEJ del 21 al 23 de setiembre de 2009) :

- En la reseña y ficha de identidad policial se hará figurar la edad resultante de las pruebas
- Sólo si se comprueba que el detenido no figura con anterioridad registrado en los archivos policiales se recabará del Juez de Instrucción la autorización para la práctica de las pruebas médicas tendentes a determinar la edad

Cuando se trate de menores indocumentados implicados en la comisión de faltas

- Se procederá a su conducción a dependencias policiales para verificar su identidad y ser puestos a disposición de sus padres o guardadores o trasladarles a un centro de protección, y sin perjuicio de promoverse los procedimientos correspondientes contra los padres por las eventuales responsabilidades penales que contra ellos pudieran derivarse
- En el caso de que no apareciesen sus padres o representantes legales, carezcan de ellos y/o no se aportase documentación o no fuese fiable, antes de ser trasladados a un centro de protección se procederá al cotejo de identidad y reseña de igual manera que con los “MENAS” (Menores Extranjeros No Acompañados)

Respecto a la prueba documental sobre identidad y edad, no son infrecuentes los casos en los que los menores detenidos presentan pasaportes u otros documentos de identidad falsos que claramente no permiten la identificación. En otras ocasiones, los pasaportes son genuinos pero claramente inveraces o carentes de fehaciencia por incorporar datos relativos a la fecha o lugar de nacimiento,

nombre u origen del titular sobre la única base de su declaración personal, como reconocen las autoridades de algún país africano.

Es evidente que en estas circunstancias el pasaporte no acredita otra cosa que la identidad del titular pero no su edad o demás circunstancias. Se impone acudir a pruebas testificales o periciales (huellas dactilares, médicas, oseométricas o de otra naturaleza) que se realizarán con autorización del Fiscal de Menores (si el menor no ha cometido ningún delito) o de la autoridad judicial, ya que cuando no se haya podido establecer la minoría de edad del presunto autor de una infracción penal, se pondrá a disposición del Juez de Instrucción competente para que proceda a determinar su identidad y edad conforme a la LECrim (4.14, 2).

En todo caso, tratándose de menores extranjeros no acompañados en cumplimiento de lo dispuesto en la Circular 2/06 de la FGE y ap. 8.2.1c de Instrucción 11/07 se obtendrá la reseña dactilar del menor y se consultará el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Sólo si no figura con anterioridad en tal Registro se recabará del Fiscal la autorización de las pruebas médicas en orden a determinar su edad. Pero lógicamente, debe prescindirse de tales pruebas si por sus características físicas se reputase indubitadamente menor

El contraste inmediato de la huella en el Registro del art.111 del Reglamento de Extranjería es vital en todo caso, y cuando se presentan pasaportes de muy dudosa autenticidad es esencial para evitar el malgasto innecesario de recursos de Protección por parte de las entidades públicas.

Sin perjuicio del establecimiento de un marco legislativo más claro y menos disperso, se hace preciso, entretanto, que los Centros de Protección dispongan de criterios e instrucciones claras y concretas para que no hagan entrega de un menor a sus padres o cuidadores sin cerciorarse de la presentación de documentos auténticos de unos y otros.

Cuando se trate de menores desamparados o de extranjeros indocumentados que puedan tener menos de 18 años, se dará cuenta al Ministerio Fiscal para autorice la realización de las pruebas médicas necesarias, incluyendo las oseométricas en el centro sanitario concertado u hospital que proceda (4.14, 3).

La persistencia de las dudas sobre si el detenido es mayor de 14 años se resolverá considerándolo menor de esa edad y archivando las actuaciones policiales, con remisión al Fiscal competente y entrega del menor a sus padres o representantes legales. Si persisten las dudas sobre la minoría o mayoría de edad, se actuará como si el detenido fuera menor (4.14, 4).

En todo caso, han de agotarse las gestiones y consultas, y buscarse las posibles referencias sobre menores extranjeros no acompañados, dando efectividad al Registro Central de Menores Extranjeros previsto en el art. 60 del Real Decreto

864/2001 de 20 de julio que contiene el Reglamento para aplicación de la LO sobre Libertades y Derechos de los Extranjeros en España (4.14, 5)

El plazo de detención de menores, no puede superar lo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones pertinentes ni exceder nunca el máximo de 24 horas (4.9, 1). En los casos de menores integrados en bandas armadas o relacionados con individuos terroristas o rebeldes, cabe interesar la prórroga del plazo de detención y la incomunicación del menor detenido, a través de la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional que formulará la petición al Juez Central de Menores que corresponda.

Cuando convenga realizar diligencias no imprescindibles que alargarían innecesariamente el tiempo de detención, se realizarán con posterioridad a la libertad o puesta a disposición de la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial o en su caso, de la Audiencia Nacional, pero no se incluirán en el atestado inicial, en el que sólo se consignarán los datos suficientes que permitan luego al Fiscal de Menores efectuarlas si lo considera pertinente (4.9, 3).

Las declaraciones del menor detenido se efectuarán siempre en presencia de su Abogado y de quienes ejerzan la patria potestad, tutela, o guarda, rehecho o de derecho, salvo que las circunstancias lo desaconsejen. En este último supuesto, se comunicará tal circunstancia a la Sección de Menores de la Fiscalía competente y no podrá recibirse declaración al menor sin la expresa autorización del Fiscal (4.11, 1 y 2)

Los reconocimientos en rueda de menores detenidos tendrán carácter absolutamente excepcional reservándose para supuestos de necesidad, siempre bajo la autorización del Fiscal o del Juez de Menores (art. 2.10 del Rto y 4.15, 2 de la Instrucción 12-9-07). Con arreglo esta excepcionalidad y necesidad, se emplearán los medios menos impactantes, siempre en dependencias de unidades policiales especializadas o sedes de Fiscalías o Juzgados, componiendo las ruedas por personas similares conforme a la LECrim. Cuando integren la rueda otros menores de edad, deberá recabarse su propio consentimiento y el de sus padres, tutores o guardadores, salvo que el menor denote condiciones suficientes de madurez para prestar válidamente su conformidad (4.15, 2), debiendo estar presente en todo caso el abogado del menor.

En la formación de los integrantes de la rueda, deberán evitarse disimilitudes que introduzcan un sesgo desfavorable al imputado

Debe erradicarse, como práctica errónea detectada en algún caso, el introducir a los padres o representantes legales del menor imputado en la rueda de reconocimiento junto al testigo o perjudicado, por contraria a la propia naturaleza de esta diligencia, por razones obvias de seguridad de la víctima y porque ni el art. 22, ni ningún otro de la L.O 5/00 obligan a ello en ningún caso.

Cabe en principio el reconocimiento fotográfico de menores con fines de investigación criminal (4.15, 1), pero la utilización de álbumes fotográficos de menores detenidos en investigaciones por delitos ulteriores a aquél que origina la reseña anterior, resulta de dudosa legalidad en el procedimiento de menores.

Las detenciones de menores en situación de abandono o riesgo, o de aquellos cuyos padres o guardadores se negaran a hacerse cargo de la custodia, se informará al Fiscal a fin de que interese, si lo estima procedente autorización judicial de traslado a la entidad pública de menores correspondiente (4.17, 1).

En los casos de menores en situación de enajenación mental o de posible exención de responsabilidad o inculpabilidad, se adoptarán las medidas precisas para su protección consultando al Fiscal de Menores para que disponga lo necesario.

La reseña del ADN de menores ha de hacerse tomando las muestras necesarias al menor cuando se trate de delitos graves, tal y como para los adultos se prevé en la L.O 10/07

Respecto al procedimiento, y a falta de pronunciamiento legal, sería aconsejable la elaboración de protocolos a nivel provincial o de Comunidades Autónomas.

En punto a la inserción de requisitorias resulta conveniente canalizar o dar cuenta a los GRUMES de las órdenes de averiguación de paradero y detención que se emitan, debiendo consignarse el nº ordinal de informática del requisitoriado.

- Cuando se identifique por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a un requisitoriado, especialmente si la orden es de detención, se hace preciso prestar especial atención a la fecha en que se expidió, y coordinarse, siempre que fuera posible, con la Fiscalía requirente por si el hecho que la motivó pudiese estar prescrito.
- Para evitar, no obstante ese problema, **debería consignarse por las Fiscalías**, con carácter general y teniendo en cuenta el plazo de prescripción del delito o falta, la fecha de inicio **y de cese de la requisitoria**, así como el motivo y todos los datos que permitan la correcta identificación del menor.
- Una vez verificada la detención en cumplimiento de una requisitoria, se acordará su cese por la Fiscalía -si no hubiese hecho constar fecha de cese conforme a lo antes dicho-, y se procederá a dar su baja por la Policía actuante
- Conveniencia de que los “controles específicos” sean bastante limitados y que si el menor no es localizado se expidan órdenes generales para la averiguación de paradero o detención

#### **4.- Atención a los menores víctimas y testigos**

Es sabido que la intervención de un niño en un procedimiento policial o judicial resulta generalmente una experiencia estresante que puede provocar efectos negativos a largo plazo. Los menores pueden padecer una gran ansiedad antes, durante e incluso después de la celebración del acto procesal en el que se ha interesado su declaración. Por otro lado, la confrontación ante adultos inculcados o implicados y las preguntas agresivas de los intervinientes en la investigación y el proceso, son las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en niños que comparecen ante la Justicia, particularmente como víctimas y testigos de delitos graves o de naturaleza sexual.

Los deberes de atención a las víctimas de los delitos se intensifican cuando éstas son menores de edad, debiendo entonces adecuarse el tratamiento en función de la edad y circunstancias personales de sujeto, al que en todo caso, deberá procurarse la atención, protección, asistencia social, psicológica o médica que requiera su situación (5.1, 1). Obviamente el tratamiento especial de testigos y víctimas no ha de otorgarse indiscriminadamente, salvo supuestos de niños de corta edad, sino excepcionalmente, en aquellos casos en que se aprecie racionalmente algún peligro procedente del acusado, de su entorno o simplemente, de la mera confrontación con el mismo o de la actualización de los hechos delictivos que inevitablemente implicará el procedimiento policial, en un escenario desfavorable como es en general el que integra las sedes policiales o judiciales, lo que ocurre particularmente cuando se trata de menores de corta edad afectados por experiencias traumáticas, a veces de índole sexual o violenta, cuya reiterada narración impide el olvido y la curación del impacto psíquico o emocional dañino.

Desde la perspectiva de las necesidades de los menores víctimas y testigos, dos son las ideas básicas a tener presentes :

Una primera idea es la de que las diligencias que recaigan sobre el menor van a ser generalmente perturbadoras, cuando no traumáticas para él. La conclusión obvia es la de que deberían evitarse en la medida de lo posible las duplicidades en exploración de médicos, evaluación de psicólogos, psiquiatras y análogos y en las tomas de declaración, a fin de evitar a los menores el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático.

Para tratar de reducir al mínimo imprescindible el número de declaraciones puede resultar conveniente prescindir de la declaración policial de menores y proceder a su remisión al Juzgado de Guardia (o Fiscalía de Menores) para obtener o preconstituir la prueba. Este criterio será particularmente adecuado, cuando se trate de delitos de naturaleza sexual.

Otra idea importante deriva de la evidencia de que la recuperación emocional del menor víctima de hechos delictivos no empieza hasta la resolución

del caso. Uno de los más importantes factores de estrés de los testigos infantiles es el tiempo que transcurre entre los hechos y la resolución del caso por la Justicia. Cuando el presunto delito se ha cometido dentro de la familia del menor, la posibilidad de resolver el conflicto familiar difícilmente puede operar hasta tanto no ha recaído una sentencia o auto de sobreseimiento firme. Por ello, las investigaciones sobre delitos con menores implicados, especialmente cuando éstos sean las víctimas, deben ser objeto de la mayor celeridad

En todo caso, se notificará inmediatamente el hecho delictivo y el lugar donde se encuentra el menor a sus padres o representantes legales(5.1, 2)

A la hora de tomar declaración a menores que hubieran sido víctimas o testigos, ha de recordarse que no pueden ser obligados a declarar y que si lo hacen voluntariamente, han de contar con la asistencia de sus padres o representantes legales, salvo que la discrepancia de intereses u otras circunstancias lo desaconsejen, hecho que se debe poner en conocimiento del Fiscal para que disponga lo conveniente (5.1, 3) También podrá ser fundamento de la exclusión la existencia de indicios que lleven a la fundada creencia de que los padres o progenitores persiguen que el menor no colabore con la Administración de Justicia. En todo caso, habrá de evitarse que la presencia del familiar suponga una presión directa sobre el menor, impidiéndose que una vez iniciado el acto, el progenitor representante legal, trate de alguna manera de orientar la declaración del hijo.

En estos casos, al dirigir el interrogatorio de los menores se tendrán en cuenta las pautas marcadas por los expertos. Incluso debe admitirse, especialmente para niños de corta edad, que el interrogatorio lo lleve a cabo un psicólogo infantil previa entrevista con Juez, Fiscal y demás partes a fin de determinar su objeto. De hecho, para determinados supuestos de niños de corta edad, donde el diálogo no puede ser directo, las técnicas de abordaje sólo pueden practicarse por persona experta en la materia.

La Reforma de la LECrim operada por Ley 8/2006 suprimió la referencia a que el Juez instructor, antes de recibir el juramento al testigo púber y de interrogar al impúber, les instruirá de la obligación que tiene de ser veraces, y en su caso, de las penas previstas para el delito de falso testimonio. Esta supresión implica que no sólo no se recibirá juramento a los menores, sean o no púberes, sino que tampoco se les advertirá de las penas con que el CP castiga el falso testimonio en causa criminal, sin perjuicio de la posibilidad de advertir a todos la obligación general de ser veraces y a los mayores de 14 años, la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal.

En todo caso, se adoptarán las medidas pertinentes para evitar la confrontación visual de víctimas o testigos menores con el inculpado, especialmente cuando se trate de delitos violentos, de carácter sexual o en casos de acoso escolar (5.1, 4).

Cuando se aprecien indicios de malos tratos o abusos a menores, será preciso actuar de forma inmediata y coordinada con otras instancias para la mejor protección de la víctima y esclarecimiento de los hechos, remitiéndose con carácter urgente una copia a la Fiscalía con la indicación de que en el atestado figura como posible víctima de maltrato o abuso un menor de edad (5.1, 5)

### **5.- Actuaciones policiales en el entorno escolar**

Dentro de las labores de prevención de la delincuencia juvenil encomendados a los grupos y equipos especializados, la Instrucción 3/2007 de 21 de febrero de la Secretaría de Estado de Seguridad *sobre la puesta en marcha de un Plan Director para la convivencia y mejora de la seguridad escolar*” estableció directrices de actuación en relación con las funciones de seguridad de los niños y jóvenes en la escuela y la prevención de conductas delictivas y antisociales en este ámbito. En relación con todo ello, compete a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad recopilar información actualizada de los centros escolares y lugares frecuentados por menores y planificar charlas y conferencias en los colegios a impartir por expertos policiales con capacidad comunicativa (7.1, 1).

En este ámbito las labores de vigilancia policial se centran en las cuestiones de seguridad ciudadana que afectan de forma más directa a los niños y jóvenes en edad escolar como son el acoso escolar, las bandas o grupos juveniles violentas (la Instrucción de la Secretaría de Estado de Seguridad 23/2005 *sobre implantación y desarrollo del plan de actuación y coordinación policial multidisciplinar contra grupos organizados y violentos de carácter juvenil*” y la posterior 6/2009 dictada para reimplantar este Plan), el acceso a las drogas y el alcohol (Instrucciones 24/2005 y 25/2005 *sobre respuestas policiales contra el tráfico minorista y el consumo de drogas en colegios y zonas de ocio*), vandalismo, xenofobia o racismo

En relación con el acoso escolar, el Protocolo de Actuación Policial de 2007 recuerda que todas las modalidades de acoso agresivo, ya sea físico, verbal o psicológico pueden constituir infracción penal, por lo que deben comunicarse al Ministerio Fiscal incluso los supuestos de mínima relevancia, o aquellos cuyo autor fuera menor de 14 años, evitando siempre la trivialización de los hechos (7.2, 1 b y c).

La respuesta policial e institucional en general debe ser siempre individualizada para cada acosador, delimitándose la existencia de posibles delitos contra la integridad moral, amenazas, lesiones, inducción al suicidio, coacciones....(7.2, 1 d), esclareciéndose también la posible responsabilidad de adultos como padres, educadores, profesores...

En los casos de acoso, se ha de prestar una especial atención a las víctimas por ser el acoso continuado una situación seria de riesgo (7.2, 1 f).

Finalmente hay que recordar en este punto lo dispuesto en la Instrucción 10/2005 de 6 de octubre de la GGE *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de Justicia Juvenil* y en la Instrucción 3/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad ya mencionada. Para la mejor aplicación de ambos instrumentos, el Protocolo de Actuación Policial en materia de menores de 2007 dispone el establecimiento de comunicaciones frecuentes y puntos de contacto permanentes con la comunidad educativa (profesores y padres de alumnos) y el aprovechamiento de la ocasión de charlas y conferencias dirigidas a los alumnos para recabar y obtener información directa de los estudiantes sobre posibles situaciones de acoso escolar.

## **6.- Mención del ámbito de Protección de Menores**

Aunque no sea objeto análisis en el presente trabajo, es forzoso mencionar aquí la importancia de las labores policiales en el ámbito de Protección de menores que viene referida primordialmente a la investigación de los delitos cometidos contra niños y jóvenes (abusos sexuales y maltrato infantil en general, pornografía infantil, agresiones sexuales sobre menores, prostitución...) y a la búsqueda de menores desaparecidos, tema en el que la inmediatez de la intervención policial resulta decisiva.

Las labores policiales se extienden a la investigación y detección de menores en situaciones de riesgo personal y de exclusión social o de menores en desamparo, que requieren una ponderación individualizada de las circunstancias del menor y su entorno (absentismo, posibles fugas, adicciones, mendicidad, vagabundeo, abandono y dejación parentales, comisión de delitos con edad inferior a 14 años...) así como un asistencia inmediata al menor con puesta en conocimiento de la Fiscalía de Menores y de los servicios sociales competentes en materia de protección de menores a los que en su caso, ha de hacerse entrega de los menores cuando así lo disponga el Fiscal, sin perjuicio de localizar a sus padres, tutores o representantes legales.

Cobra también particular relieve la actuación policial en el ámbito de la protección de los menores extranjeros no acompañados que requiere la identificación (con comunicación al Fiscal y la entidad pública de protección, la obtención de la reseña dactilar y fotográfica del menor y consume con el Registro de Menores Extranjeros no acompañados, así como, con autorización del Ministerio Fiscal, la realización de las diligencias y pruebas pertinentes para la determinación de la edad en los supuestos en que no conste y exista duda sobre la mayoría de edad del sujeto.

# **VIOLENCIA DOMÉSTICA**

## **ASPECTOS INTERNACIONALES Y EXPERIENCIA**

**MARÍA JOSÉ GARRIDO ANTÓN**

**Teniente de la Guardia Civil**

**Licenciada en Psicología**

Durante los días 2 al 5 de junio del corriente, se celebró en la Academia de Policía de Münster (Alemania), el curso CEPOL (European Police College) número 37/2009 sobre violencia doméstica.

Uno de los propósitos de la Academia Europea de Policía es optimizar la cooperación entre los Estados Miembros. Para ello ha desarrollado un plan de estudios común (“Common Curricula”) como un instrumento para mejorar la cooperación policial transfronteriza, donde las destrezas, conocimientos y procedimientos policiales puedan capacitar a los policías de los citados estados para poder trabajar juntos más allá de sus fronteras naturales.

El plan de estudios común fue conceptualizado para contribuir a la armonía de los policías de los Estados Miembros, respetando la soberanía nacional, dentro de un alcance más amplio, el fin último es poder llevar a cabo los objetivos del programa de la Haya.<sup>1</sup>

El propósito del plan de estudios común, es proporcionar recomendaciones y modos de procedimiento similares, dentro de la formación de los policías de cada Estado, en concordancia con las necesidades de la Unión Europea en temas específicos. Estos temas son determinados por el Consejo de Gobierno de la CEPOL de acuerdo con las prioridades en cuanto a necesidades Europeas.

Uno de los temas principales dentro de los objetivos de la CEPOL en particular y de la Unión Europea en general es la violencia doméstica (VD), definida como “Cualquier tipo de abuso o amenaza física, psicológica, sexual, o económica, ejercida por una

---

<sup>1</sup> El objetivo del Programa de la Haya es la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros. Garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia. <http://eur-lex.europa.eu>

persona para controlar o dominar a otra persona dentro de una relación íntima, familiar o conyugal”.

El curso sirvió para aglutinar y aunar criterios en cuanto a modos de actuación policial en casos de violencia doméstica, y para definir, conceptualizar, y evaluar las causas y consecuencias de dicho fenómeno, así como para definir las aproximaciones tácticas en cuanto a intervención policial en diferentes casos.

El curso fue muy enriquecedor a nivel práctico puesto que asistieron representantes de varios países Europeos (Alemania, Bulgaria, Francia, Hungría, Italia, Malta, Portugal, Rumania, Suecia y España), contando también con la colaboración como expertos procedentes del Reino Unido y de Holanda, permitiéndonos acceder a su forma de actuación policial así como a sus cifras y casuística.

Se hace necesaria una cultura Europea para prevenir y luchar contra la violencia doméstica, recibiendo, ayudando, protegiendo y guiando a las posibles víctimas del mencionado delito.

## **INTRODUCCIÓN**

La violencia doméstica, prevalece en todas las sociedades y su combate constituye una importante tarea policial en toda Europa. En los últimos años y gracias a las nuevas legislaciones dentro de cada país, la policía en Europa ha ido cambiando sus estrategias y modos de procedimientos policiales a la hora de enfrentarse con este fenómeno.

En Europa cuatro millones de mujeres sufren violencia en sus diferentes manifestaciones. En España 75 mujeres fueron asesinadas en el 2008. Según datos participados por los representantes de cada Estado Miembro, países como el Reino Unido registran una media de dos mujeres asesinadas a la semana a manos de su pareja o expareja. En Hungría 137 de los 322 homicidios registrados durante 2008 fueron cometidos por violencia doméstica, 148 casos en 2007 y 152 casos en 2006; A pesar de reducirse el número por año, la cifra es aun muy alta. En otros países como Holanda,

cada tres días un ser humano (hombre, mujer o niño) muere por violencia doméstica (incluyendo los crímenes por honor).<sup>2</sup>

Se trata de un complejo fenómeno multicausal y se hace absolutamente necesario tener total conocimiento y conciencia de este problema para poder asegurar una adecuada respuesta policial.

## DEFINICIÓN

No hay una definición universal de lo que constituye violencia doméstica. El término varía dependiendo del punto de vista del que se mire, del contexto o incluso del ámbito profesional desde el que se trate. Por ejemplo las definiciones legales tienden a ser diferentes a las aproximaciones desde el punto de vista de la psicología o de la sociología.

En España la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, reguladora de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE de 29 de Diciembre de 2004) introduce en su primer artículo el término **violencia de género** para describir todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad que sobre las mujeres es ejercida por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Este concepto abarca diferentes situaciones típicas tales como agresiones físicas, agresiones sexuales, mutilación genital femenina, tráfico de mujeres, explotación sexual o acoso sexual en el trabajo, entre otras que no siempre se contextualizan en el ámbito doméstico, es decir, que se producen con independencia del tipo de relaciones interpersonales que mantengan agresor y víctima, que a veces son de tipo sentimental, familiar, de amistad o simplemente inexistentes.

Tampoco se puede obviar que hay ciertas situaciones de violencia en el ámbito familiar que no encuentran explicación en el rol de género (malos tratos a ancianos, malos tratos

---

<sup>2</sup> Asesinatos de mujeres de la familia bajo la sospecha de haber mantenido relaciones sexuales ilícitas.

a hombres en el seno de la pareja, abuso sexuales a niños, agresiones de hijos a padres, entre otras...).

Frecuentemente, violencia de género y violencia doméstica o familiar han sido utilizadas indistintamente, obedeciendo a una lógica en cuestión de prevalencia e intensidad, puesto que es la mujer la que en la mayoría de los casos es la víctima. Pueyo (2008) establece diferencias entre términos que no pocas veces son confundidos:

La **violencia doméstica o familiar** incluye cuatro categorías esenciales:

- violencia contra los hijos
- violencia contra los padres
- violencia contra la pareja
- violencia contra los ancianos

En este caso la relación de consanguinidad y la de convivencia común son equivalentes. Términos como violencia machista o incluso terrorismo machista, han sido coetáneas al de violencia doméstica o familiar y no pocas veces confundidas.

La **violencia de Género**, agrupa a todas las formas de violencia que se ejercen por parte del hombre sobre la mujer en función de su rol de género:

- violencia sexual
- trafico de mujeres
- explotación sexual de las mismas
- mutilación genital
- acoso laboral
- etc.

Este tipo de violencia es independiente del tipo de relaciones interpersonales que mantengan agresor y víctima que a veces son de tipo sentimental, familiar, de vecindario o inexistente.

**La violencia contra la pareja (VCP)** puede ser ejercida tanto el hombre hacia la mujer o hacia el hombre (en caso de parejas homosexuales), así como la mujer hacia el hombre o hacia la mujer. Pero el caso donde la víctima es la mujer y el agresor es el hombre, es con mucho el mayoritario, y combina elementos propios de la violencia de género, de la familiar y doméstica, pero otros específicos de la relación particular,

sentimental e íntima que tienen o han tenido los miembros de la pareja. Incluye distintos tipos de comportamientos violentos, actitudes, sentimientos, prácticas, vivencias y estilos de relación entre miembros de una pareja o expareja íntima que produce daños, malestar y pérdidas personales graves a la víctima.

Puesto que en este curso se trató la violencia doméstica en general, en este trabajo se va a ceñir el tema a la mencionada violencia, aunque sin dejar de comentar algunos aspectos más relacionados con la violencia de género o violencia contra la pareja, por considerarlos igualmente significativos.

Dentro del plan de Estudios CEPOL, se considera violencia doméstica “*Cualquier tipo de abuso o amenaza física, psicológica, sexual o económica, ejercida por una persona para controlar o dominar a otra persona dentro de una relación íntima, familiar o conyugal*”.

Una definición un tanto particular es usada dentro de Reino Unido (ACPO, 2004), “*cualquier incidente de amenaza, violencia, o abuso (psicológico, psíquico, sexual, financiero o emocional) entre adultos mayores de 18 años, quien son o han sido miembros de la familia o de la pareja, sin atender al género o al sexo. Los miembros de la familia son definidos como: madre, padre, hijo, hija, hermano, hermana, abuelos, bien directa o indirectamente relacionados, padrastros-madrastras, padres o familia política*”

Esta definición ha ocasionado polémica y dificultades, puesto que se puede aplicar violencia doméstica solamente a los autores, a partir de los 18 años sin embargo los adolescentes se pueden casar desde los 16, pero aparentemente no pueden ser actores de violencia doméstica hasta que cumplan los 18 años.

Definiciones similares son utilizadas para definir dicho fenómeno en la mayoría de los países Europeos: En Rumania por ejemplo, el trabajo policial se centra en la llamada “*Family violence*” definida como “*cualquier acto físico o verbal cometido intencionalmente por un miembro de la familia en contra de otro miembro de la misma familia que causa daño físico, mental, sexual o material*”.

## **FORMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA. VISIÓN EUROPEA**

Al igual que en España, en Europa el término de violencia doméstica incluye todas las formas de conducta criminal y comportamiento punible que tienen un impacto negativo sobre la víctima. Las categorías no pueden ser impermeables unas de otras, los límites son fluidos y son interdependientes procediendo o dando paso unos a otros. Las categorías son las siguientes:

**-Violencia Física:** Puede ser directamente contra la víctima, contra las personas que están cerca de la víctima o incluso contra propiedades de la víctima. Los comportamientos de abuso pueden incluir lo siguiente: golpes, arrojar objetos, quemar con cigarrillos, chocar la cabeza contra la pared, atacar con armas, o incluso asesinar (Kaselitz, y Lercher, 2002).

**-Violencia Psicológica:** Desde violencia emocional hasta formas de manipular y controlar el comportamiento de la víctima. El bloqueo de la línea telefónica, el impedimento de contactos con la familia y amigos hasta el más absoluto aislamiento, son comportamientos que definen este tipo de violencia. Humillar, coaccionar, insultar en público, difamar, acosar se añaden cualitativamente a estas conductas por parte del agresor. Este tipo de comportamiento a menudo ayuda al agresor a iniciar violencia física (Gabriel y Wolfferdsorff, 2006).

**-Violencia Sexual:** Contiene todos los actos sexuales que la víctima se ve obligada a hacer. Siguiendo a Applet, Hölliger y Logan (2001), hay que resaltar que detrás de este tipo de comportamiento no existen móviles sexuales sino más bien una demostración de poder.

**-Comportamiento Negligente:** Gosselin (2007) hace una enumeración de comportamientos que entrarían dentro de este tipo de violencia, como pueden ser el no administrar comida, ni medicinas, ni ayudas a personas con discapacidades físicas, por ejemplo ayudas para escuchar, para andar o para poder ver. Las personas más vulnerables o grupos de riesgo susceptible a este tipo de violencia, los constituirían los niños, la senectud o las personas con algún tipo de discapacidad física o psíquica.

En España existen dos estudios que muestran la prevalencia de este tipo de comportamiento. Ambas encuestas se llevaron a cabo en el ámbito académico. La primera de ellas fue realizada en el año 1999 por Medina-Ariza y Barberet (2003) y la segunda en el año 2006 por Calvete, Corral y Estévez (2007). Son comparables entre ellas puesto que utilizan el mismo instrumento de evaluación: la “Conflict tactics scale revised” (CTS2) de Straus adaptada al Español. (ver la tabla1).

<b>TIPO DE VIOLENCIA</b>	<b>MEDINA Y BARBERET (1999)</b>	<b>CALVETE y cols. (2007)</b>	<b>Diferencia</b>
<b>Psicológica</b>	<b>42,52</b>	<b>71</b>	<b>+28,48</b>
<b>Psicológica grave</b>	<b>15,21</b>	<b>23,6</b>	<b>+8,39</b>
<b>Física</b>	<b>8,05</b>	<b>16,2</b>	<b>+8,15</b>
<b>Física grave</b>	<b>4,89</b>	<b>6,6</b>	<b>+1,71</b>
<b>Sexual</b>	<b>11,48</b>	<b>29,4</b>	<b>+17,92</b>
<b>Sexual Grave</b>	<b>4,7</b>	<b>2,8</b>	<b>-1,9</b>
<b>Lesiones</b>	<b>5,76</b>	<b>3,8</b>	<b>-1,96</b>
<b>Lesiones Graves</b>	<b>2,23</b>	<b>1,6</b>	<b>-0,63</b>

Tabla1.Prevalencia de la violencia contra la mujer-pareja en España.

Como se puede observar en la tabla la prevalencia ha aumentado de manera importante en cinco modalidades: violencia psicológica grave y leve, violencia física leve y grave y violencia sexual leve (de esta forma muy alarmante, un 17,92%). Sin embargo, la violencia sexual grave, las lesiones y las lesiones graves han disminuido para el mismo periodo.

Una explicación a estos datos puede ser La ley Orgánica 1/2004 que ha hecho que haya aumentado la conciencia social a la hora de denunciar y de ahí que queden registrados datos que antes o estaban normalizados o no salían a la luz. Existe ahora una mayor sensibilidad para identificar y calificar ciertos sucesos cotidianos como violentos que anteriormente no tenían esa consideración.

Sin embargo en los datos sobre los casos de violencia sexual grave, lesiones o lesiones graves, se encuentran diferencias y descenso de la prevalencia. Quizá sea debido a que normalmente son los casos que llegan a las dependencias policiales y requieren asistencia sanitaria y han contado siempre con un registro, siguiendo a Catalano (2007), este descenso coincide con la dinámica de descenso de la violencia grave (asesinatos y violencia física grave) que se detecta en países de nuestro entorno socio-cultural en los que se han tomado medidas explícitas y generales de lucha contra la violencia contra la mujer.

## INCIDENCIA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EUROPEA

Es difícil obtener cifras sobre violencia doméstica. En España como se ha comentado más arriba gracias a la L.O. 1/2004, existe más conciencia sobre este tipo de sucesos y la mujer se ha hecho más valiente y llega a denunciar. Pero de todos es conocido el porcentaje de víctimas que no se atreven a ello, por lo que a las cifras oficiales hay que añadir las que no salen a la luz. Por ello las campañas publicitarias, no solamente en España sino en el resto de países Europeos, han ido encaminadas a animar a la víctima a que denuncie. (Figura 1).



Figura 1. Cartel publicitario Francés

En ciudades como Edimburgo los esfuerzos están especialmente centrados en la prevención primaria. Esta ciudad ha desarrollado un programa llamado “Tolerancia Cero”, con el objetivo de aumentar la conciencia social. El fin es aumentar la actitud positiva a que las víctimas denuncien.

Como dato a resaltar de este miedo a denunciar o falta de confianza en el sistema policial, merece la pena echar un vistazo a la estadística Húngara, Aunque las investigaciones en esta área han ido aumentando (ver tabla 2), tan solo se han registrado poco más de 300 ordenes de alejamiento los pasados tres años.

<b>Años</b>	<b>Investigaciones en V.D.</b>
2008	11.205
2006	6.927
2005	7.522
2004	6.903
2003	6.903

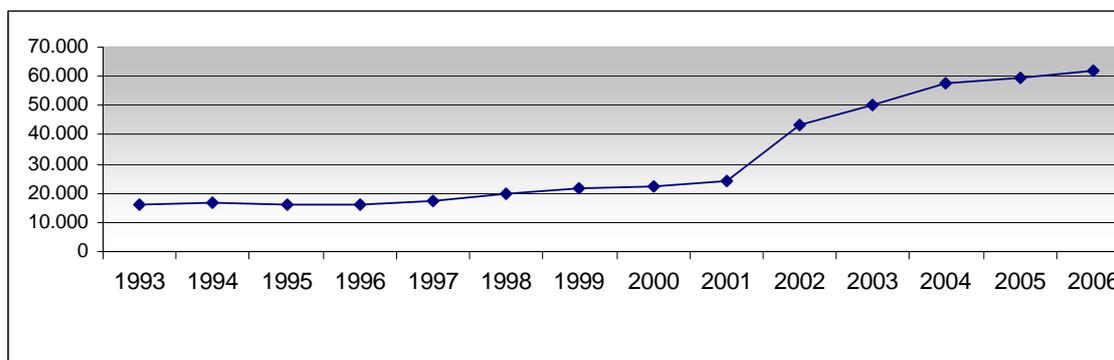
Tabla 2. Investigaciones en V.D. (Hungría).

Al preguntar al representante Húngaro sobre este dato tan exageradamente desproporcional, argumentó que además de que la Corte Constitucional Húngara se opone a crear una regulación similar al sistema Austriaco (que les sirve de guía) alude a que las víctimas normalmente no confían en el sistema policial y tienen miedo a denunciar.

En España el aumento más llamativo en la cantidad de denuncias se produjo a partir del año 2002, a raíz de la Ley Orgánica 14/99 de 9 de junio de modificación del código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la ley de enjuiciamiento criminal. Es a partir de ese año cuando se comienza a incluir en la calificación de maltrato doméstico otros delitos y faltas tales como detenciones ilegales, amenazas, coacciones, torturas, allanamiento de morada, agresiones sexuales, corrupción de menores e incapaces, calumnias, coacción a la prostitución, etc. Adicionalmente se incluye a partir de ese año en la relación de cónyuge a divorciados, compañeros sentimentales, excompañeros sentimentales, novios y exnovios.

Las estadísticas de prevalencia están muy afectadas por las imprecisiones en la definición de las formas de violencia. Así, las denuncias interpuestas en España, por

mujeres a lo largo de una década nos indican un progresivo incremento, (ver gráfica 1). Una interpretación fácil de esta evolución ascendente lleva a pensar en el éxito de las campañas de sensibilización dirigidas a las víctimas ocultas.



Gráfica1. Evolución de denuncias a la policía en España. Ministerio del Interior

Como se puede observar entre el 2002 y el 2006 existe un incremento significativo de denuncias a la policía por mujeres que sufren de violencia. Se observa que en 2006 el número de denuncias fue un 71% más alto que en 2002. El último informe del observatorio estatal de violencia sobre la mujer del 12 de mayo de 2009, muestra que desde el 1 de enero del 2007 al 31 de diciembre de 2008 se produjeron 268.418 denuncias.

De éstas, son presentadas:

- El 1,5% fueron presentadas por familiares en juzgados o policía.
- El 11,1% por partes de lesiones.
- El 12,1% por atestados de la policía por intervención directa y/o servicios de asistencia. Terceros en general.
- El **73,3%** fueron presentadas por la víctima en juzgados o ante la policía.

En Europa no hay datos estadísticos sobre la prevalencia, incidencia, frecuencia de la violencia doméstica que pueda cubrir a toda Europa. Los casos de violencia doméstica son registrados de diferente manera en cada Estado Miembro (acoso, intimidación, rapto...).

Algunos datos extraídos de dos encuestas sobre crímenes nacionales en USA y en Reino Unido ofrecen los siguientes datos (CEPOL, 2009):

- El 16% de los delitos por violencia son delitos de violencia doméstica.

- El 77% de las víctimas son mujeres.
- La mitad de los delitos sexuales son cometidos por la pareja o expareja.
- Una de cada cuatro mujeres y uno de cada trece hombres informa que han experimentado violación o violencia física al menos una vez en su vida.
- La incidencia de los ataques sexuales en mujeres es siete veces más grande que en hombres.
- El 38% de las mujeres víctimas de violencia y el 7% de los hombres víctima de violencia informa que han temido por su vida.
- Las más serias formas de violencia fueron ejercidas por hombres a mujeres (golpes, estrangulamientos, violaciones...).
- Las menos serias formas de violencia fueron ejercidas por mujeres a hombres (bofetadas, mordiscos, patadas...).

## **CONSECUENCIAS EUROPEAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA**

La violencia doméstica puede tener consecuencias en diferentes niveles: para la víctima (tanto directa como indirectamente), para el agresor y para la sociedad en su conjunto.

**VÍCTIMAS:** Puede tener consecuencias devastadoras tanto a nivel físico como a nivel psicológico, a corto, medio y largo plazo (estrés postraumático).

**NIÑOS:** A menudo están implicados en los casos de violencia doméstica, bien como testigos o bien como víctimas adicionales del maltratador. Niños que viven en casas donde existe violencia doméstica y en función de la vulnerabilidad, tienen incrementado el riesgo de experimentar violencia o rechazo por ellos mismos hacia otros, comparados con niños que han crecido sin violencia entre los padres. Krug y cols (2002), demostraron que los niños que están presentes en episodios de violencia entre padres suelen tener más problemas conductuales, y emocionales, ansiedad, depresión, bajo rendimiento en el colegio, comportamiento tendente a la rebeldía, pesadillas y quejas físicas.

Un estudio conducido por el Instituto Nacional de Justicia Alemana (Widom/MAXfiel, 2001), reveló que la gente que había sido rechazada o violentada en su infancia, tenía un 59% más de riesgo de ser arrestada por crímenes en su juventud y un 28% de riesgo de ser arrestado por un crimen en su etapa adulta y eran un 30% más proclives a llegar a cometer crímenes violentos. En este estudio, se mostró como niños que habían

experimentado abuso, tenían una edad media menor en su primer arresto y que éstos cometían el doble número de crímenes y eran arrestados más frecuentemente que aquellos sujetos de la muestra de referencia que no habían experimentado abuso en su infancia.

Han sido propuestas diferentes aproximaciones para explicar el porqué los niños que han presenciado comportamientos violentos de los padres, adoptan estas conductas posteriormente:

- Las teorías del aprendizaje afirman que los niños tienden a ver este tipo de comportamientos como aceptables dentro del repertorio de conductas de los padres y normalizan la violencia como medio para resolver conflictos.

-Otras teorías argumentan que han de existir ciertas predisposiciones genéticas que en interacción con ciertos escenarios de violencia, aumentan la probabilidad para que se desarrollen estas conductas.

-Finalmente se propone con fuerza la corriente feminista, que desde un punto de vista patriarcal, argumenta que la violencia es utilizada como un modo de preservar y reproducir el poder ejercido.

## **MITOS, ACTITUDES, Y PREJUICIOS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EUROPEA.**

En el curso se hizo una especial atención a la hora de erradicar mitos a todas las FCS<sup>3</sup> encargadas de atender a estos temas. Aunque cada vez está más extendida la creencia de que es preciso rechazar las conductas violentas y apoyar a las víctimas, todavía hay una imperiosa necesidad de educar a la gente y a todos los profesionales relacionados con el tema. Todavía existen ciertos mitos que han de ser erradicados en el campo de la violencia doméstica. En dicho curso se han enumerado una serie de ellos que aun existen en la población en general. Entre los más significativos figuran los siguientes:

- La violencia doméstica sólo existe en contextos culturales pobres y en culturas sociales específicas.
- Víctima: siempre mujer/ agresor: siempre hombre.

---

<sup>3</sup> Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

- La víctima ha provocado al agresor.
- La violencia doméstica solo ocurre cuando el agresor está borracho
- La violencia doméstica es un asunto privado.
- La víctima puede abandonar al agresor, pero la persona ha elegido vivir en esa situación.

Este tema es muy importante para la **actuación policial**, es preciso reconocer las consecuencias que puede tener un mal entendimiento de la VD. Las actitudes, los prejuicios y los mitos tienen un impacto directo en las víctimas, contribuyen a su manera de sentirse estigmatizada y hacen que sea más difícil para las víctimas el denunciar en las dependencias policiales sus experiencias de violencia (Kury y cols. 2005).

Las respuestas policiales y judiciales son particularmente importantes aquí. Una inapropiada respuesta policial debido a prejuicios puede hacer que la víctima se desmoralice totalmente, y que facilite el proceso de victimización secundaria y terciaria<sup>4</sup>.

Para ser capaces de enfrentarnos con este tipo de prejuicios o actitudes es necesario desviarlas y erradicarlas con una profunda educación no solamente para la población en general sino para los profesionales en particular, especialmente a nuestras FCS que se encargan diariamente de esto.

## **ACTUACIÓN POLICIAL**

La respuesta de las FCS se basa en la inmediatez a las demandas de auxilio de la víctima y en adecuar las actuaciones particulares al tipo de problema y circunstancias.

Sin obviar las diferentes necesidades en función de las características de las víctimas (mujeres, hombres, personas mayores, inmigrantes, personas con discapacidad..) el

---

<sup>4</sup> Victimización Primaria: Deriva directamente del hecho traumático. La víctima como sujeto pasivo de un delito tiene una experiencia personal que le provoca unas consecuencias (físicas, psicológicas, económicas...).

Victimización Secundaria: es la derivada de la relación y experiencia personal de la víctima con el sistema policial y judicial. Se tiene una experiencia nueva que puede llegar a ser más cruel que la Victimización primaria.

Victimización Terciaria: Es el conjunto de costes de la penalización sobre quién la soporta personalmente o sobre terceros.

género, la edad, el estatus social, etc de una víctima o de un agresor es irrelevante para el modo de actuación policial. Todas las víctimas deben recibir el mejor soporte posible y todos los agresores deben experimentar las mismas sanciones bajo la ley.

Las respuestas de nuestras FCS deben estar encaminadas siempre a:

- Garantizar la integridad física e intimidad a la víctima
- Ofrecer facilidades para presentar denuncia.
- Informar a la víctima de todos los derechos y recursos, así como de las medidas de protección a su alcance.
- Practicar cuantas intervenciones se requieran para el total esclarecimiento del hecho.

Antes de la L.O. 1/2004 existían medidas cautelares de la LECRIM, eran potestativas del Juez. Ahora la ley impone al juez el dictar una orden de Protección (OdP) cuando concurren una serie de hechos tasados, y se dan una serie de requisitos.

La ley 27/2003 de 31 de julio se encarga de regular las órdenes de protección dictaminadas por el juez de Instrucción cuando existen indicios fundados de la comisión de un delito o faltas contra la vida, integridad física o moral. Será acordada por el juez de oficio a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en la propia ley o por el Ministerio Fiscal. Puede solicitarse directamente ante la autoridad judicial, ante el Ministerio Fiscal o bien ante las FCS, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales así como ante las instituciones asistenciales dependientes de las administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida al juez competente. Quedan así establecidas tres tipos de medidas: (ver la tabla 3).

<b>MEDIDAS CAUTELARES DE PROTECCIÓN</b>		
<b>PENAL</b>	<b>CIVIL</b>	<b>ADMINISTRATIVA O SOCIAL</b>
<i>No Comunicación</i>	<i>Uso de la vivienda</i>	<i>Trabajo</i>
<i>No aproximación</i>	<i>Pago de pensiones</i>	<i>Ingresos familiares</i>
<i>Retirada de armas</i>	<i>Régimen de visitas</i>	<i>Permutas de vivienda</i>

<i>Brazaletes</i>	<i>Supresión de la tutela</i>	<i>Alquileres</i>
<i>Trabajos en beneficio de la comunidad</i>	<i>Custodias, estancias de hijos</i>	<i>Teleasistencia</i>
<i>Multas</i>	<i>Régimen provisional de prestación de alimentos</i>	<i>Solicitud de paro</i>
<i>Prisión</i>	<i>Otras adicionales con riesgo de sustracción de menores</i>	

Tabla 3. Medidas cautelares de Protección.

## **BUENAS PRÁCTICAS EUROPEAS (MODELOS)**

Durante el curso CEPOL tuvimos la posibilidad de ver diferentes “buenas prácticas” llevadas a cabo en diferentes ciudades y en diferentes países. En la mayoría de los casos se trata de modelos multidisciplinares que trabajan en colaboración mutua, proporcionando estrategias y formas de actuación que incrementen la seguridad de las víctimas de violencia doméstica.

### **-REINO UNIDO. Sanctuary Scheme**

Se trata de una iniciativa del barrio Londinense Harrow, que permite a las víctimas de violencia doméstica o a las que sufren amenazas de este tipo, estar en su casa y sentirse seguras allí. Pretende evitar que las víctimas se trasladen buscando escapar del hostigamiento.

El proyecto esencialmente se enfoca en tres objetivos (CEPOL, 2009)

1. Apoyar a víctimas de violencia doméstica para que éstas no tengan que moverse de su lugar de residencia para prevenir futuros ataques.
2. Reducir repetidos ataques a las víctimas.
3. Reducir los costes que surgen cuando constantemente hay que proporcionar acomodación a las víctimas de violencia doméstica.

El principal empuje de este modelo es establecer un lugar protegido dentro de la residencia de la víctima en donde en caso de otro ataque, exista un “santuario” que aguarde a la víctima hasta que la policía o los servicios de emergencia acudan. Consiste

principalmente en sustituir la puerta de una habitación del domicilio por un núcleo sólido de puerta, donde la jamba de la puerta actúa como una barrera adicional. Existen otras medidas adicionales de seguridad, (rejas, escaleras de escape...) cuyo objetivo último es dar cabida a las necesidades y circunstancias de las víctimas.<sup>5</sup>

En el periodo de 2002-2007, fueron creados un total de 291 santuarios en Harrow. El 90% de las víctimas cuyos alojamientos fueron equipados con las facilidades de este modelo, informaron que una vez que la medida había sido completada, se sentían más seguras en su casa (CEPOL, 2009).

### **REINO UNIDO, MARAC (Multy-Agency Risk Assessment Conferences). Multiagencia de valoración del riesgo.**

Se trata de múltiples agencias (asistenciales, servicios sanitarios, salud mental, apoyo judicial, económico...) que trabajan conjuntamente para proporcionar una respuesta central, en todas aquellas víctimas con alto nivel de riesgo de sufrir nuevos episodios violentos. El objetivo de todas las agencias es común (disminuir el riesgo de la víctima) y trabajan de manera estructurada.

Por medio de encuentros quincenales o mensuales van construyendo en colaboración un diagrama de las circunstancias personales de cada víctima, para poder idear y poder realizar una buena gestión de medios y recursos y así finalmente alcanzar un control del riesgo de sufrir un nuevo ataque. Este sistema trabaja en paralelo con el IDVA (Independent domestic violence advisors). (ver más adelante).

Fue iniciado en Cardiff (UK) en 2003, cayendo el porcentaje de las víctimas que habían sido repetidamente afectadas por esta violencia de un 32% a menos de un 10% entre el 2004 y el 2006. Desde que el MARAC fue evaluado y mostrado que era efectivo, ha sido introducido en toda Inglaterra y Gales.

---

<sup>5</sup> Para más información:

[http://www.eukn.org/binaries/greatbritain/bulk/policy/2007/6/options\\_for\\_setting\\_up\\_sanctuary\\_scheme.pdf](http://www.eukn.org/binaries/greatbritain/bulk/policy/2007/6/options_for_setting_up_sanctuary_scheme.pdf)

## **REINO UNIDO. IDVA (Independent Domestic Violence Advisor).**

IDVA ha emergido en los últimos años. Se trata de un conjunto de especialistas acreditados cuyo objetivo es la seguridad de las víctimas. Son el contacto de éstas, desde que la víctima está en el pico del riesgo hasta que éste descende, o hasta que la víctima alcanza un punto donde puede ser movida al apoyo de otro especialista. Los policías están obligados a completar unos indicadores de riesgo en una lista de verificación para evaluar el nivel de riesgo para cada caso.

## **SUECIA. El programa integrado de violencia doméstica en Malmö**

Recibió el “European Crime Prevention Award” (ECPA)<sup>6</sup> en 2007 por el modelo de buenas prácticas por su lucha contra la violencia doméstica. Es un gran proyecto de colaboración ejecutado principalmente por la autoridad local, la autoridad policial y el sector sanitario. Estos tres actores han desempeñado un papel central en el diseño del programa y de su contenido. Ha sido conceptualizado sobre la base de una imagen concreta de las necesidades de las mujeres que han sido víctimas de este delito, necesitando tratamiento sanitario por un lado, el informe policial por otro y finalmente asesoramiento por la autoridad local.

Cuenta con varios programas simultáneos como el programa para apoyar a mujeres y niños afectados física y/o sexualmente en el hospital universitario de Malmö, y el programa de tratamiento con autores reclusos en la prisión local). Cuenta también con la colaboración de varios centros de crisis (para mujeres, hombres y niños) así como un lugar de refugio para mujeres víctimas de crímenes por honor y otro refugio para mujeres que sufren adicción a las drogas o al alcohol.

Este programa empezó en 1996, el número de mujeres que han denunciado violencia doméstica ha subido un 50%. La proporción de casos donde el autor del crimen ha sido procesado casi se ha casi doblado.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Premio a la prevención del Crimen Europeo ([www.eucpn.org/index.asp](http://www.eucpn.org/index.asp))

<sup>7</sup> Para mas información ver [http://www.eucpn.org/docs.Sweden\\_ECPA%202007.pdf](http://www.eucpn.org/docs.Sweden_ECPA%202007.pdf)

### **AUSTRIA. Modelo de expulsión.**

Austria fue el primer país en introducir el modelo de expulsión que establece la principal responsabilidad al autor del hecho. Se trata de una medida policial que hace posible expulsar al autor de la vivienda de la víctima y la prohibición de volver por un periodo específico de tiempo (máximo 20 días). Esto proporciona a las víctimas un tiempo para que puedan considerar nuevos pasos, tomar decisiones y establecer contacto con abogados y fiscales. El objetivo de este periodo de tiempo es principalmente ofrecer a la víctima la oportunidad de aprovecharse de ayuda profesional. Como regla general, la expulsión puede ser ampliada con una orden de protección basada en el derecho civil para proteger en el lugar a la víctima. Sin embargo, esta orden de protección debe ser solicitada por la víctima en persona delante de la corte civil o del tribunal de familia.

### **SUECIA. Modelo de proyecto de video documentación en las escenas del crimen.**

En casos de violencia doméstica en particular, a menudo hay problemas en cuanto a demostrar evidencias en procedimientos criminales. La policía depende en la mayoría de los casos de la buena voluntad de las denuncias y testimonios en contra de los agresores. Sin embargo, muy a menudo después de un periodo corto de tiempo, las víctimas quieren retirar la denuncia y no están dispuestas a testificar en los procedimientos criminales. En algunos casos cambian incluso totalmente la secuencia de los eventos.

Como parte de un modelo experimental, en un distrito policial en Suecia los oficiales en la patrulla iban equipados con una pequeña video camera. En algunos casos de violencia doméstica, esta videocámara no solo fue utilizada para recoger información sobre la escena del crimen sino también para llevar a cabo una entrevista inicial con la víctima en la propia escena.

Una vez la víctima y el autor han sido separados, las víctimas son preguntadas si están preparadas para tomar parte en una entrevista inicial usando esta tecnología. Esta entrevista es entonces tomada en el lugar de residencia de la víctima. La videocámara también graba toda la situación por ejemplo los muebles, u objetos que hayan podido

ser arrojados o destruidos. Esas grabaciones no son usadas como evidencia. Cuando las víctimas vienen a retirar la denuncia, se les pide que se sienten para ver el vídeo de la primera entrevista del día de la denuncia. Muchas víctimas que se enfrentan con esta dramática primera entrevista de la situación en el momento de la denuncia, siguen cooperando con la policía durante el procedimiento criminal. Esto resulta en una considerable reducción en el número de procedimientos que concluyen sin ninguna consecuencia para los autores porque las víctimas no estaban dispuestas a cooperar.

### **HOLANDA. Orden de Alejamiento temporal.**

A veces, pueden existir amenazas dentro del hogar, pero para la policía hay insuficiente información como para arrestar a alguien inmediatamente. El objetivo es parar la amenaza y ayudar a organizar. Para ello la policía (oficialmente el "mayor") puede imponer una orden de alejamiento temporal. Se evita así la escalada de la violencia y se le mantiene lejos al agresor prohibiéndole regresar a casa por un periodo de tiempo determinado. Esto también provoca un periodo de reflexión en el autor. La orden de alejamiento es para 10 días. Si durante este tiempo no abandona el hogar o establece contacto con la víctima, niños y otros miembros de la casa en esos diez días está cometiendo un delito y es responsable del castigo.

El mayor es el encargado de retirar la orden de alejamiento y puede decidir si la extiende por un máximo de cuatro semanas, si todavía hay un peligro de violencia doméstica o si se obstaculiza cualquier ayuda a la familia.

### **ESPAÑA. Valoración del Riesgo.**

Actualmente España esta trabajando en el sistema integral de protección en casos de violencia de género. Se trata de un modelo experimental donde en una base de datos nacional constan todos los autores de este tipo de delitos, así como todas las víctimas, información también sobre las denuncias y sobre las condiciones de las ordenes de protección interpuestas. Además existen unos protocolos informatizados (VPR y VPER)<sup>8</sup> que se encargan de valorar el riesgo que tiene una víctima de volver a sufrir otro episodio de violencia. Se trata de dos cuestionarios basados en los factores de

---

<sup>8</sup> VPR: Valoración Policial de Riesgo.

VPER: Valoración Policial de la Evolución del Riesgo

riesgo que evalúan la probabilidad que se repitan los episodios de violencia (uso de armas, consumo de alcohol, escalada de la violencia...). En función del nivel de riesgo evaluado por dichos protocolos se establecen las medidas policiales.

La última instrucción de la SES<sup>9</sup> 5/2008 establece cinco niveles de riesgo y sus consecuentes medidas policiales.

## CONCLUSIONES

Lo más productivo ahora sería tratar de analizar las diferentes medidas adoptadas en los países mencionados y ver hasta que punto sería interesante y/o útil implantarlas en España. A mi juicio, el modelo de expulsión Austriaco es una de las medidas cautelares adoptadas en España, pero con la diferencia que es por un período de 20 días y que se inicia por solicitud de la víctima y no de oficio. Pero lo más curioso es que se trata de una medida policial, lo cual chocaría con nuestro actual modelo Español.

En cuanto al modelo de Suecia de videodocumentación es interesante para aquellos casos en que la víctima trata de retirar la denuncia, pero por otro lado, habría que reflexionar en este punto ¿Cuánta gente retira la denuncia coaccionadamente? También muchas veces hay personas que en el intento de huir/evitar la agresión, el daño, la amenaza..., consideran que una vez que el agresor ha vuelto a la línea base respecto a su comportamiento, se muestra totalmente apaciguado y con la intención aparente de cambiar; fase denominada “luna de miel”<sup>10</sup> ven el retirar la denuncia como una manera de intentar apaciguar las cosas evitando el enfado o lo que pueden entender como una provocación hacia el agresor siempre con la esperanza de que la persona cambie o modifique su conducta o haya sido algo puntual. Entonces es ahí cuando se debería mostrar el video para que la víctima sea 100% consciente de lo que ha ocurrido y darle la oportunidad de reflexionar por unos minutos en un medio externo, alejada de la pareja y sería fundamental completarlo con un dialogo con agentes formados para ello o/y cuestionario (recoger datos de por qué se quitan las denuncias, cuales son los motivos: miedo, volver a intentarlo, dar una segunda oportunidad, promesas de cambio, decidir ahora que es solo un momento puntual, por no desestructurar la familia ....). Por

---

<sup>9</sup> Secretaría de Estado de Seguridad

<sup>10</sup> Fase Luna de Miel: El maltratador deja de golpear, se arrepiente, y pide disculpas. Es la fase más delicada del ciclo de la violencia. Muchas víctimas a pesar de haber abandonando la relación y haber formulado denuncia, sienten que deben dar un paso atrás y perdonar al maltratador. Aquí el apoyo profesional debe ser de vital importancia.

medio de estudios longitudinales, y a largo plazo podríamos estudiar si encontramos alguna correlación entre los motivos de por qué se quita una denuncia y lo que acontece posteriormente. Debemos entender dado los precedentes históricos y a pesar de haberse avanzado en este campo que para cualquier mujer no es fácil acercarse a una dependencia policial e ir a denunciar a la persona con la que convive.

Es interesante el modelo Santuario en Reino Unido, reporta seguridad a la víctima y como se ve en la página recomendada al efecto, ha surtido efecto en reiterados casos evitando nuevos episodios de agresión. Pero al igual que sucede con el modelo integrado de violencia doméstica en Malmö, requiere una fuerte inversión de medios y de recursos.

En España la lucha contra este problema es global (legal, policial, asistencial...), a diferencia de otros países, como por ejemplo la vecina Portugal, España cuenta con un protocolo de actuación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales, así como con una base de datos centralizada donde es posible acceder a toda la información tanto de la víctima, del agresor, así como datos de la denuncia, disponible para los agentes del Cuerpo Nacional de Policía o de la Guardia civil. Adicionalmente existe un protocolo de colaboración y coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los cuerpos de Policía Local para la protección de la violencia doméstica y de género, que establece entre otros los criterios básicos de colaboración y coordinación para optimizar los recursos humanos y materiales en los términos municipales correspondientes y así poder garantizar el cumplimiento de las medidas judiciales de protección a las víctimas de acuerdo con la L.O. 1/2004.

En resumen, debemos de tratar de retroalimentarnos en esta área con el resto de los países de la Unión Europea en pos de una mejora en nuestra lucha contra esta lacra. Y en la medida de lo posible estudiar la inclusión de las medidas que mayor éxito obtengan en los países vecinos, tratando de detectar diferencias demográficas y contextuales, adaptándolas a nuestra población si fuera preciso. Una vía opcional es probar estos métodos con una muestra española reducida para poder evaluarla a medio plazo pero suficientemente amplia para poder sacar conclusiones precisas que nos garanticen lo máximo posible la implementación en todo el país.

## **BIBLIOGRAFIA**

APPELT, B. HÖLLIGER, A. LOGAR. R (2001), GEWALT UND IHRE Zinder. En: Common Curriculum on Policing Violence I. European Police College (2009).

CATALAONO, J. et al. (2007). Intimate Partner Violence in USA. US. Dep of Justice. OJP.BJS ([www.ojp.usdoj.gov/bjs/](http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/))

CALVETE, E., CORRAL, S. y ESTÉVEZ, A. (2007). Factor structure and Validty of the revised Conflict Tactics Scales for Spanish Women. Violence against Women. 13(10): 1072-1087

CEREZO DOMINGUEZ, A.I. (2006). La violencia en la pareja: prevalencia y evolución. En “La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género”, Boldova, M.A. y Rueda, M.A. (coords.). Barcelona: Atellier.

CEPOL (2009). Common Curricula on policing violence I. European Police College.

GOSSELIN, D. K. (2007). Forms of Intimate Partner Violence. In Jackson, N.A. (Ed). Encyclopedia of Domestic Violence. London: Routledge, 408-415

KRUG, E. G., DAHLBERG, L. MERCY, J. A., ZWY, A. B., LOZANO, R. (2002). Word report on violence and health. Genf: Who.

<http://eur-lex.europa.eu>

KURY, H., OBERGFELL-FUCHS, J. (2005). Gewalt in der Familie. Für und Wider den Platverweis. Freiburg I.B.: Lambertus. En: Common Curriculum on Policing Violence I. European Police College (2009).

LEY ORGÁNICA 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LEY 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica.

MEDINA ARIZA, J.J. y BARBERET, M. (2003). Intimate Partner Violence in Spain. Finding from a Nacional Survey. Violence against woman, 9: 302-322

PUEYO, A., López, S., y Álvarez, E. (2008). Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA. *Papeles del Psicólogo*, 28(1): 107-122

**Autor: Capitán Julián López Muñoz**  
**Licenciado en Derecho.**  
**Doctorando en Derecho Penal.**

## **LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU UTILIZACIÓN POR LA “MAFIA RUSA”. ( 1 / 2 )**

### **1.- INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo, dividido en dos partes la segunda de las cuales se publicará con posterioridad, pretende analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y recalcar en aquellas que actúan en el mundo empresarial con tráficós mercantiles al uso que aparentemente son operaciones inocuas pero que en realidad están siendo manejadas por individuos que de una u otra forma se relacionan o pertenecen a la “mafia rusa”, siendo estas personas físicas integrantes de los órganos de gestión o representación pero distintas de aquellas que, en realidad, toman la decisión del funcionamiento de la asociación y dan inicio a una serie de actos influyentes. Estas personas de la sombra que deciden en elegantes y respetables despachos, en mansiones de columnas jónicas, en partidas de tenis o de golf o en el marco de la celebración de sus cumpleaños, y que dominan y marcan la dinámica de los tiempos en el mundo criminal transnacional, partiendo de países que en su día conformaron la antigua URSS, son los conocidos como “**vory v zakone**” (“ladrones de ley”) o los recientemente aparecidos en el mundo criminal-empresarial y conocidos como los “**oligarcas**”.

Será el comportamiento de estos líderes criminales el hilo conductor que llevará a conformar la causa cuyo resultado es el hecho tipificado. No en vano son éstos los que ordenan, dirigen, configuran y en definitiva controlan el grupo criminal con una estructura fuertemente jerarquizada donde cada miembro se especializa en una faceta de la vida empresarial y de control de mercados, apoyado por un soporte de seguridad compuesto en muchos casos por ex miembros de servicios secretos y de inteligencia y finalmente protegidos por brigadas integradas por equipos que llevan a cabo las acciones violentas sobre personas físicas o jurídicas, investigadores, fiscales o jueces que se puedan interponer en su trayectoria.

Haciendo una revisión de las distintas teorías que versan sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, intentaré establecer la conexión entre las organizaciones criminales y las personas jurídicas creadas por ellas con la finalidad de disimular conductas delictivas y argumentar la validez, o no, del principio tradicional “*societas delinquere non potest*” que ha informado al sistema penal desde hace siglos y del que se deriva la imposibilidad de hacer responder penalmente a una persona jurídica.

Adentrándome en este principio he observado que quizás donde más se ha debatido sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido en Alemania, Tras un largo camino y sentadas las bases sobre esta cuestión, en los años 50 surge de nuevo el planteamiento por hechos ocurridos con las Fuerzas Aliadas, y es que las leyes dictadas por la Alta Comisión de los Aliados eran aplicables directamente en el Derecho alemán; en concreto el artículo 5 de la Ley 14 de esta Alta Comisión equiparaba con las personas físicas a las personas jurídicas como sujeto de acciones penalmente relevantes, tan es así que en una sentencia se impusieron penas pecuniarias que eran verdaderas sanciones penales, a una sociedad anónima y a una cooperativa minera, lo que ocasionó grandes críticas de la doctrina alemana, resurgiendo nuevamente el planteamiento y la discusión del problema sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En pleno Siglo XXI, tras la caída del “telón de acero”, con unas sociedades mercantiles, asociaciones, fundaciones etc., nacidas desde el frío Este, totalmente adaptadas a Occidente y en expansión tras la implantación de la *perestroika*; las argumentaciones en los países occidentales, sobre la responsabilidad o no de las personas jurídicas aún no están plenamente positivadas para su aplicación, en un solo sentido, positivo o negativo. En España el principio “*societas delinquere non potest*” está asentado en la tradición jurídica española desde el siglo XVIII.

La posibilidad de hacer responder penalmente a las personas jurídicas ha sido tradicionalmente imposible ya que el Derecho Penal a lo largo de su evolución se ha caracterizado por una concepción individual y personal de la responsabilidad penal. Sobre todo en los países de la Europa continental de gran tradición dogmática, la teoría del delito elaborada a partir de los delitos de violencia ha permanecido intocable, centrándose la vigencia y por tanto la problemática del principio que nos ocupa, en la supuesta carencia de las personas jurídicas de capacidad de acción, de capacidad de culpa y de capacidad de pena. Capacidades que sí encontraremos en las personas físicas.

El código penal francés, el suizo y el belga, así como el holandés modificado en 1976, entre otros, reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos, Canadá y Austria, a pesar de no tener una clara derogación del principio “*societas delinquere non potest*” si admiten en líneas generales la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En Alemania, Portugal, Italia y España, por el contrario, sigue en plena vigencia tal principio. Aunque en nuestro país son varios los autores que mantienen la responsabilidad penal de las personas jurídicas por cuanto son un magnífico instrumento para derivar responsabilidades.

A mi juicio esta tradición dogmática continental que llega a nuestro país deja inerme, para hacer frente a una criminalidad organizada transnacional, a nuestro Estado de Derecho teniendo en cuenta que cada vez es más ofensiva y violenta e intenta penetrar en el sistema económico, político y social llegando incluso a pretender dominar sectores estratégicos del Estado. Bajo el punto de vista político-criminal habría que desprenderse de concepciones filosófico-dogmáticas y situarse frente al problema para capearlo con la normativa existente, y darnos cuenta que dicha capa no deja de ser una pequeña estola frente a la persona jurídica en la que realmente subyace una organización criminal; la Comunidad Europea, siendo consciente de las diferentes regulaciones existentes en las legislaciones de los Estados miembros, en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y previendo que desde un punto de vista de política criminal es necesario proceder a unos únicos cánones en todos los Estados en relación con la necesidad de exigir responsabilidad a las personas jurídicas en determinados ámbitos, se han elaborado, entre otros, los siguientes instrumentos: Convenio europeo de 4 de noviembre de 1998, para la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; Decisión Marco 2005/667/JAI/del Consejo, de 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques; la 2005/222 de 24 de febrero relativa a los ataques contra los sistemas de información; la 2004/757 de 25 de octubre relativa a al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; y otras tantas sobre explotación sexual de los niños, la lucha contra la corrupción en el sector privado, la prevención del sistema financiero para el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, etc. Y siguiendo su ejemplo hacer frente y responsabilizar, y en su caso castigar, penalmente a esas personas jurídicas que van más allá de su leal funcionamiento y son utilizadas como cobertura perfecta para delinquir.

## **2.- ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA**

El Derecho Penal moderno español, a diferencia de otros que más adelante se enumeran, prevé a la **persona física como la única autora de delitos**, ya que al ser la acción un acaecimiento dependiente de la voluntad, no puede ser atribuida, ni por consiguiente realizada, sino por una persona humana. No pueden ser sujeto activo las cosas inanimadas ni los animales. No puede negarse que las personas jurídicas tienen capacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes, y, por ello, en principio, podrían ser sujetos activos de un delito. Pero les falta la capacidad de culpabilidad y la capacidad de pena; tampoco las normas de procedimiento penal permiten hacer efectiva una responsabilidad criminal en una persona jurídica, desprendiéndose del conjunto de nuestro ordenamiento jurídico-penal que solo el hombre, como individuo, puede ser sujeto activo del delito. Para BAJO FERNANDEZ “tal y como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena”. Por otra parte MUÑOZ CONDE sostiene que “desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”.

### **2.1.- CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

La consideración de la acción como un comportamiento “humano” ha constituido un auténtico obstáculo para la modernización del Derecho Penal al reducir en exceso el ámbito de los sujetos a los que se dirige este Derecho dificultando que puedan ser consideradas “acciones” las actuaciones de personas jurídicas y, por consiguiente, que se les pueda exigir responsabilidad criminal. JESCHECK mantiene que “Las personas jurídicas y las asociaciones de personas solo tienen capacidad de actuar por medio de sus órganos por lo que no pueden ser castigadas por sí mismas”.

Está claro y así lo asume la mayoría de la doctrina, que las personas jurídicas necesitan una persona física para actuar en el mundo exterior a través de sus acciones naturales, dado que éstas son seres inanimados. No obstante, lo anterior, en el derecho no es fácil delimitar unánimemente el

sentido exacto de la acción ya que se concibe la acción al menos en tres vertientes bien distintas, por una parte la vertiente causal de la acción, la vertiente final de la acción y la vertiente social de esa acción, todas ellas ampliamente debatidas en sus correspondientes teorías ( a las que habría que añadir para cerrar el círculo la teoría dialéctico-materialista de la acción y la teoría del comportamiento omisivo).

Por el contrario existen autores partidarios de reconocer la capacidad de acción y por tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas, JACKOBS expone al respecto que la acción se define como la “evitabilidad individual de la producción de un resultado” *La evitabilidad se encuentra desvinculada del reconocimiento de una regulación jurídica y así debe ser, porque el reconocimiento de la norma jurídica no aporta nada a la capacidad del autor para producir o evitar un determinado resultado, sino que, en todo caso, le permitirá a un autor fiel al Derecho tener un buen motivo para evitar lo prohibido o para realizar lo mandado por la norma.* Para este autor el estatuto y los órganos de una persona jurídica se pueden definir como un sistema, en el cual lo interno –paralelamente a la situación de la persona física- no interesa (ejemplo: el acuerdo de dos órganos para cometer un delito no es aún un actuar delictivo de la persona jurídica), pero si interesa el *output*. Por lo tanto, las acciones de un órgano de una persona jurídica realizadas de acuerdo al estatuto de la misma son acciones propias de la persona jurídica, sentido éste en el que también se manifiesta ZUGALDIA. Esto supone en primer lugar, que se acepta la posibilidad de que la persona jurídica sea un sujeto de imputación válido para el Derecho penal: se trata de un *sujeto* que constituye un sistema compuesto por su *estatuto y sus órganos* y este sujeto puede realizar una acción penalmente relevante, en el sentido de que podía evitar individualmente (el órgano competente) es decir, de acuerdo con sus capacidades (determinadas por su estatuto y sus órganos), producir un resultado. Por lo tanto las *acciones del órgano de una persona jurídica llevadas a cabo de acuerdo a las competencias que le confiere el estatuto son acciones propias de la misma.*

## **2.2.- CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Son varias las soluciones que se han esgrimido por parte de la doctrina acerca de la culpabilidad de la persona jurídica, pudiéndose fundamentarse, según ZUGALDÍA ESPINAR, en dos líneas principales de pensamiento: en primer lugar las ideas que optaron por preservar el concepto tradicional de culpabilidad y tienden a elaborar un nuevo

concepto de culpabilidad atomizado exclusivamente en las personas jurídicas y, en segundo lugar, aquellas elaboraciones de nuevos conceptos de culpabilidad válidos tanto para las personas físicas como jurídicas. Estas ideas, modelos o corrientes no dejan de revelar la profunda crisis en la que se encuentra el modelo del sujeto del Derecho penal ubicado a través de la visión del individuo como único sujeto.

A) Existen autores que niegan la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas reiterando el argumento de que el concepto de culpabilidad de la persona física no es de aplicación a la persona jurídica. Aunque algunos de ellos, como SCHÜNEMAN, si admitan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas cuando la punición del órgano resulte insuficiente desde el punto de vista político-criminal (responsabilidad basada en el estado de necesidad preventivo de bienes jurídicos).

Según H. OTTO, con un concepto tradicional de culpabilidad, sobre la base de la libertad de voluntad y de un reproche ético-social, la responsabilidad penal de la persona jurídica será difícilmente compatible. La única solución posible es la elaboración de un sistema sancionatorio específico que podríamos llamar *para-penal*. Éste comparte la necesidad de implementar una sanción específica para los injustos penales cometidos por personas jurídicas aunque se muestra remiso a incorporar estas sanciones en el ámbito del Derecho penal y opta por elaborar un sistema de imputación específica con sanciones de carácter administrativo.

B) Para otro sector doctrinal, el reconocimiento de la inviabilidad del sistema penal del sujeto individual y el rechazo de toda tesis que conduzca a una modificación de las categorías de la teoría del delito, obliga a fundamentar un sistema especial de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, ante el reconocimiento de una necesidad de política criminal de responder desde el Derecho penal a conductas delictivas llevadas a cabo por personas jurídicas, la única solución factible es el desarrollo de un derecho penal especial para las personas jurídicas, son autores que reconocen la necesidad político criminal de aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas aunque no por el hecho individual, sino sólo por aquellos hechos que hayan sido realizados por algún órgano o representante de la misma, recayendo también el castigo sobre el autor material del hecho fundamentalmente para prevenir y evitar la “irresponsabilidad organizada”.

C) Nuevos argumentos surgen que derivan hacia la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas aplicando los principios inspiradores

y las ideas generales de la *actio libera in causa* y de los delitos impropios de omisión. No se trata de la culpabilidad bio-psicológica del órgano que permita un juicio de reproche moral, sino de una culpabilidad propia de la persona jurídica que ZUGALDIA denomina “culpabilidad por defecto de organización”. Así la persona jurídica se convierte en culpable cuando no actúa como hubiese podido actuar otra persona jurídica y omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial. De esta forma se pretende superar el argumento de que una sanción sobre la persona jurídica, afecta a terceros no implicados, por ejemplo los accionistas, ya que la persona jurídica respondería no sólo por su propia acción, sino por su propia culpabilidad.

D) Otros autores sostienen que la sociedad tiene voluntad propia que nace del encuentro y concierto de varias voluntades individuales por lo que el elemento subjetivo de la infracción, la culpabilidad, está presente; al respecto JAKOBS mantiene que sí se puede hablar de capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, y enumera algunos casos en los que no se puede afirmar que la persona jurídica sea imputable, como cuando los actos realizados por un órgano de la misma, estén fuera del marco estatutario, ni de los actos realizados por un órgano no elegido por la persona jurídica. Aun así este autor ve dificultades en determinar la culpabilidad de la persona jurídica, pero también descarta renunciar en absoluto a la comprobación de la culpabilidad.

CUADRADO RUIZ considerando con mayor precisión, expone que en el campo práctico en muchas ocasiones para asegurar la indemnización de las víctimas son elegidas como cabeza de turco personas físicas que serán condenadas a una pena simbólica. De esta manera se deduce una responsabilidad objetiva que dará pie a implicar civilmente a la sociedad responsable y satisfacer desde el orden penal las pretensiones civiles. Y, más aún, se conculcaría el principio de culpabilidad al imponer sanciones penales, las llamadas “consecuencias accesorias” (C.P.) a quien no es responsable penal (la persona jurídica). Si las empresas, en estos casos, pudieran ser sujetos activos del delito, se evitaría la hipocresía de condenar a personas inocentes, aun cuando sea a una condena simbólica, con la mera función de ser instrumentos de condena civil de la persona jurídica.

Si en el plano social se culpabiliza a sociedades mercantiles, empresas químicas, partidos políticos, asociaciones culturales o deportivas, ayuntamientos y un largo etcétera por sus manejos en vertidos, corrupciones, blanqueos de dinero, concesión de licencias ilegales,

éticamente no existe ninguna diferenciación respecto del señalamiento en esa culpabilidad social. Esto significa que puede avanzar más allá e intentar salvar la infranqueable barrera hasta ahora del principio “*societas delinquere non potest*” para llegar a la responsabilidad directa de la persona jurídica a través de la culpabilidad de la propia persona jurídica. Y puede llegarse entendiendo que la empresa o corporación no es simplemente una adición de personas físicas sino que es algo más que trasciende a todas ellas, surgiendo precisamente de la unión en los acuerdos de las mismas por lo que la culpabilidad de cada una de las personas físicas, en momentos determinados y precisos, no puede ser la misma que la culpabilidad de la persona jurídica.

Si social y éticamente, a la vista de los resultados, es señalada como culpable la persona jurídica; puede serlo también por los preceptos vulnerados. Bien por haberse puesto en condición de incapacidad para llevar a cabo el acto delictivo, estaríamos dentro de las “*actio libera in causa*”, donde lo relevante se da en el actuar previo. Bien porque el delito se haya llevado a cabo por personas físicas, cuando la persona jurídica no cumple lo que debe hacer, exigido por las normas y pone en situación preferente a otro para que este cometa el hecho, para lo que no caben disculpas, ya que la persona jurídica, intencionadamente, se puso en esa posición cuando tenía el deber de organizar el desarrollo de los acontecimientos conforme a las exigencias del Derecho. Lo que daría lugar a una responsabilidad de “*comisión por omisión*” pues las personas físicas cometieron el hecho delictivo porque la persona jurídica omitió hacer lo que debía.

### **2.3.- CAPACIDAD DE PENA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS**

El Derecho penal español sigue anclado en el principio tradicional según el cual **solo las personas físicas pueden cometer delitos** y solo ellas pueden ser castigadas con penas criminales en sentido estricto.

Partiendo que la función de la pena es la preventiva, un sector doctrinal afirma que la imposición de penas a las personas jurídicas no puede tener efectos preventivos (generales o especiales), en virtud de que si la persona jurídica no tiene capacidad volitiva ni intelectual, no puede motivarse para actuar de acuerdo con la norma y tampoco puede resultar intimidada para no delinquir. En cuanto a la prevención especial, no cabría apreciar ningún tipo de corrección, enmienda o arrepentimiento. Otros autores como HIRSCH mantienen la afirmación de que la pena impuesta a las personas jurídicas si que tienen efectos preventivos ya que una vez

penada la persona jurídica, las demás empresas ponderarán si realizan o no el hecho similar a aquel por el que otra persona jurídica fue sancionada. Y en este sentido MIR PUIG refiriéndose a las medidas aplicables a las personas jurídicas por el C.P., manifiesta que dichas medidas son preventivas: “tienen como finalidad el peligro que pueda suponer la persona jurídica o empresa de que se continúe la actividad delictiva de personas físicas o sus efectos.”

Autores como ROXIN consideran que las sanciones ya existen actualmente en algunos países y en las formas más variadas. Pero ellas son ajenas al espíritu del Derecho Penal tal como ha sido desarrollado en la tradición europea. Pues la pena siempre se condujo a la culpabilidad individual de una sola persona. Por el contrario, en el futuro las sanciones a los entes colectivos jugarán un gran papel. Pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica, y también ambiental, tienen su origen en empresas grandes y poderosas. No pueden afrontarse eficazmente los peligros que provienen de una gran empresa penando a una sola persona que puede fácilmente ser reemplazada. En cambio, las sanciones vinculadas a un fracaso de organización pueden ser muy efectivas preventivamente. Dicho con otras palabras: aunque la persona física sea y vaya a seguir siendo el sujeto principal del Derecho Penal, no debe olvidarse que el Derecho Penal de la persona física, por sí solo, no está en condiciones político-criminales de asumir los retos que supone la criminalidad organizada. En este ámbito las sociedades mercantiles juegan un papel fundamental, de modo que el castigo de ellas asegura una eficaz prevención de los hechos socialmente dañosos que realicen. El Derecho penal de la empresa conduce a la exigencia de castigar no solo a las personas naturales, sino a la empresa misma como persona jurídica.

Teniendo en cuenta la teoría de la “culpabilidad organizativa” o “culpabilidad por defecto de organización”, se salvaría el escollo dogmático de la falta de culpabilidad para apoyar, así, una posible fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en comisión por omisión. Derivándose que la capacidad penal de la persona jurídica no se excluye si se tiene en cuenta el requisito de esta culpabilidad.

La pena expresa la desaprobación ético social de nuestra sociedad hacia el delincuente y la liberación de esa culpabilidad se materializa a través de la expiación que en algunos casos solo podrá ser aplicable a una persona física y así se expresa en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995:

*“A esa nueva especie de responsabilidad había que dotarla, como es lógico, de especiales garantías. Ante todo, descartando la posibilidad genérica de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en cualquier clase de delito, en favor de un sistema de incriminación específica, indicando en una serie de figuras delictivas que se admite la eventual comisión por una persona jurídica.*

*Continuando: Una objeción central a la posibilidad de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoyaba ciertamente en la incapacidad de éstas para soportar unas reacciones jurídicas, como son las penas, que se concibieron para personas físicas. Esa imposibilidad estaría fuera de duda si se pretendiera extender sin matiz alguno un sistema punitivo así caracterizado; mas eso no sucede cuando, como se ha expuesto, el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan. Las sanciones penales que entonces se contemplan para esas personas jurídicas, parten de esa realidad y obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada, que no puede servir de cortafuegos de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajenidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés - por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones - de modo que no hayan de afectar en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos. Es desde esa óptica como han de comprenderse las diferentes sanciones que con el nombre de penas se contemplan.*

*Continuando: Introducida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como la de las penas y responsabilidades adecuadas a ellas, tenía que producirse la condigna modificación del artículo 129 del Código, hasta ahora dedicado a la enumeración de las consecuencias accesorias como únicas respuestas penales específicas destinadas a aquéllas”.*

Argumentos de tipo dogmático se enfrentan respecto a la capacidad de responsabilidad de las personas jurídicas, lo cierto es que ante las organizaciones criminales ha de actuarse con firmeza y no es precisamente éste el sentido legislativo actual en España, donde el legislador de 1995 opta por una postura intermedia ya que ni reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni deja sin castigo a éstas por el ejercicio de su actividad empresarial, a través de las consecuencias accesorias del artículo 129 del C.P. Consecuencias que no son ni más ni menos, a mi entender, que penas aplicables y aplicadas a las que por fin, es posible que más pronto que tarde puedan llamarse por su nombre.

### **3.- MODELO ESPAÑOL**

En el momento actual y haciendo un estudio de la legislación puede decirse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es inexistente, es probable que en un futuro próximo esta situación cambie lo que supondrá un punto de inflexión para la doctrina jurídico-penal.

Ni el Código Penal vigente, ni la jurisprudencia aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, el legislador ha intentado solucionar algunos de los problemas de imputación ocasionados por la organización empresarial actual mediante la figura del “actuar en nombre de otro” del antiguo artículo 15 bis introducido por la L.O. 8/83

*“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.*

Precepto contenido hoy en el art. 31 del CP.

*“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre. 2 En estos supuestos. . . .”.*

Este artículo establece de manera general las condiciones de la responsabilidad de los órganos o representantes de las personas jurídicas en los delitos especiales propios, es decir, aquellos en los que la autoría se fundamenta en un deber especial del titular de la acción. Se trata, pues, de un intento de eliminar las lagunas de impunidad que se generan cuando ese deber especial incumbe a la persona jurídica y no a la representante que realiza el comportamiento que infringe el deber. En los delitos especiales propios la autoría depende de que el autor de la acción sea también el obligado por el deber especial cuya infracción es la base de la punibilidad. El art. 31 C.P. extiende así la responsabilidad penal a los sujetos no-cualificados, siempre que hayan obrado en representación de la persona jurídica que poseyera tal cualificación. De otra manera el autor del comportamiento no sería punible como autor por carecer de la cualificación para el supuesto de hecho típico, ni como partícipe pues la persona jurídica no habría obrado de ninguna manera y toda participación presupone la concurrencia de la acción del partícipe en relación a la del

autor. En los delitos especiales impropios el art. 31 no tiene aplicación, porque en éstos el autor no-cualificado puede ser autor.

A primera vista da la sensación de que el legislador de manera efectiva intenta cubrir lagunas de impunidad nacidas de la negación de la capacidad de acción o la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, pero la realidad es otra y no se puede evitar la aplicación del principio *societas delinquere non potest*. El representante en este caso responde personalmente pudiéndosele imputar un delito exclusivamente en el caso de los delitos especiales propios.

Haciendo una diferenciación entre penas y medidas de seguridad podemos decir que aunque ambas sean sanciones por la vulneración de un precepto penal, se diferencian en que la pena supone la culpabilidad del autor y la medida de seguridad presupone la peligrosidad futura del mismo, ambas suponen una restricción de derechos. Se puede concluir que *penas* son las sanciones penales que tienen como presupuesto y límite el principio de culpabilidad, es decir, sancionan a autores culpables y son *medidas de seguridad* las sanciones penales que se encuentran limitadas por el principio de proporcionalidad, ya que se imponen en ausencia o disminución de la culpabilidad.

Dada la imposibilidad que según la doctrina existe para la aplicación de penas a las personas jurídicas en nuestro derecho vigente cabe resaltar, ante el intento de inervar el principio “*societas delinquere non potest*”, que el legislador ha introducido en el C.P. una *pena* a la persona jurídica en el supuesto del artículo 262 (“ . . .y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial . . .”) refiriéndose a la alteración de precios en concursos y subastas públicas, comprendiendo esta pena, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones Públicas por un período de tres a cinco años. Esta pena de inhabilitación especial se encuadra en las concebidas como penas menos graves según el art. 33.3b, no deja de ser novedoso cuando bien pudiera haberse incluido como una consecuencia accesoria. Respecto a las medidas de seguridad establecidas en el Proyecto del Código Penal de 1980 (clausura de empresas, locales, disolución de asociaciones, suspensión de actividades, etc.,) probablemente y debido a la dificultad encontrada por la doctrina para admitir que estas medidas fueran aplicables a las personas jurídicas, se intentó introducir una categoría nueva, que ni eran medidas de seguridad ni eran penas, conocida como **consecuencias accesorias** cuyos antecedentes se encuentran en el Anteproyecto del CP de 1983, en los Proyectos del CP de 1992, 1994 y 1995 y finalmente en el vigente CP de 1995.

Recientemente, y de forma especialmente clara y significativa, la LO. 15/2003, “aborda la responsabilidad criminal de las personas jurídicas” –expresión que no deja lugar a dudas sobre cual es la voluntad del legislador, y que se recoge expresamente en la exposición de motivos de la Ley- con la modificación de los arts.31,2 y 369 CP.

*“En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.” y en el 369: “2ª (antigua 6ª) El culpable perteneciere a una organización o asociación incluso de carácter transitorio . . . 10ª-2 .... se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa. . .el comiso de los bienes...de los productos y beneficios..)*

### **3.1.- CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS:**

En el Derecho Penal español aparecen por primera vez, recogidas en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, unas consecuencias jurídicas que serían los antecedentes más inmediatos a las introducidas en el Título VI del Libro I del nuevo Código Penal, anteriormente en el Proyecto de Código Penal de 1980 eran consideradas como medidas de seguridad. Las consecuencias accesorias no son para el legislador, ni penas ni medidas de seguridad, ni tan siquiera medidas reparatoras de daños o de perjuicios.

Algunos autores, como MUÑOZ CONDE, JORGE BARREIRO, o GRACÍA MARTÍN, no ven en las “consecuencias accesorias” ni penas ni medidas de seguridad y si en la teoría no es fácil encuadrarlas para ellos, en la práctica, son verdaderas penas accesorias. Otra parte de la doctrina, como CUADRADO RUIZ, apunta que en el catálogo de sanciones bien pudieran agregarse otras como la prestación de servicios sociales compensatorios, paralela al trabajo en beneficio de la comunidad, que se aplica en las personas físicas. Para otros autores las “consecuencias accesorias” son una reacción completa y eficaz frente al delito, al menos frente a determinados sectores de criminalidad.

Estas consecuencias encuentran su fundamento y legitimación en un supuesto de hecho al que le son ajenas por completo tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal de un sujeto determinado. De ahí pues, que este sector doctrinal las considere claramente como medidas absolutamente independientes de las penas y de las medidas de seguridad. Otros simplemente no entran en la cuestión de su naturaleza jurídica

argumentando que dicha denominación ya existe en otros ordenamientos penales como es el caso del alemán. Estas consecuencias accesorias han sido calificadas formalmente como sanciones administrativas y materialmente como penas por Jorge BARREIRO; como simples consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas desprovistas de naturaleza de sanción, en este sentido también RODRIGUEZ DEVESA las califica como medidas de naturaleza administrativa, habiendo sido calificadas igualmente como medidas de seguridad por TERRADILLOS y QUERALT. Por su parte la jurisprudencia del TS consideraba casi sin fisuras que este tipo de consecuencias jurídicas ostentan la naturaleza de medidas de seguridad. Así, entre muchas otras, STS de 29-10-1982 (RJ 1982/5712), STS de 15-4-1.988 (RJ 1988/2787), STS de 1-2-1994 ((RJ-1994/1268). excepcionalmente la STS de 14-9-1994 (RJ 1994/7068) las considera “medidas complementarias de la pena”.

Sistematizando, podemos decir que existen dos corrientes doctrinales, para la primera la aplicación de estas medidas depende de que anteriormente se haya impuesto una pena o una medida de seguridad, por lo que son “accesorias” de ahí que en la parte especial se exija que previamente exista una condena, por lo que hay que entender que es una responsabilidad subsidiaria nacida de la imposición de una condena a una persona física a la que se le exige que responda por unos hechos. La segunda corriente doctrinal no reconoce a la persona jurídica como sujeto al que pueda aplicársele una pena sino que ni siquiera se le puede aplicar una medida de seguridad, aunque justifican la aplicación de estas medidas accesorias por la peligrosidad que en ocasiones encarnan estas personas jurídicas y la necesidad de prevención de delitos, basándose para su aplicación en la “peligrosidad objetiva o de la cosa” y no se refieren a la peligrosidad de una persona física sino de una cosa que se pone de manifiesto tras la realización de actos contrarios a derecho llevados a cabo por el ser humano instrumentalizando para ello a la persona jurídica.

Ante estos planteamientos ZUGALDIA ESPINAR, (que critica a los autores que intentan demostrar que no son penas ni medidas de seguridad, a los que las califican como una tercera modalidad de sanciones penales, a los que las llaman circunstancias accesorias de las sentencia condenatoria, o que entienden que en la practica funcionan como penas accesorias, a los que entienden que son medidas de carácter administrativo) le atribuye verdadera **naturaleza de penas** a las consecuencias accesorias, entre otras razones, argumenta que éstas no son instrumentos reparatorios civiles porque no tienden en absoluto a reequilibrar patrimonios. No pueden merecer la calificación de sanciones administrativas, no dejarían de ser unas “extrañas” sanciones administrativas aquéllas que están previstas por

el Código Penal, impuestas por el Juez Penal. Tampoco es correcto considerarlas como sanciones que privan a la persona física condenada del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica; en primer lugar porque no es correcto considerar a la persona jurídica como un “objeto” ya que tiene su propia personalidad, en segundo lugar porque, de seguirse la tesis instrumental, la consecuencia accesoria debería afectar sólo a la persona física con sanciones profesionales, pero en ningún caso a terceros (y la persona jurídica es un tercero que responde según su propia culpabilidad).

Por consiguiente, y por exclusión, las consecuencias accesorias del art. 129 CP deben merecer la consideración de sanciones penales. Si llamamos penas a las sanciones penales que tienen como presupuesto y límite el principio de culpabilidad (sancionan a los autores culpables) y llamamos medidas de seguridad a las sanciones penales que se imponen en ausencia o disminución de la culpabilidad), las consecuencias accesorias del art. 129 CP constituyen auténticas penas, ya que las sanciones a una persona jurídica exige su propia imputabilidad, reprochabilidad o culpabilidad. Dicho de otra forma: si la aplicación de las consecuencias accesorias exige como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica, es que esas consecuencias accesorias son penas.

En contra de lo aportado por ZUGALDIA se encuentra GRACIA MARTIN que explica la imposibilidad de que la persona jurídica pueda aparecer como sujeto de una imputación específicamente penal; FERNANDEZ TERUELO para el que las consecuencias accesorias no pueden ser consideradas penas, dado que no aparecen en el catálogo del art. 33 CP; FEIJOO SANCHEZ manifiesta que la finalidad de las consecuencias accesorias es exclusivamente de prevención especial, no suponiendo esto que tengan naturaleza de penas al compartir con éstas tal finalidad; MAPELLI CAFFARENA para quien el hecho de que el art. 262 utilice la expresión “pena,” para definir medida de prohibición a la empresa, no significa que nuestro ordenamiento haya aceptado el principio “*societas delinquere potest*”, entiende que se dan una serie de consecuencias orientadas a neutralizar una peligrosidad, la de la persona jurídica, inexistente por definición, y tampoco son penas porque no se imponen al autor del hecho ni su gravedad responde a la del delito; para FERNANDEZ TERUELO el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas “no depende de la naturaleza que se les atribuya a estas medidas” y para él tanto aquellos autores que admiten en estas medidas una naturaleza distinta de la penal como aquellos que le atribuyen naturaleza penal, deberían llegar a idéntica conclusión. Finalmente DE LA FUENTE HONRUBIA mantiene que uno de los principios fundamentales

de las penas es el de personalidad, es decir, que las penas sólo pueden ser impuestas a quien lleva a cabo las actividades delictivas. Así y a tenor de lo establecido en el art. 129 y en su desarrollo posterior en la Parte Especial, se entiende que las consecuencias accesorias pueden ser impuestas a personas físicas o jurídicas que, aun no habiendo llevado a cabo la actividad delictiva, han sido sin embargo utilizadas para delinquir existiendo un pronóstico de continuidad en dicha utilización. Esto es contrario al principio de personalidad, dado que es evidente que una pena no puede ser impuesta a quien no ha llevado a cabo la actividad delictiva, cosa que si sucede con las consecuencias accesorias.

Puede concluirse que:

\* El art. 129 CP se caracteriza por la pobreza del catálogo de consecuencias previstas en el precepto, por ejemplo no se contiene en el mismo referencia alguna a accesorias tales como la caución de conducta, el comiso de los instrumentos y los productos con los que se haya ejecutado el hecho, así como de los beneficios obtenidos con la infracción, la pérdida de beneficios fiscales o de seguridad social, la amonestación, la publicación de la sentencia, la prohibición de contratar con administraciones, la prohibición de solicitar subvenciones y ayudas públicas, etc. y ni siquiera la pena de multa aparece en el artículo, habrá que esperar a la reforma llevada a cabo por LO. 15/2003 para que aparezca, en el art. 329.2 CP, las penas de multa y alguna de las mencionadas anteriormente, en el caso concreto de asociaciones u organizaciones que participen en delitos de tráfico de drogas.

\* Admite la responsabilidad criminal y directa de la persona jurídica de forma independiente de la física, en contraposición a lo que ocurre en el art. 31.2 que ha de darse con anterioridad la imposición de una pena a una persona física, es decir una responsabilidad indirecta.

\* Establece la posibilidad de que los jueces y tribunales, puedan imponer a empresas sociedades, asociaciones y fundaciones las siguientes “consecuencias accesorias”: clausura temporal o definitiva; disolución; suspensión de las actividades; prohibición temporal o definitiva de realizar determinadas actividades, operaciones mercantiles o negocios; intervención de la empresa, para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Esta imposición de penas se lleva a cabo sobre la base de “numerus clausus”, es decir, sólo se puede aplicar a aquellos supuestos previstos en el Código Penal que salvo error u omisión y después de las reformas del CP incluidas en las Leyes Orgánicas 11 y 15/2003, son los siguientes:

- manipulación genética (art. 162)
- utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o en la elaboración de material pornográfico (art. 189)
- exhibicionismo, pornografía y prostitución (art.194)
- venta de niños (art.221)
- alteración de precios en concursos y subastas públicas (art 262)
- propiedad intelectual (art.271)
- propiedad industrial (art.276)- delitos relativos al mercado y consumidores (art. 288)
- resistencia a inspecciones (art.294)
- receptación (arts.298 y 299)
- blanqueo de capitales (art. 302)
- contra los derechos de los trabajadores (art.318)
- contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art.318 bis)
- medio ambiente (art. 327)
- fraudes alimentarios (art.366)
- tráfico de drogas (arts. 370 y 371)
- tráfico de influencias (art. 430)
- asociación ilícita (art. 520)

No incluye el artículo 129 los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad social (art.305), ilícitos penales que las organizaciones criminales ponen de manifiesto de forma reiterada en su actuación.

DE LA FUENTE HONRUBIA propone de *lege ferenda* la introducción de consecuencias accesorias en los delitos de Aborto; Lesiones; Manipulación Genética; Contra la libertad (Detenciones ilegales y secuestros; amenazas y coacciones); Tortura y Delitos Contra la Integridad Moral; Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales; Contra la Intimidad y el Derecho a la Propia Imagen; Contra el Honor; Contra el Patrimonio y Contra el Orden Socio Económico (Apoderamiento, Usurpación, Defraudaciones, Insolvencias Punibles, Daños); Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; Contra los Derechos de los Trabajadores y Contra los Derechos de los Ciudadanos extranjeros; Delitos Relativos a la Ordenación del Territorio y la Protección del Patrimonio Histórico y del Medio Ambiente; Contra la Seguridad Colectiva; Falsedades Contra la Administración Pública; Terrorismo y también De Represión del Contrabando y Sobre el Régimen Jurídico de Control de Cambios. Todos ellos por cuanto para cometer estos tipos se utilizan medios personales e instrumentales de entes colectivos, instalaciones donde se llevan a cabo, establecimientos y locales abiertos o no al público o en general infraestructuras empresariales.

### 3.2.- ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CP

El Anteproyecto de Reforma del Código Penal, podría calificarse como una reforma ambiciosa empujada por las exigencias de la pertenencia de España a la Unión Europea y los compromisos surgidos de diversos tratados y espacios de seguridad como es Schengen, lo que hará que la justicia penal esté mas cerca de desarrollarse armónicamente en su total dimensión penal, judicial, procesal y policial. Por lo que a las personas jurídicas se refiere, esta reforma pone fin al principio “*societas delinquere non potest*” respetando las garantías acumuladas, por el derecho penal, de la culpabilidad, no incluyendo en este sistema de responsabilidad penal al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos ya que su eficacia, al contrario que la libre empresa, no supera el espacio territorial del Estado; y es que finalmente “sostener que las personas jurídicas no pueden ser sujetos directos de imputación penal supone dejar en el limbo a los agentes económicos y sociales más importantes de nuestra era, agentes criminógenos de primer orden, y dejar inermes a la sociedad y a las víctimas”.

Descarta el Anteproyecto la posibilidad de incriminar de forma general a la persona jurídica y opta por una incriminación específica en un abanico de delitos cuyas figuras son determinadas de antemano; no excluye de responsabilidad a las personas físicas en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas optando, siguiendo las prescripciones del Derecho comunitario, por esta doble vía de responsabilidad. Las sanciones penales para las personas jurídicas obedecen a criterios de prevención en evitación de los abusos de sus órganos; esta prevención sin duda intimidará a otras empresas en forma de “aviso a navegantes” para no correr el riesgo de ser sancionados con penas que pueden llegar a su disolución además de multas importantes, y en una prevención especial la propia empresa cuidará de no volver a cometer hechos por los cuales sea condenada nuevamente.

Ya no habrá que irse a buscar con lupa una pena, quizás extraviada, para la persona jurídica como era el caso del art. 262. Introduce el legislador el principio “**societas delinquere potest**” y lo hace sin metáforas ni eufemismos, llamándole a los conceptos por su nombre; sin modestia y sin tapujos les llama “penas”, y lo que hasta ahora eran consecuencias accesorias las traslada al artículo 33.7, con las penas, añadiendo la pena de multa que además adjetiva en cuotas o proporcional.

El legislador da, en su Exposición de Motivos, una especial importancia a la lucha contra la criminalidad y, a mi juicio, triangula y cierra la capacidad de acción de las organizaciones criminales mediante la plasmación del delito de crear personas jurídicas que sirvan como tapaderas; el comiso, estableciendo incluso la presunción de procedencia de actividad delictiva cuando sea desproporcionado el valor del patrimonio; e incorpora la denominación de blanqueo de capitales a las conductas que hasta ahora están relacionadas con la receptación.

Reconociendo los méritos de esta reforma, a mi juicio, deja una puerta entreabierta al acoger, en el seno del art. 129, aquellos entes que no tienen personalidad jurídica, y le ha faltado valor al no incluir en la responsabilidad penal a las administraciones públicas, partidos políticos y sindicatos; pues a pesar que la libre empresa pueda desarrollarse en un espacio plurinacional, no excluye que este principio sea vigente y de pleno desarrollo sólo en territorio español y no sería la primera vez que un partido político, sindicato o administración, lleva a cabo actividades ilegales y que sus componentes se escudan en él para practicar toda suerte de actividades con fines de financiación o enriquecimiento personal, cruzando la línea de la confianza otorgada por la soberanía de los ciudadanos.

#### **4.- DERECHO COMPARADO**

Dentro del Derecho más próximo a nuestro entorno podemos hacer una distinción entre la doctrina continental y la anglosajona, en la primera tradicionalmente se ha mantenido el principio “*societas delinquere non potest*” mientras que en el área de la Common Law no ha sido así. Importancia, que no hemos de soslayar, se da cuando la Constitución de un país limita o no este principio dándose por tanto Estados en los que el legislador se ve obligado por el mandato constitucional.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y otras agrupaciones, incluso de Derecho público, el Estado o los Ayuntamientos, se admite y asume en una gran variedad de países, desde los más clásicos en el Derecho anglosajón como pueden ser Gran Bretaña e Irlanda hasta los nórdicos como Finlandia, Suecia, Noruega; bálticos como Estonia Letonia y Lituania; Islandia, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Austria, Luxemburgo, Francia, Italia, Portugal, Holanda, Suiza, Turquía y Croacia.

De forma poco homogénea, pues cada país es soberano, aparece regulado la “*societas puniri potest*”, y así como en Francia o Dinamarca se

recoge expresamente en sus Códigos, en Gran Bretaña existe la responsabilidad penal de la persona jurídica salvo que se establezca otra cosa distinta, mientras que en Holanda se llega a esta responsabilidad penal tras el estudio del caso en concreto.

### **Reino Unido:**

Uno de los modelos más antiguos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas se establece en el Reino Unido; aquí se da la doctrina judicial de la “identificación” según la cual toda persona jurídica funciona bajo el control y actuación de personas físicas de forma directa siendo estas consideradas como un *alter ego* lo que supone que los hechos cometidos por estas personas físicas puedan imputársele a la empresa. No obstante algunos autores tienen sus dudas sobre la efectividad de dicha responsabilidad ya que las sanciones a la empresa al ser de carácter económico pueden, en su política empresarial de riesgos, ser calculadas como parte de los gastos asumibles.

### **Holanda:**

Se reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica al mismo tiempo que reconoce la responsabilidad de la persona física. El criterio que se siguió para hacer responsable al ente colectivo no fue ya la decisión del órgano, sino el del “contexto social” en el que la persona jurídica desenvuelve su actividad. Según el art. 51 de su CP los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o jurídicas, siendo condición para poder imputar el injusto a la persona jurídica que una o varias personas físicas hayan actuado en la esfera de la misma. La jurisprudencia también ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas de Derecho público.

### **Francia:**

Si tradicionalmente no se reconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el Código penal de 1994 es reconocida en su Parte General, como una solución excepcional; las personas jurídicas, según el artículo 121, son punibles como autoras o partícipes en acciones y en omisiones. Entendiendo además que la persona jurídica lo puede ser de Derecho público, como de Derecho privado en estas últimas no estarían incluidas las que carezcan de personalidad es decir, aquellas que aun no se hayan constituido plenamente.

## **Portugal:**

En el Derecho portugués se encuentra recogido con rango constitucional el principio de culpabilidad por lo que el legislador se ve de antemano limitado al intentar formular responsabilidades de la persona jurídica; no obstante el Art. 11 del CP indica “*salvo disposiciones en contrario, solo las personas individuales son susceptibles de responsabilidad penal*”, lo que supone una excepción y posibilita exigir responsabilidad penal a la persona jurídica dejando inerte el principio “*societas delinquere non potest*” en la lucha contra la criminalidad organizada. No obstante la jurisprudencia lusa ha dejado claro que para que las personas jurídicas sean susceptibles de responsabilidad penal, es necesario que la ley expresamente lo diga.

## **Italia:**

El sistema italiano tampoco admite directamente la responsabilidad penal de la persona jurídica, refleja la Constitución italiana que la responsabilidad penal es “personal”, lo que supone que ante cualquier incriminación ha de existir una persona capaz de culpabilidad; no obstante en el Derecho administrativo se ha introducido la responsabilidad solidaria de la empresa. Pese a esta situación han surgido nuevas leyes, relativas a mercados financieros, que regulan la responsabilidad directa de las personas jurídicas dentro de derecho de la competencia previendo la imposición de multas en el marco del Derecho administrativo.

## **Grecia y Luxemburgo:**

Grecia supone la postura tradicional manteniéndose impertérrita ante la introducción de sanciones penales contra las personas jurídicas, mientras que en Luxemburgo ni siquiera reconoce la responsabilidad civil por los actos llevados a cabo por una persona jurídica.

ESTADO	Respons. Persona Juridica.	Principio que rige	OBSERVACIONES
REINO UNIDO	SI	“Societas delinquere potest”	Se da la doctrina judicial de la “identificación”
HOLANDA	SI	“societas delinquere postest”	Sujeto responsable “ <i>parte interesada</i> ” Jurisprudencia admite responsabilidad Entidades Públicas
FRANCIA	SI	“Societas delinquere potest”	La persona jurídica también puede ser de Derecho Público
PORTUGAL	SI	“Societas delinquere non potest”	Salvo disposiciones en contrario
ITALIA	NO	“societas delinquere non potest”	Derecho Administrativo. Si responsabilidad solidaria
GRECIA	NO	“Societas delinquere non potest”	
LUXEMBUR	NO	“Societas delinquere non potest”	Ni siquiera reconoce responsabilidad civil a la persona jurídica
BELGICA	NO	“Societas delinquere non potest, sed puniri non potest”	Responde Persona física, aunque alguna ley menciona a la persona jurídica como sujeto sancionable.
Irlanda	SI	“Societas delinquere postest”	
Finlandia	SI	“Societas delinquere postest”	
Suecia	SI	“Societas delinquere postest”	
Noruega	SI	“Societas delinquere postest”	
Estonia	SI	“Societas delinquere postest”	
Letonia	SI	“Societas delinquere postest”	
Lituania	SI	“Societas delinquere postest”	
Islandia	SI	“Societas delinquere postest”	
Austria	SI	“Societas delinquere postest”	

## 5.- CONCLUSIÓN

A modo de pre-conclusión, pues la formularé de manera más extensiva en la segunda parte de este trabajo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas actualmente es inexistente en nuestro sistema penal, se revela como una necesidad presente e imperiosa, y por ahí pueden encaminarse las pretensiones del legislador, debido a que diferentes sociedades jurídicas, nacionales e internacionales, conocen perfectamente la existencia de limbos jurídicos en los que pueden asentarse al abrigo de actuaciones tormentosas de las Autoridades porque sus actividades por muy peligrosas que sean para la sociedad en general nunca serán penadas, estrategia utilizada por las organizaciones criminales para tupir sus entramados financieros tras los que velar sus verdaderas actividades.

\* \* \*

## **Bibliografía**

BACIGALUPO SAGGESE, S. *La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas*; Ed. Bosch, Barcelona 1998, 1ª ed.

BAJO FERNANDEZ, M. “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas” en *Anuario de Derecho Penal*, 1981.

CUADRADO RUIZ, M. A. “La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Un Paso Hacia Adelante... ¿Un Paso Hacia Atrás?” en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 12. Abril 2007.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F.; *Las Consecuencias Accesorias del Artículo 129 del Código Penal*; ed. Lex Nova, Valladolid 2004, 1ª ed.

FERNANDEZ TERUELO, J.G.; *Estudios de Derecho Penal Económico*. Edit. Dykinson, Madrid 2003.

FEIJOO SANCHEZ, B.; *Sanciones Para Empresas Por Delitos Contra El Medio Ambiente*; Edit. Cívitas, Madrid 2002, 1ª ed.

GARCIA GARCIA, M. A.; (Vocal del Consejo General del Poder Judicial) *Voto particular al informe relativo a la ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal evacuado por la Comisión de Estudios*. Madrid 3 -11-2006.

GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASMAR, M.A./ALASTUEY DOBON, M.C.; *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Valencia 1996.

JAKOBS, G.; *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*; traducido por Joaquín Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo; Edit. Marcial Pons, Madrid 1995.

JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T.; *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Ed. Comares, 5ª edición, Granada 2002.

MAPELLI CAFFARENA, B. / TERRADILLOS BASOCO, J. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*; Edit. Civitas, Madrid 1996, 3ª edición.

MIR PUIG, S.; “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004.

MUÑOZ CONDE, F. *Teoría General del Delito* Ed. Tirant Lo Blanch; Valencia 1991.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; *Derecho Penal, Parte Especial*; Edit. Bosch, Barcelona 1996.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M./ SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal Español (Parte General)* ; Ed. Dykinson Madrid 1989.

SERRANO TÁRRAGA, M.D.; SERRANO MAILLO, A.; VAZQUEZ GONZÁLEZ, C.; *Tutela Penal Ambiental*; Ed. Dykinson.

TERRADILLOS BASOCO, J.; *El delito ecológico*, Edit. Trotta, Madrid 1992

ZUGALDÍA ESPINAR J.M., *Derecho Penal Parte General*; 2ª edición Editorial Tirant LoBlanch, Valencia 2004

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español” en Quintero Olivares, G y Morales Prats, F.; (coordinadores), *El nuevo Derecho penal español; Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Edit. Aranzadi, Navarra, 2001.

ZUGALDÍA ESPINAR J.M. “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*” en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 11, 1980

ZÚÑIGA RODRIGUEZ L. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*; 2ª edición Editorial Aranzadi 2003

\* \* \*

Cap. Julián López  
UCE-2 Ext 41065

PSICOLOGIA E INVESTIGACION CRIMINAL: EL TESTIMONIO

José IBAÑEZ PEINADO  
Editorial Dykinson S.L. 2009  
409 páginas

**L**A psicología es un instrumento muy efectivo en el esclarecimiento de los delitos, y una herramienta que va a proporcionar descifrar muchas claves que explican el comportamiento humano. El autor, comandante de la Guardia Civil y psicólogo, investiga, desde hace años, los aspectos del testimonio en la investigación criminal. Siempre desde esta perspectiva, su tesis doctoral depositada en la Universidad Complutense de Madrid, aborda el tema de una forma innovadora. El resultado de estos estudios, eliminando la parte experimental y añadiendo otros capítulos que complementan su desarrollo dentro del ámbito policial, componen esta obra, en cierto modo pionera e innovadora, que nos introduce en la psiquis de los individuos que forman parte de una investigación criminal.

El autor nos plantea una revisión teórica de los fundamentos del testimonio como tema central de estudio. Parte del análisis del razonamiento y el aprendizaje, de la percepción, de la atención y de la memoria. A lo largo de los diez capítulos en los que se estructura la obra, se van desgranando las diferentes técnicas de entrevista policial, así como la elaboración de perfiles criminales o el análisis de la credibilidad de los testimonios, autopsias psicológicas e intervención en catástrofes, muy útiles para la investigación criminal. Asimismo se realiza un análisis detallado de las técnicas psicológicas para mejorar la actuación policial en la toma de manifestaciones a víctimas, testigos e implicados. No se olvida de sugerir métodos que optimizan la información de los testigos y mejoran su memoria.

Esta obra amplía los conocimientos de aquellos profesionales que dedican su tiempo a esclarecer delitos, aportando a su saber múltiples métodos y técnicas de investigación psicológica. Se establecen paralelismos respecto a la forma de actuar de otras policías extranjeras y se sacan conclusiones. Supone además, una perspectiva distinta para avanzar en el trabajo diario que se realiza para atender las necesidades que plantea la sociedad actual.

*Lali Castellanos*

## PUNITIVIDAD Y VICTIMACION EN LA EXPERIENCIA CONTEMPORANEA

Kury HELMUT

*Criminología, Criminalística y Técnica Policial*

Editorial Dykinson 2009

320 páginas

**E**N este destacable libro, editado por Helmut Kury y Alfonso Serrano Maíllo, podemos observar un buen conjunto de ejemplos de ideas intelectuales que han llegado muy lejos y a una gran audiencia. Los autores proceden de un abanico de países tanto europeos como sudamericanos: Alemania, Argentina, Colombia y España. Las ideas que discuten son incluso más variadas: victimación, delitos sexuales, punitividad, policía e inseguridad. Lo que la diversidad cultural europea (junto con la incluso más amplia diversidad cultural que uno encuentra cuando comienza a pensar en términos globales) hace es permitir algo semejante a un laboratorio natural para estudiar formas sociales y económicas y cómo éstas moldean y transforman cambios más amplios (quizá globales) tales como, por ejemplo, el aparente aumento en la punitividad en muchas naciones desarrolladas. A este respecto, los países y sus diferentes tradiciones representan una forma de estructuras sociales de nivel macro, económicas, políticas y culturales. Sin embargo, como científicos sociales, en ocasiones hemos tardado demasiado en reconocerlo (aunque no se deben olvidar las perspicaces observaciones de Durkheim o Weber). Sólo recientemente se han desarrollado herramientas de suficiente calidad (tales como la Encuesta Social Europea, por ejemplo) que permitan explorar exhaustivamente la diversidad europea en materia de opinión y experiencia utilizando una metodología común.

*Magdalena Mateos Mena*

## Información y documentación sobre seguridad 2.º semestre de 2009

### Normativa de interés

129

#### a) *España*

- Comunidad Autónoma Valenciana. Ley 3/2009, de 14 de abril, de modificación de la Ley 1/2004, de 24 de mayo, de ayuda a las víctimas del terrorismo. (BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2009).
- Real Decreto 638/2009, de 17 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1370/2008, de 1 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno, y se desarrolla el Real Decreto 542/2009, de 7 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2009).
- Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas. (BOE núm. 145, de 16 de junio de 2009).
- Comunidad Autónoma de Canarias. Ley 9/2009, de 16 de julio, de modificación de la Ley 2/2008, de 28 de mayo, del Cuerpo General de la Policía Canaria. (BOE núm. 185, de 1 de agosto de 2009).
- Ministerio del Interior. Orden INT/2783/2009, de 29 de septiembre, por la que se modifica la Orden INT/3764/2004, de 11 de noviembre, por la que se adecuan los ficheros informáticos del Ministerio del Interior que contienen datos de carácter personal a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y se crean nuevos ficheros cuya gestión corresponde a dicho Ministerio. (BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2009).
- Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009).
- Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, que desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. (BOE núm. 264, de 2 de noviembre de 2009).
- Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora. (BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009).

#### b) *Guardia Civil*

- Real Decreto 1370/2009, de 13 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determi-

nación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas. (BOE núm. 213, de 3 de septiembre de 2009).

- Orden INT/2936/2009, de 27 de octubre, por la que se crea el registro electrónico de la Guardia Civil. (BOE núm. 265, de 3 de noviembre de 2009).
- Resolución de 5 de noviembre de 2009, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Addenda al Convenio de colaboración y coordinación, entre el Ministerio del Interior y la Comunidad Autónoma de La Rioja, en materia de seguridad de los edificios e instalaciones autonómicos para el año 2009. (BOE núm. 274, de 13 de noviembre de 2009).

## Política de Seguridad

140

### a) Información General

- Comunidad Autónoma de Cataluña. Resolución IRP/911/2009, de 18 de marzo, del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación, por la que se establecen medidas de regulación de la circulación y del transporte de mercancías por la carretera C-37. (BOE núm. 109, de 5 de mayo de 2009).
- Ley 3/2009, de 6 de abril, de montes de Castilla y León. (BOE, núm.113 de 9 de mayo de 2009).
- Orden PRE/1263/2009, de 21 de mayo, por la que se actualizan las instrucciones técnicas complementarias números 2 y 15, del Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero. (BOE núm 124, de 22 de mayo de 2009).
- Ministerio del Interior. Resolución de 1 de junio de 2009, de la Dirección General de Tráfico, por la que se aprueba el Manual de Señalización Variable. (BOE núm. 143, de 13 de junio de 2009).
- Ministerio del Interior. Resolución de 23 de junio de 2009, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se determina el porcentaje del personal de seguridad privada adscrito a los servicios declarados esenciales, durante el desarrollo de la huelga indefinida del sector de seguridad privada que tendrá lugar, a partir del día 30 de junio en todo el territorio nacional. (BOE núm. 153, de 25 de junio de 2009).
- Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania sobre cooperación en la lucha contra la delincuencia, hecho en Tirana el 20 de mayo de 2009. (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2009).
- Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Acuerdo para la protección de materias clasificadas entre el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Madrid el 10 de enero de 2008. (BOE núm. 168, de 13 de julio de 2009).
- Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho «ad referendum» en Madrid el 20 de marzo de 2007. (BOE núm. 224, de 16 de septiembre de 2009).
- Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Aplicación provisional del Convenio entre los Estados Unidos de América y el Reino de España sobre incremento de la cooperación para impedir y combatir la delincuencia grave, hecho en Washington el 23 de junio de 2009. (BOE núm.225, de 17 de septiembre de 2009).
- Convenio entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular en materia de seguridad y de lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, hecho en Argel el 15 de junio de 2008. (BOE núm. 260, de 28 de octubre de 2009).

b) *Información Parlamentaria*

- Comisión de Interior, de 8 de octubre de 2009. Comparecencia del Sr. Secretario de Estado de Seguridad para informar sobre temas relativos al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

**Jurisprudencia**

147

- Tribunal Supremo. Sala Quinta, de lo Militar. Aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil y artículo 7 bis del Código Penal Militar. Aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil: insulto a superior y abuso de autoridad de los artículos 99.3 y 104, respectivamente, del Código Penal Militar.
- Tribunal Supremo. Sala Quinta, de lo Militar. Aplicación indebida de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en relación con el artículo 101 del Código Penal Militar, y 208, 209 y 172 del Código Penal común.

# INFORMACION Y DOCUMENTACION SOBRE SEGURIDAD (2.º semestre 2009)

Juan Carlos González Sanmillán

## NORMATIVA DE INTERES

### a) *España*

**1. Comunidad Autónoma Valenciana. Ley 3/2009, de 14 de abril, de modificación de la Ley 1/2004, de 24 de mayo, de ayuda a las víctimas del terrorismo. (BOE núm. 110, de 6 de mayo de 2009).**

La Ley 1/2004, de 24 de mayo, de la Generalitat, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo es, según se infiere de su preámbulo, expresión del gran respeto y gratitud que el pueblo valenciano tiene hacia sus víctimas. Constituye un reconocimiento, justo y debido, al dolor que padecen por la pérdida de su integridad y a la gran aportación que realizan con su sufrimiento a los valores democráticos y a la paz.

El resarcimiento de la deuda moral y material que la sociedad tiene con aquellos que en primera persona padecen las graves consecuencias de esta intolerancia, requiere una atención y solidaridad permanente.

En este sentido, es voluntad de la Generalitat, a través de la presente reforma, extender las actuaciones indemnizatorias y asistenciales que la Ley 1/2004 estableció a nuevos supuestos, así como introducir actuaciones en ámbitos no contemplados inicialmente con el fin de ampliar y concretar su cobertura.

La presente reforma supone un salto cualitativo en la atención a las víctimas del terrorismo, en la medida en que su objetivo no es tanto el de incrementar las ayudas sino el de diseñar nuevos conceptos que den respuesta a situaciones especialmente graves. Por ello centra su atención, dentro del colectivo de vic-

timas del terrorismo, en aquellas que, como consecuencia de los daños sufridos, requieren una mayor atención o presentan dificultades especiales en ámbitos que son esenciales para su desarrollo personal o familiar.

La reforma abarca, principalmente, los siguientes ámbitos: el indemnizatorio, introduciendo ayudas por situación de dependencia; el asistencial, en materia de enseñanza y de vivienda habitual; el fiscal, impulsando medidas de carácter tributario; el de empleo público, programando derechos y situaciones administrativas; y el institucional, mediante la creación de una Comisión de Coordinación y Seguimiento de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.

**2. Real Decreto 638/2009, de 17 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1370/2008, de 1 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno, y se desarrolla el Real Decreto 542/2009, de 7 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2009).**

La necesidad de modificar el Real Decreto 1370/2008, se aprovecha para clarificar el modo de adscripción de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado al Departamento de Seguridad de la Presidencia.

En su virtud, a propuesta del Presidente del Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.j de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno,

DISPONGO:

Artículo único. *«Modificación del Real Decreto 1370/2008, de 1 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno».*

Uno. Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 7 del Real Decreto 1370/2008, de 1 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno, con la siguiente redacción:

«El Departamento de Seguridad contará con una dotación de personal de los Cuerpos y

Fuerzas de Seguridad del Estado cuya adscripción será efectuada por el Ministerio de Interior, de acuerdo con la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno, por el procedimiento de libre designación.

Sin perjuicio de su dependencia orgánica del Ministerio de Interior, que les proveerá de la infraestructura y medios precisos para el desarrollo de su función, corresponde al Departamento de Seguridad la dirección operativa de los servicios que se encomienden a este personal.»

**3. Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas. (BOE núm. 145, de 16 de junio de 2009).**

El artículo 12 del Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, adoptado en Viena el 19 de diciembre de 1988, del que España es parte, contempla la adopción de medidas adecuadas para controlar la fabricación y distribución de precursores entre los Estados miembros.

Estas sustancias químicas, que se desvían de su curso legal y se utilizan para la elaboración de distintos tipos de drogas, se producen fundamentalmente en países desarrollados, motivo por el cual dichos países adquieren compromisos derivados de la adhesión a Convenios Internacionales como el mencionado, a través de los cuales adoptan normativas y legislan para conseguir una armonización adecuada y eficaz, que facilite el control de los precursores desde su fabricación hasta su destino final, al objeto de evitar su desvío para fines ilícitos.

En el ámbito de la Unión Europea, el establecimiento de medidas adecuadas a tal fin ha venido desarrollándose a través de Reglamentos y de Directivas, que han desembocado en disposiciones nacionales, como es, en el caso español, la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, así como su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 865/1997, de 6 de junio.

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, tras la evaluación de las experiencias y logros obtenidos en materia de con-

trol de precursores de drogas, y sin olvidar en ningún momento que, en principio, el comercio de las sustancias empleadas en la industria química y farmacéutica es legal, ha llegado a la conclusión de que es más adecuado en este momento un Reglamento, que garantice la aplicación directa de normas armonizadas, en lugar de utilizar como instrumento normativo una Directiva, máxime tras la ampliación del número de miembros de la Unión Europea a 27 Estados.

Por ello, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han aprobado el Reglamento (CE) 273/2004, de 11 de febrero, sobre precursores de drogas; el Reglamento (CE) 111/2005, del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países; y el Reglamento (CE) 1277/2005, de la Comisión, de 27 de julio, por el que se establecen normas de aplicación de los dos primeros.

Si bien dichos Reglamentos son de carácter obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicables en los Estados miembros, éstos ordenan a cada Estado determinar el régimen de sanciones aplicables a las infracciones a cada uno de estos Reglamentos, así como adoptar las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones que, en su caso, se prevean deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias.

En cumplimiento de dicho mandato se ha elaborado esta Ley cuyo contenido se limita a regular aquellos aspectos esenciales para poder aplicar en nuestro país las medidas que se recogen en cada uno de los tres Reglamentos comunitarios y poder sancionar todo hecho contrario a las obligaciones contenidas en los mismos.

#### **4. Comunidad Autónoma de Canarias. Ley 9/2009, de 16 de julio, de modificación de la Ley 2/2008, de 28 de mayo, del Cuerpo General de la Policía Canaria. (BOE núm. 185, de 1 de agosto de 2009).**

Los artículos objeto de modificación se refieren a la normativa aplicable en el ejercicio de sus funciones a los funcionarios del Cuerpo General de la Policía Canaria en cuestiones

de competencia estatal -fuero jurisdiccional, régimen penitenciario, uso de armas, régimen de detenciones y colaboración en funciones de la policía judicial y en otros ámbitos relacionados con la seguridad-, por lo que la modificación está referida a la aclaración del sistema de remisiones a la legislación del Estado o a la simple y pura supresión del precepto cuando, a pesar de la remisión, pueda inducirse un conflicto de interpretación competencial.

La modificación de la ley permite dar algunos retoques puntuales en otras cuestiones plenamente justificadas. La primera es para ampliar el espectro de los candidatos potenciales a la jefatura del cuerpo, cuya designación está reservada al Gobierno entre funcionarios policiales del más alto nivel. En la ley vigente sólo los comisarios principales podrán acceder a esa jefatura, cuando es evidente que se trata de un número muy reducido de cargos que limita la función de selección. Por eso, la modificación, manteniendo la extracción funcional del cuerpo y sin perjudicar su nivel de capacitación, extiende los aspirantes a los comisarios y subcomisarios.

Respecto al acceso al empleo de subinspector, se considera necesario concretar que la promoción interna será mediante concurso-oposición. Asimismo se ha considerado necesario modificar la disposición final tercera de la ley al objeto de equiparar, en lo relativo al sistema de acceso, los cuerpos de Policías Locales de Canarias y el Cuerpo General de la Policía Canaria.

Por otra parte, con la mencionada Ley 2/2008 se llegó a una cierta falta de sintonía entre la edad máxima para el ingreso en el Cuerpo General de la Policía Autonómica, 32 años, y en los cuerpos de las policías locales, 30 años, que no tiene justificación en dos cuerpos que están llamados a colaborar en todos los ámbitos que la ley permite.

Por último, la dispensa de grado que, para los funcionarios de los cuerpos de policía local, contempla la disposición transitoria de la Ley 9/2007, de 13 de abril, del Sistema Canario de Seguridad y Emergencias y de modificación de la Ley 6/1997, de 4 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de Canarias, establece un plazo de caducidad que no tiene parangón en otros sistemas comparados de cuerpos de seguridad, por lo que procede su modificación.

Así, manteniendo el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 9/2007, esto es, hasta el 19 de abril de 2012, para obtener el diploma que acredite la superación del curso impartido por la Academia Canaria de Seguridad, la modificación consiste en que la obtención de este diploma dará derecho a la dispensa de un grado de titulación para el acceso, por el sistema de promoción interna a los empleos que requieran dicho grado durante la vida profesional del funcionario.

**5. Ministerio del Interior. Orden INT/2783/2009, de 29 de septiembre, por la que se modifica la Orden INT/3764/2004, de 11 de noviembre, por la que se adecuan los ficheros informáticos del Ministerio del Interior que contienen datos de carácter personal a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y se crean nuevos ficheros cuya gestión corresponde a dicho Ministerio. (BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2009).**

El artículo 20 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, establece que la creación, modificación y supresión de los ficheros de las Administraciones Públicas sólo podrá hacerse por medio de disposición general publicada en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial correspondiente.

Al amparo de lo establecido en la citada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se procedió por Orden INT/3764/2004, de 11 de noviembre, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» número 277, de 17 de noviembre de 2004, a la adecuación de los ficheros informáticos del Ministerio del Interior que contienen datos de carácter personal, entre los que se describen y regulan los que son responsabilidad de diferentes Centros Directivos del Ministerio del Interior.

Por lo se refiere a los ficheros dependientes de la Secretaría de Estado de Seguridad, el Real Decreto 991/2006, de 8 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, introdujo diferentes modificaciones en la estructura orgánica de la misma, creando el Gabinete de Estudios de Seguridad Interior (GESI), al que se le encomienda, entre otras, la competencia

de desarrollar el Sistema Estadístico de Seguridad. En la coyuntura actual, el cumplimiento de esta función exige ampliar la información contenida en el programa estadístico vigente, de naturaleza meramente estadística, completándola con otros datos provenientes, esencialmente, de las infracciones denunciadas y ampliando las fuentes de suministro de información a otros cuerpos policiales.

A fin de cumplir las premisas establecidas en los apartados primero y segundo del artículo 4 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, se hace preciso crear un fichero en el seno del Gabinete de Estudios de Seguridad Interior, el cual garantice que la recogida de datos con fines estadísticos se ajustará a los principios de secreto, transparencia, especialidad y proporcionalidad, adoptando las medidas organizativas y técnicas necesarias para proteger la información.

## ANEXO I

Nombre del fichero: Sistema estadístico de criminalidad (SEC)

Finalidad del fichero: Tener un conocimiento más profundo de los factores que inciden en la seguridad ciudadana, derivado del caudal de información que genera la actividad delictiva e infractora, así como estructurar, de acuerdo con criterios rigurosos y técnicos, la obtención, explotación y difusión de datos estadísticos relacionados con las infracciones penales y contra las leyes de seguridad ciudadana.

Usos previstos: Fines estadísticos, con objeto de articular en cada momento las políticas de seguridad más adecuadas y establecer los planes de acción preventivos que en cada ámbito territorial correspondan.

Personas o colectivos sobre los que se pretende obtener datos de carácter personal, o que resulten obligados a suministrarlos: Denunciantes y víctimas de infracciones contempladas en las leyes penales y de protección de la seguridad ciudadana, así como las personas sobre las que, presuntamente, pudiera recaer alguna responsabilidad por las indicadas infracciones.

Procedimiento de recogida de datos de carácter personal: Los datos procederán de las diligencias instruidas con ocasión de actua-

ciones policiales, reseñas de detenidos, denuncias recibidas a través de las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y diferentes Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales con las que se establezcan acuerdos de colaboración.

Estructura básica del Fichero y descripción de los tipos de datos de carácter personal, incluidos en el mismo: Sobre la base del desglose de las diferentes infracciones, de conformidad con la tipificación legal de las mismas, se recogerán los siguientes datos personales, asociados a ellas:

Datos de carácter identificativo: DNI/NIF/pasaporte/y otros documentos identificativos.

Datos de características personales: Fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, lugar de residencia y estado civil.

Datos relativos a la comisión de infracciones penales contra las leyes de Seguridad Ciudadana: Implicación y consumo de drogas y/o alcohol por parte de los responsables de la comisión de infracciones penales.

Datos académicos y profesionales: Titulación académica y situación ocupacional/laboral.

Datos de circunstancias sociales: Respecto a los ciudadanos que no posean la nacionalidad española, su situación administrativa en España, medio utilizado para su entrada en territorio nacional y motivo de su estancia en España.

Cesiones de datos que se prevean y transferencias a países terceros, en su caso: A los solos efectos de tratamiento y elaboración de las informaciones estadísticas relacionadas con los hechos ilícitos registrados en el Sistema Estadístico de Criminalidad, se cederá a los respectivos servicios estadísticos de las Policías Autonómicas, con competencia integral en materia de seguridad, un número identificador, bien sea el DNI, NIE, pasaporte u otro documento identificativo correspondiente a la víctima, el denunciante o el autor de los hechos objeto del referido registro.

Órgano administrativo responsable del fichero: Secretaría de Estado de Seguridad.

Órgano administrativo ante el que pueden ejercitarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición: Secretaría de Estado de Seguridad, Gabinete de Estudios de Seguridad Interior.

Medidas de seguridad, con indicación del nivel básico, medio o alto, exigible: Alto.

**6. Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009).**

Recientes ataques sufridos por buques pesqueros españoles que desarrollan sus actividades en aguas sometidas a especiales situaciones de riesgo para la vida e integridad de sus tripulantes, aconsejan la adopción de medidas destinadas a mejorar específicamente la seguridad de dichas embarcaciones y de sus tripulaciones, mediante el uso de medios adecuados y destinados a la prevención y disuasión de posibles ataques. Dichos ataques se han producido, en aguas internacionales cercanas a las costas de Somalia, mediante la utilización de armas de guerra, lo que exige, en respuesta a la entidad y carácter de la amenaza, la utilización de los medios de defensa y de prevención adecuados y proporcionados a esos modos de agresión.

La normativa sobre seguridad privada constituye el marco adecuado que puede permitir el desarrollo de servicios de seguridad privada de los buques, profundizando en un proceso, extendido en todas las sociedades de nuestro entorno, de realización de actividades de seguridad por parte de otras instancias sociales y agentes privados. El artículo 4.2 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, habilita al Ministerio del Interior para determinar las características y finalidades de los medios materiales y técnicos precisos para la prestación de los servicios de seguridad privada. Por su parte, el artículo 11 de la misma ley atribuye a los Vigilantes de Seguridad, entre otras funciones, las de ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos. Y el artículo 14, establece que los vigilantes de seguridad sólo desarrollarán con armas de fuego las funciones de vigilancia y de protección de bienes y de personas que les corres-

ponden, en los supuestos que reglamentariamente se determinen, añadiendo que la categoría de las armas adecuadas para realizar los servicios de seguridad también se determinarán reglamentariamente.

Por último, la disposición final primera de la citada Ley 23/1992, de 30 de julio, habilita al Gobierno para determinar por vía reglamentaria, entre otras, las condiciones que deben cumplirse en la prestación de servicios y en la organización de actividades de seguridad privada, las características que deben reunir los medios técnicos y materiales utilizados a tal fin, y las funciones deberes y responsabilidades del personal de seguridad privada.

En desarrollo y ejecución de estas previsiones de la Ley de Seguridad Privada, se hace necesario modificar las correspondientes disposiciones reglamentarias, para permitir que la prestación de la seguridad a bordo de los buques mercantes y buques pesqueros de bandera española en situaciones de especial riesgo para personas y bienes, de modo que pueda ser prestada por el personal de las empresas de seguridad, mediante la utilización debidamente controlada del armamento adecuado para cumplir eficazmente con los cometidos de protección y de prevención que desarrollan legalmente.

La regulación por la Administración del Estado de los servicios de seguridad que puedan prestar, en este ámbito, las empresas privadas y su personal, se inscribe en núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública atribuida al Estado por el artículo 148.1.29.ª de la Constitución.

#### «Artículo 81. *Prestación de servicios con armas.*

1. Los vigilantes sólo desempeñarán con armas de fuego los siguientes servicios:

a) Los de protección del almacenamiento, recuento, clasificación, transporte y distribución de dinero, valores y objetos valiosos o peligrosos.

b) Los de vigilancia y protección de:

1.º Centros y establecimientos militares y aquellos otros dependientes del Ministerio de Defensa, en los que presten servicio miembros

de las Fuerzas Armadas o estén destinados al uso por el citado personal.

2.º Fábricas, depósitos y transporte de armas, explosivos y sustancias peligrosas.

3.º Industrias o establecimientos calificados como peligrosos, con arreglo a la legislación de actividades clasificadas, por manipulación, utilización o producción de materias inflamables o explosivas que se encuentren en deshabitado.

c) En los siguientes establecimientos, entidades, organismos, inmuebles y buques, cuando así se disponga por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil en los supuestos no circunscritos al ámbito provincial, o por las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, valoradas circunstancias tales como la localización, el valor de los objetos a proteger, la concentración del riesgo o peligrosidad, la nocturnidad u otras de análoga significación:

1.º Dependencias de Bancos, Cajas de Ahorro y entidades de crédito.

2.º Centros de producción, transformación y distribución de energía.

3.º Centros y sedes de repetidores de comunicación.

4.º Polígonos industriales y lugares donde se concentre almacenamiento de materias primas o mercancías.

5.º Urbanizaciones aisladas.

6.º Joyerías, platerías o lugares donde se fabriquen, almacenen o exhiban objetos preciosos.

7.º Museos, salas de exposiciones o similares.

8.º Los lugares de caja o donde se concentren fondos, de grandes superficies comerciales o de casinos de juego.

9.º Buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o para ambos.

2. Cuando las empresas, organismos o entidades titulares de los establecimientos o inmuebles entendiesen que en supuestos no incluidos en el apartado anterior el servicio debiera ser prestado con armas de fuego, teniendo en cuenta las circunstancias que en

el mismo se mencionan, solicitarán la correspondiente autorización a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, respecto a supuestos no circunscritos al ámbito provincial o a las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, que resolverán lo procedente, pudiendo autorizar la formalización del correspondiente contrato.»

**7. Orden PRE/2914/2009, de 30 de octubre, que desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero. (BOE núm. 264, de 2 de noviembre de 2009).**

El Real Decreto 1628/2009, de 30 de octubre, modifica los artículos 81 y 86 del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre y los artículos 6 y 124 del Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, para permitir que la prestación de seguridad a bordo de los buques de bandera española, que se encuentren fuera de nuestras aguas territoriales y en situaciones de especial riesgo para personas y bienes, pueda ser prestada por el personal de las empresas de seguridad, mediante la utilización del armamento adecuado para cumplir eficazmente con los cometidos de protección y de prevención.

*Primero. Ámbito de aplicación.* Lo dispuesto en esta Orden será de aplicación a la prestación de los servicios de seguridad con armas de guerra, por vigilantes de seguridad, en buques mercantes y buques pesqueros que naveguen bajo bandera española, en aguas en las que exista grave riesgo para la seguridad de las personas o de los bienes, o para ambos, previstos en el apartado 9.º del artículo 81.1.c) del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre.

*Segundo. Armamento autorizado.* Las armas de guerra a las que se refiere el apartado Primero son, de entre las comprendidas

en el artículo 6.1.b) del Reglamento de Armas, las siguientes:

a) Armas de fuego de calibre igual o superior a 12,7 milímetros que utilicen munición con vaina de ranura en el culote y no de pestaña o reborde en el mismo lugar.

b) Armas de fuego que utilicen la siguiente munición:

1.º 5,45 x 39,5.

2.º 5,56 x 45 (o su equivalente 223).

3.º 7,62 x 39.

4.º 7,62 x 51 NATO.

*Tercero. Empresas y personal.* Los servicios de seguridad a los que se refiere el apartado Primero, únicamente podrán prestarse por empresas de seguridad de ámbito estatal, autorizadas para la prestación de servicios y actividades de vigilancia y protección de personas y bienes e inscritas en el registro correspondiente del Ministerio del Interior, que cuenten con vigilantes de seguridad debidamente habilitados y adiestrados en el manejo de las armas de guerra del apartado Segundo.

*Quinto. Adquisición de las armas.*

1. Una vez autorizado el servicio, el procedimiento para la adquisición de las armas de guerra y sus municiones seguirá el siguiente trámite:

a) La empresa de seguridad solicitará al Ministerio del Interior (Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil - Intervención Central de Armas y Explosivos de la Guardia Civil), la autorización para la adquisición de dichas armas y sus municiones.

b) Una vez recibida la solicitud, la citada Unidad interesará del Ministerio de Defensa (Dirección General de Armamento y Material) el correspondiente informe a fin de determinar si procede autorizar la adquisición de las mismas.

c) Emitido informe favorable por el Ministerio de Defensa, la Intervención Central de Armas y Explosivos de la Guardia Civil expedirá la correspondiente autorización de adquisición, remitiendo copia de la misma al Ministerio de Defensa (Dirección General de Armamento y Material).

## Noveno. *Traslado de armas y munición.*

1. El traslado de armas de guerra y sus municiones desde el lugar de almacenamiento y custodia al lugar de utilización para la prestación del servicio o realización de los ejercicios de tiro, así como entre delegaciones, requerirá una autorización previa de traslado, expedida por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil (Intervención Central de Armas y Explosivos de la Guardia Civil), que acompañará al mismo.

**8. Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora. (BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009).**

A través de la Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, se establecía una nueva arquitectura jurídica de la autorización para conducir basada en la especial apreciación y valoración por su titular. La Administración del tráfico comenzaba a tasar el permiso y la licencia de conducción en un número de puntos que procede a detracer cuando el comportamiento del conductor no es conforme a lo exigido.

Así, el 1 de julio de 2006, fecha en la que entró en vigor la citada modificación, el ordenamiento jurídico vial en nuestro país iniciaba una nueva etapa bajo el sistema denominado permiso y licencia de conducción por puntos.

Los efectos no se han hecho esperar. El cambio de comportamientos de los conductores ha provocado una reducción muy significativa de la mortalidad en nuestras carreteras. Siendo así, lo cierto es que resulta imprescindible seguir avanzando en el camino recorrido y ello no es posible sin analizar los posibles fallos del sistema. En este sentido, transcurridos más de tres años desde ese 1 de julio de 2006, es ya posible dirigir el grueso de las críticas hacia el elemento que precede a toda detracción de puntos: el procedimiento sancio-

nador. Son varias las reflexiones que éste deja en la actualidad.

En primer lugar, su excesiva dilación en el tiempo, la cual se ha hecho quizás aún más palpable con la entrada en vigor de la modificación del Código Penal operada a través de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre. Así, y a título de ejemplo, resulta especialmente significativo que cuando la ingesta de alcohol durante la conducción es especialmente elevada, y tipificada por tanto como delictiva, el reproche jurídico se produce en horas. Por el contrario, si aquella es menor, y sancionable únicamente en vía administrativa, la firmeza de la sanción y la detracción de puntos que ésta implica se prolonga innecesariamente durante meses, aunque no sea intención del infractor litigar en el procedimiento.

De todo lo expuesto anteriormente se deduce que es imprescindible llevar a cabo una reforma integral del procedimiento sancionador teniendo siempre presente la amplia jurisprudencia relativa al ejercicio del «ius puniendi» por parte de la Administración.

La experiencia acumulada durante los últimos años pone de manifiesto, además, la necesidad de construir un procedimiento especial para el ámbito sancionador del tráfico donde puedan ser tenidas en cuenta las especialidades que lo diferencian de los demás procedimientos administrativos.

### b) *Guardia Civil*

**1. Real Decreto 1370/2009, de 13 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas. (BOE núm. 213, de 3 de septiembre de 2009).**

El artículo 23 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, establece que los guardias civiles tienen la obligación de someterse a los reconocimientos psicofísicos necesarios para determinar su aptitud para el servicio, remitiéndose a desarrollo reglamentario la forma y plazos derivados de esta obligación.

El artículo 51 de la Ley 42/1999, de 25 de

noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, dispone que los guardias civiles serán evaluados para determinar, entre otros aspectos, la insuficiencia de condiciones psicofísicas. En el artículo 55.1 se establece que como consecuencia de los reconocimientos médicos o de las pruebas psicológicas y físicas a las que se refiere el artículo 49, así como en los supuestos previstos en el artículo 97, ambos de la citada ley, se podrá iniciar un expediente para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas.

Los preceptos anteriores se contemplan en el Real Decreto 1224/2006, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, que en su artículo 7 dispone que las evaluaciones extraordinarias para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas tendrán por finalidad comprobar la aptitud para el servicio del interesado, de acuerdo con el cuadro de condiciones psicofísicas correspondiente y, en su caso, la limitación para ocupar determinados destinos o su pase a retiro. Establece, además, que el expediente para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas constará el dictamen del órgano pericial competente, y que será valorado por la Junta de Evaluación específica o por el Consejo Superior de la Guardia Civil, si afecta a Oficiales Generales.

La disposición transitoria primera -referida al Cuerpo de la Guardia Civil- del Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas establece que, hasta la aprobación del Reglamento a que se refiere el artículo 55.2 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, la determinación de la aptitud psicofísica del personal de la Guardia Civil continuará rigiéndose por la normativa anterior, salvo los cuadros de condiciones psicofísicas que serán los que se establecen en el anexo del citado Reglamento de las Fuerzas Armadas. Añade además, la citada disposición, que las Juntas médico-periciales serán los órganos competentes para emitir los dictámenes médicos.

Las funciones y cometidos que han de realizar los guardias civiles difieren sustancial-

mente de las asignadas al personal de las Fuerzas Armadas en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que las aptitudes psicofísicas exigidas para el ingreso en ambas Instituciones no son las mismas y, en lógica consecuencia, las que han de mantener unos y otros en el ejercicio de su profesión tampoco tienen porqué ser idénticas. Nada impide, por tanto, que la Guardia Civil disponga de una regulación propia y distinta por la que regirse en la determinación de las aptitudes psicofísicas de sus componentes.

Por todo lo anteriormente expuesto, se considera que para determinar la aptitud psicofísica del personal de la Guardia Civil resulta más adecuada la aplicación de los baremos establecidos en la legislación general de ámbito estatal, determinada en el anexo 1.A) del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que los cuadros de condiciones psicofísicas establecidos en el anexo al Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto.

El Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, queda modificado como sigue:

Uno. La disposición transitoria primera del Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, queda redactada del siguiente modo:

«Disposición transitoria primera. *Personal de la Guardia Civil.*

Hasta la aprobación del Reglamento al que se refiere el artículo 55.2 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, la determinación de la aptitud psicofísica del personal del citado Cuerpo continuará rigiéndose por la normativa anterior y, en relación con los cuadros de condiciones psicofísicas, por lo establecido en el anexo 1.A) del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Las Juntas médico-periciales serán los órganos competentes para emitir los dictámenes médicos, que se realizarán según lo dispuesto

en el párrafo precedente, en los que se detallará el diagnóstico de la enfermedad o proceso patológico y el grado de discapacidad basado en la severidad de las consecuencias de la enfermedad.

Los anteriores dictámenes serán remitidos al órgano de evaluación constituido en el ámbito de la Guardia Civil, que requerirá informe al personal especializado competente en materia de la salud en el Cuerpo en el que se valorará la patología y grado de discapacidad que presente el interesado en relación con las funciones y cometidos que pudiera desempeñar, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento de evaluaciones y ascensos del personal del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por el Real Decreto 1224/2006, de 27 de octubre.»

**2. Ministerio del Interior. Orden INT/2936/2009, de 27 de octubre, por la que se crea el registro electrónico de la Guardia Civil. (BOE núm. 265, de 3 de noviembre de 2009).**

El artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé que las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y en el ejercicio de sus competencias.

Las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, fueron desarrolladas por sendos Reales Decretos, el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, el cual vino a establecer las garantías, requisitos y supuestos de utilización de dichas técnicas, así como por el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y la devolución de originales y el régimen y funcionamiento de las oficinas de registro.

Ambos desarrollos reglamentarios han sido modificados por el Real Decreto 209/2003, de

21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos.

Dentro de este marco normativo, con esta orden se dota a la Guardia Civil de un registro electrónico dependiente de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, cuya finalidad ha de ser la recepción o salida de solicitudes, escritos y comunicaciones relacionados con determinados procedimientos y actuaciones que son competencia exclusiva de dicho Cuerpo, dispuestas en el artículo 12 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

*Artículo 1. Creación del Registro Electrónico de la Guardia Civil.*

1. Se crea el Registro Electrónico de la Guardia Civil para la recepción, remisión y tramitación de los escritos, solicitudes y comunicaciones administrativas que se remitan y expidan por vía telemática mediante firma electrónica avanzada, de acuerdo a las formas de identificación y autenticación indicadas en el artículo 13 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, en el ámbito de los procedimientos y actuaciones incluidos en el anexo de esta orden.

2. El Registro Electrónico de la Guardia Civil se configura como una oficina de registro, en los términos previstos en el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 7 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

*Artículo 2. Gestión del Registro Electrónico de la Guardia Civil.*

La Jefatura de Servicios Técnicos de la Subdirección General de Apoyo de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en el ámbito de la Guardia Civil, será la unidad responsable de la gestión y seguridad del Registro Electrónico de la Guardia Civil.

**Artículo 3. Funciones del Registro Electrónico de la Guardia Civil.**

1. El Registro Electrónico de la Guardia Civil estará habilitado únicamente para la recepción y remisión de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se presenten por vía telemática ante la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, respecto de los trámites y procedimientos incluidos en el Anexo de esta Orden y que son del ámbito de competencias exclusivo del Cuerpo de la Guardia Civil.

2. En relación con los procedimientos y actuaciones mencionados en el apartado anterior, el Registro Electrónico de la Guardia Civil desarrollará las siguientes funciones:

- a) Recepción de escritos, solicitudes y comunicaciones.
- b) Anotación de asientos de entrada o salida de escritos, solicitudes y comunicaciones.
- c) Remisión de escritos, solicitudes y comunicaciones a las personas, órganos o unidades destinatarios.

**Artículo 4. Acceso al Registro Electrónico de la Guardia Civil.**

1. El acceso de los interesados al Registro Electrónico de la Guardia Civil se realizará a través de la dirección electrónica [www.guardiacivil.es](http://www.guardiacivil.es).

En dicha dirección se expondrá, permanentemente actualizada y diferenciada por procedimientos, una relación de las solicitudes, escritos y comunicaciones que pueden presentarse ante el Registro Electrónico de la Guardia Civil, todos ellos con sus correspondientes modelos normalizados de solicitud.

2. El diseño del Registro Electrónico de la Guardia Civil observará el principio general de accesibilidad universal de los canales, soportes y entornos, encaminado a que las personas con discapacidad o de edad avanzada puedan acceder a los mismos.

**3. Resolución de 5 de noviembre de 2009, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Addenda al Convenio de colaboración y coordinación, entre el Ministerio del Interior y la Comunidad Autónoma de La Rioja, en materia de seguridad de los edificios e instalaciones auto-**

**nómicas para el año 2009. (BOE núm. 274, de 13 de noviembre de 2009).**

Habiéndose suscrito con fecha de 2 de noviembre de 2009, la Addenda al Convenio de Colaboración y Coordinación entre el Ministerio del Interior (Guardia Civil) y la Comunidad Autónoma de La Rioja, en materia de seguridad de los edificios e instalaciones autonómicas para el año 2009, procede la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de dicha Addenda, que figura como anexo a esta Resolución.

El 4 de diciembre de 2006 fue suscrito un Convenio de Colaboración y Coordinación entre el Ministerio del Interior (Guardia Civil) y la Comunidad Autónoma de La Rioja, en materia de seguridad de los edificios e instalaciones autonómicas.

El objeto de dicho Convenio es establecer y regular la participación del personal del Cuerpo de la Guardia Civil en las misiones de vigilancia y protección de edificios e instalaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

**ACUERDAN**

Primero. Establecer para el año 2009 la vigencia del Convenio de Colaboración y Coordinación entre el Ministerio del Interior (Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil) y la Comunidad Autónoma de La Rioja, en materia de seguridad de los edificios e instalaciones autonómicas.

La presente Addenda tendrán efecto entre las partes desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009, teniendo en cuenta la previsión al respecto del artículo 12.3 de la ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Segundo. A efectos de determinar el coste de la prestación económica máxima para el ejercicio 2009 se concretan para este ejercicio los siguientes efectivos:

Categoría	Efectivos
Teniente	1
Brigada	2
Cabo	1
Guardia Civil	7

## POLITICA DE SEGURIDAD

### a) Información general

**1. Comunidad Autónoma de Cataluña. Resolución IRP/911/2009, de 18 de marzo, del Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación, por la que se establecen medidas de regulación de la circulación y del transporte de mercancías por la carretera C-37. (BOE núm. 109, de 5 de mayo de 2009).**

El Servicio Catalán de Tráfico, organismo autónomo de carácter administrativo creado por la Ley 14/1997, de 24 de diciembre, y adscrito al Departamento de Interior de acuerdo con lo que dispone el artículo 4.4 del Decreto 243/2007, de 6 de noviembre, de creación, denominación y determinación del ámbito de competencias de los departamentos de la Administración de la Generalidad de Cataluña, tiene atribuidas, conjuntamente con otros órganos del Departamento, las funciones de gestión y control del tráfico en las vías interurbanas y en las travesías o vías urbanas que afecten la circulación interurbana, así como la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la fluidez del tráfico de las carreteras.

Está prevista la puesta en servicio del tramo de la nueva carretera C-37 entre Torelló y Sant Esteve d'en Bas, por el túnel de Bracons. Este hecho generará sin duda un notable aumento de la circulación en el itinerario comprendido entre los municipios de Vic y Olot.

Teniendo en cuenta que faltan por ejecutar las variantes de Olot y Les Preses de esta carretera, este aumento previsto de la circulación puede tener una incidencia muy negativa en la red vial urbana de estos municipios, especialmente por lo que se refiere al tráfico de vehículos pesados de transporte de mercancías de largo recorrido, si no se procede a regular la circulación de este tipo de vehículos que, por sus características o su carga, sean susceptibles de afectar las condiciones de la circulación.

Por ello, a petición de la Dirección General de Carreteras del Departamento de Política Territorial y Obras Públicas de la Generalidad

de Cataluña, titular de la carretera afectada, al amparo de la normativa mencionada y en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 9.c) de la Resolución IRP/4054/2008, de 18 de diciembre, de delegación de funciones del consejero de Interior, Relaciones Institucionales y Participación en diversos órganos del Departamento, resuelvo:

1. Establecer las medidas de regulación de la circulación de vehículos por la nueva carretera C-37 entre los puntos kilométricos 153+600, Torelló, y 172+200, Sant Esteve d'en Bas, por el túnel de Bracons, en el período de tiempo comprendido entre la entrada en servicio del túnel y la puesta en servicio de las variantes de Olot y Les Preses, que se detallan a continuación:

1.1 Para todos los vehículos de transporte de mercancías que sobrepasen los 7.500 kg. de MMA (masa máxima autorizada) está prohibida la circulación, entre las 0 y las 24 horas, en la nueva carretera entre los puntos kilométricos antes mencionados.

1.2 Se exceptúan de la prohibición establecida en el párrafo anterior los vehículos de transporte de mercancías que, a pesar de sobrepasar los 7.500 Kg. de MMA, cumplan alguna de las siguientes condiciones:

a) Que transporten ganado vivo, leche cruda o basuras, con o sin carga, agua destinada al consumo humano mediante cisternas móviles, o realicen los servicios de correos y de distribución de prensa diaria.

b) Los que realicen un trayecto cuyo origen o destino esté en las comarcas de La Garrotxa y de Osona.

**2. Ley 3/2009, de 6 de abril, de montes de Castilla y León. (BOE núm. 113 de 9 de mayo de 2009).**

En el nuevo marco de competencias reseñado, la Comunidad de Castilla y León viene a aprobar su Ley de Montes, que se estructura en siete Títulos, once Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y cuatro Disposiciones Finales.

Artículo 120. *De la vigilancia.*

1. La Administración de Castilla y León, a través del personal que tenga atribuidas funciones de vigilancia en la materia objeto de la presente Ley, en particular el referido en el apartado siguiente, velará por el cumplimiento de lo dispuesto en ella.

2. Los funcionarios pertenecientes a la Escala de Agentes Medioambientales del Cuerpo de Ayudantes Facultativos y a la Escala de Guardería Forestal del Cuerpo de Auxiliares Facultativos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León tendrán la consideración de autoridad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 137.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y estarán facultados para llevar a cabo las acciones prescritas por el artículo 58.3 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

**3. Orden PRE/1263/2009, de 21 de mayo, por la que se actualizan las instrucciones técnicas complementarias números 2 y 15, del Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero. (BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2009).**

El Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Explosivos, en su disposición final primera, autoriza a los Ministerios del Interior y de Industria y Energía (en la actualidad, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), para actualizar los contenidos técnicos de las instrucciones técnicas complementarias, cuyos textos se adjuntan como anexos a dicho Reglamento, teniendo en cuenta la evolución de la técnica y lo que dispongan las normas legales y reglamentarias que se dicten sobre las materias a que se refieren.

Artículo único. *Actualización de las Instrucciones técnicas complementarias números 2 y 15 del Reglamento de explosivos.*

Las Instrucciones técnicas complementarias números 2 y 15, sobre «Normas para el control

de la tenencia de explosivos» y «Etiquetas de identificación de envases y embalaje» respectivamente, del Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero.

**4. Ministerio del Interior. Resolución de 1 de junio de 2009, de la Dirección General de Tráfico, por la que se aprueba el Manual de Señalización Variable. (BOE núm. 143, de 13 de junio de 2009).**

En el último cuarto de siglo, el tráfico vial ha participado de importantes evoluciones tecnológicas que se materializan tanto en los vehículos, como en los conductores y en la vía. En este último aspecto, además de una importante mejora en las técnicas de planificación, construcción y explotación, se ha dado un salto cualitativo inédito debido a la posibilidad de informar a los conductores en tiempo presente, y en la propia carretera, sobre aquellas circunstancias que pudieran optimizar los objetivos de seguridad vial, movilidad, impacto medioambiental y/o niveles de confort.

La consecución de los anteriores objetivos es fruto de una cadena que se inicia en el proceso de monitorización de los parámetros de tráfico, medioambientales y meteorológicos, que pasa por los mecanismos de interpretación de éstos y de generación del conocimiento para la toma de decisiones, y se concreta finalmente, entre otras acciones, en la difusión de información. El elemento de toda esta cadena más perceptible para los ciudadanos está constituido por la señalización circunstancial contenida en los Paneles de Mensajes Variables (PMV).

Las primeras generaciones de PMV aparecidas en los años noventa tenían serias limitaciones técnicas que impedían a las autoridades de tráfico desplegar estrategias de gestión de tráfico avanzadas. Pero, a medida que estos dispositivos iban mejorando prestaciones y capacidad, se puso de manifiesto que el aspecto más importante no es la tecnología, sino la utilidad de las informaciones o instrucciones que transmiten. La riqueza del lenguaje permite que la información sea acotada para evitar interpretaciones diferentes cuando los mensajes van dirigidos a colectivos amplios, y desde luego el de los conductores y usuarios

de las redes viarias de transporte lo es. A partir de la constatación de esta dificultad en la comunicación, por razones de universalidad y en aras de la optimización de la seguridad vial, la movilidad y los niveles de confort, la Dirección General de Tráfico ha realizado un proceso de estudio, análisis y síntesis para la unificación y normalización de los criterios de señalización circunstancial exhibida por los PMV.

En primer lugar, se han tenido en cuenta las características de diseño incorporadas en el marco normativo de la señalización nacional e internacional, incluidas las recientes incorporaciones en el ámbito de Naciones Unidas en el ámbito específico de los PMV. Asimismo, se han acumulado conocimientos basándose en la experiencia y los usos experimentados en España y en los estados participantes en el Estudio Europeo 4 (ES4 de armonización de PMV), del programa Easyway de la Comisión Europea. Además, se han tenido en cuenta los resultados del proyecto SOMS-IN-SAFETY, realizado dentro del 6.º Programa Marco. Por último, se han realizado una serie de estudios empíricos para estudiar la comprensión de los signos y de los mensajes alfanuméricos.

**5. Ministerio del Interior. Resolución de 23 de junio de 2009, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se determina el porcentaje del personal de seguridad privada adscrito a los servicios declarados esenciales, durante el desarrollo de la huelga indefinida del sector de seguridad privada que tendrá lugar, a partir del día 30 de junio en todo el territorio nacional. (BOE núm. 153, de 25 de junio de 2009).**

El Real Decreto 524/2002, de 14 de junio, por el que se garantiza la prestación de servicios esenciales en el ámbito de la seguridad privada, en situaciones de huelga, determina en su artículo 2 aquellos servicios que se consideran esenciales para la comunidad, teniendo en cuenta, para ello, la adecuada proporcionalidad que debe existir entre el interés general y el derecho de los trabajadores.

Ante la posible colisión entre el legítimo derecho de huelga de los trabajadores de la seguridad privada y el libre y pacífico ejercicio de los derechos y libertades de las personas

objeto de protección y de los usuarios de las citadas infraestructuras, que podrían verse alterados (con riesgo hasta de pérdida de la propia vida) por la carencia de los servicios desempeñados por los vigilantes de seguridad, resulta necesario garantizar su debida vigilancia y protección, sin menoscabar el citado derecho de huelga.

En su virtud, oídas las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas del sector, dispongo que durante la huelga indefinida convocada a partir del día 30 del presente mes, se considerará en situación de servicios mínimos, en el sector de seguridad privada:

Primero. El 100 % del personal que preste servicios de protección de personas

Segundo. El 85% del personal que preste servicios de seguridad:

En las actividades de depósito, custodia, recuento y clasificación de monedas, billetes y demás objetos valiosos o peligrosos, así como en las de transporte y distribución.

En los Bancos, Cajas de Ahorro, entidades de crédito y en todos aquellos otros establecimientos, instalaciones o actividades en los que el servicio de seguridad se haya impuesto con carácter obligatorio.

Tercero. El 75% del personal que preste servicios de seguridad:

En centrales nucleares, en petroquímicas, refinerías y depósitos de combustibles.

En las fábricas de armas de fuego, en las de explosivos y en sus almacenamientos.

En las actividades de transformación, depósito, transporte y distribución de materias inflamables.

En servicios de suministro y distribución de agua, gas y electricidad.

Centrales de alarma.

Cuarto. El 75 % del personal que preste servicios de seguridad:

En los transportes públicos (puertos, aeropuertos, ferrocarriles, etc.) y en los centros de telecomunicaciones.

En centros y sedes de medios de comunicación social.

Quinto. El 25% del personal que preste servicios de seguridad privada en hospitales, Juzgados y Tribunales y dependencias de la administración pública.

Sexto. Los porcentajes establecidos en los

apartados anteriores, comprenderán en todo caso, como mínimo, un vigilante de seguridad.

**6. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Albania sobre cooperación en la lucha contra la delincuencia, hecho en Tirana el 20 de mayo de 2009. (BOE núm. 161, de 4 de julio de 2009).**

Guiados por los principios de igualdad, reciprocidad y asistencia mutua.

Han convenido en lo siguiente:

**Artículo 1**

1. Con arreglo a su legislación nacional y a lo dispuesto en el presente Acuerdo, las Partes, cooperarán en la lucha contra la delincuencia, especialmente de carácter organizado.

2. Las Partes colaborarán en la lucha contra las diversas formas de actividad delictiva, en concreto:

- a) El terrorismo.
- b) Los delitos contra la vida y la integridad de las personas.
- c) El tráfico, la producción y el comercio ilegales de drogas narcóticas y sustancias psicotrópicas, así como de las materias primas y precursores utilizados en su producción.
- d) La inmigración ilegal y la trata de seres humanos, así como la vulneración del régimen de pasaportes y visados.
- e) La detención ilegal y el secuestro.
- f) Las falsificaciones (impresión y alteración) y el uso ilegal de documentos de identidad (pasaportes, visados y documentación de vehículos a motor).
- g) El contrabando.
- h) El blanqueo de dinero derivado de actividades delictivas.
- i) La falsificación (elaboración, alteración) y difusión fraudulenta de moneda, medios de pago, cheques y valores.
- j) La sustracción y el comercio ilegal de vehículos de motor, y actividades delictivas conexas.

k) El tráfico ilícito de armas, munición, explosivos, materias primas de carácter estratégico (materiales nucleares y radiactivos), y de otras sustancias y bienes y tecnologías de doble uso en general peligrosas.

l) El tráfico ilícito de bienes culturales, de valor histórico y de obras de arte.

m) Los delitos contra la hacienda pública, incluida la evasión fiscal.

n) Las formas organizadas de delincuencia contra la libertad sexual, especialmente las que afectan a los menores, así como la impresión, divulgación y suministro de material pornográfico en el que participen menores.

o) Los delitos de intrusión en sistemas informáticos.

p) Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

3. Las partes colaborarán asimismo en la lucha contra otras formas de delincuencia cuya prevención, detección e investigación exijan la cooperación de las autoridades competentes de ambos Estados.

4. Las partes cooperarán asimismo en el terreno de la protección de testigos de la forma siguiente:

Aplicación recíproca de medidas especiales de protección, incluido el traslado de domicilio o lugar de residencia de las personas protegidas al territorio estatal respectivo de las Partes.

Intercambio de conocimientos y experiencia en el terreno de la protección de testigos.

**7. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Acuerdo para la protección de materias clasificadas entre el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Madrid el 10 de enero de 2008. (BOE núm. 168, de 13 de julio de 2009).**

Reconociendo la necesidad de garantizar la protección de las materias clasificadas intercambiadas entre ellas en el marco de las negociaciones y acuerdos de cooperación concluidos o que se concluyan en el futuro, así como de otros instrumentos contractuales de organizaciones públicas o privadas de las Partes.

## Objeto

El presente Acuerdo establece las normas de seguridad aplicables a cualquier instrumento contractual que prevea la transmisión de materias clasificadas, concluido o que se concluya en el futuro entre las autoridades nacionales competentes de ambas Partes o por organizaciones o empresas debidamente autorizadas al efecto.

**8. Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Convenio entre el Reino de España y la República de Cabo Verde relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho «ad referendum» en Madrid el 20 de marzo de 2007. (BOE núm. 224, de 16 de septiembre de 2009).**

Deseando mantener y reforzar los lazos que unen a los dos países.

Conscientes del interés para las dos Partes de promover una cooperación más eficaz entre los dos Estados en la prevención, investigación y persecución de los delitos, especialmente en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo.

Deseando mejorar la coordinación y la asistencia recíproca en materia penal entre los dos Estados, de conformidad con sus leyes y reglamentos nacionales; han convenido en lo siguiente:

### Ámbito de aplicación.

1. El presente Convenio tiene por finalidad la asistencia jurídica mutua entre las autoridades competentes de ambas Partes, en relación con asuntos de naturaleza penal.

### Alcance de la asistencia.

1. La asistencia comprenderá:

- a) La identificación y localización de personas.
- b) La notificación de documentos;
- c) La obtención de pruebas, incluyendo efectos, documentos o archivos.
- d) La ejecución de órdenes de registro, localización e incautación, como medios de obtención de prueba.
- e) La audición de testigos, peritos y acusa-

dos, bien directamente o por medio de videoconferencia.

f) Notificación a testigos, peritos y acusados a efectos de comparecer voluntariamente en el Estado requirente para la práctica de diligencias procesales.

g) El traslado temporal de personas detenidas para la práctica de diligencias procesales ante las autoridades del Estado requirente.

h) La búsqueda, inmovilización, confiscación y comiso del producto de las actividades delictivas y de los instrumentos utilizados a tal fin.

i) La entrega de bienes, incluyendo la restitución de objetos y el préstamo de piezas de convicción.

j) El intercambio de información relativa a hechos delictivos y el traslado de procedimientos criminales a la otra Parte.

k) El intercambio de información sobre antecedentes penales y condenas dictadas contra los nacionales de la otra Parte.

l) Cualquier otra forma de asistencia incluida en el objeto del presente Acuerdo que no sea contraria a la legislación de la Parte requerida.

2. Salvo en el supuesto previsto en el artículo 14.2 y 21, el presente Convenio no faculta a las autoridades de la Parte requirente a realizar en el territorio de la Parte requerida funciones que, según el ordenamiento jurídico de esta Parte, estén reservadas a sus propias autoridades.

**9. Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Aplicación provisional del Convenio entre los Estados Unidos de América y el Reino de España sobre incremento de la cooperación para impedir y combatir la delincuencia grave, hecho en Washington el 23 de junio de 2009. (BOE núm. 225, de 17 de septiembre de 2009).**

El Reino de España y los Estados Unidos de América (en lo sucesivo "las Partes").

Impulsados por el deseo de cooperar como socios para impedir y combatir con mayor eficacia la delincuencia grave, especialmente el terrorismo.

Reconociendo que compartir información constituye un componente esencial de la lucha contra la delincuencia grave, especialmente el terrorismo.

Reconociendo la importancia de impedir y combatir la delincuencia grave, especialmente el terrorismo, en el marco del respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente la intimidad.

Inspirados por el Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en material de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005, así como la Decisión del Consejo Europeo del 18 de junio de 2007 sobre la materia.

Con el deseo de mejorar y alentar la cooperación entre las Partes en el espíritu de socios colaboradores.

Han acordado lo siguiente:

Para los propósitos de este Convenio.

1. Se incluirán como fines de justicia penal las actividades definidas como la administración de justicia penal, que significa la realización de cualquiera de las actividades siguientes: detección, aprehensión, detención, libertad previa a juicio, libertad posterior a juicio, instrucción, adjudicación, supervisión penitenciaria o actividades de rehabilitación de acusados o condenados penales. La administración de justicia penal también incluye actividades de identificación criminal.

2. «Perfiles de ADN» (patrones identificativos de ADN) significará una letra o código numérico que representa una serie de elementos identificativos de la parte no codificante de la muestra de ADN humana analizada, por ejemplo, de la forma química específica en los distintos loci del ADN.

3. «Datos personales» significará cualquier información relacionada con una persona física identificada o identificable (el "sujeto de los datos").

4. «Tratamiento de datos personales» significará cualquier operación o conjunto de operaciones que se efectúe respecto a los datos personales, sea de manera automatizada o no, tales como la recogida, grabación, organización, almacenamiento, adaptación o alteración, clasificación, recuperación, consulta, utilización, revelación mediante facilitación, divulgación o la puesta a disposición de otra manera, la combinación o alineación, bloqueo

o eliminación mediante borrado o destrucción de datos personales.

5. «Datos de referencia» significará un perfil de ADN y la referencia correspondiente (datos de referencia de ADN) o datos dactiloscópicos y la referencia correspondiente (datos dactiloscópicos de referencia). Los datos de referencia no deben contener ningún dato que permita la identificación directa del sujeto. Los datos de referencia que no se puedan vincular con ninguna persona (no trazables) deben ser reconocibles como tales.

6. «Delincuencia» grave significará, para los fines de la aplicación de este Convenio, conducta constituyente de un delito penado con la privación de libertad de más de un año o una pena más grave. Para garantizar el cumplimiento de su legislación nacional, las Partes pueden convenir la relación de los delitos graves concretos para los que una Parte no estará obligada a facilitar datos personales en consonancia con lo descrito en los artículos 6 y 9 de este Convenio...

Datos dactiloscópicos.

Con el fin de aplicar este Convenio, las Partes garantizarán la disponibilidad de los datos de referencia del fichero de los sistemas nacionales automatizados de identificación dactiloscópica establecidos para la prevención y la investigación de delitos. Los datos de referencia sólo comprenderán los datos dactiloscópicos y un dato de referencia...

Consulta automatizada de perfiles de ADN.

1. Si está permitido por la legislación nacional de las dos Partes y sobre la base de la reciprocidad, las Partes podrán permitir al punto de contacto nacional de la otra Parte, según se menciona en el artículo 10, a tener acceso a los datos de referencia en sus ficheros de análisis del ADN, con autorización para realizar consultas automatizadas mediante la comparación de perfiles de ADN para la investigación de delitos graves. Se podrán realizar consultas sólo en casos individuales y en cumplimiento con la legislación nacional de la Parte consultante.

2. En el caso de que la consulta automatizada de un perfil de ADN resulte coincidente

con un perfil de ADN perteneciente al fichero de la otra Parte, el punto de contacto nacional consultante recibirá, por notificación automatizada, los datos de referencia correspondientes a los datos para los que se ha encontrado la coincidencia. En caso de no encontrar una coincidencia, se cursará notificación automatizada de dicho extremo.

**10. Convenio entre el Reino de España y la República Argelina Democrática y Popular en materia de seguridad y de lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, hecho en Argel el 15 de junio de 2008. (BOE núm. 260, de 28 de octubre de 2009).**

La República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, Deseando reforzar su cooperación en materia de seguridad y de lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, en interés de los dos países.

Deseosos de contribuir al desarrollo de las relaciones bilaterales.

Guiados por los principios de igualdad, de reciprocidad y de asistencia mutua.

Acuerdan lo siguiente:

**Artículo 1.**

1. Las Partes, conforme a la legislación de los dos Estados y en virtud del presente Convenio, cooperarán en materia de seguridad y de lucha contra el terrorismo y la criminalidad, principalmente la criminalidad organizada.

2. Las Partes colaborarán en la lucha contra las acciones criminales, en particular contra:

El terrorismo.

Las infracciones contra la vida y la integridad de las personas.

El tráfico, la producción y comercio ilegal de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, así como el tráfico, la producción y el comercio ilegal de los precursores y materias primas utilizadas en la fabricación de dichos estupefacientes y sustancias.

El tráfico de seres humanos y las redes de inmigración ilegal y secuestros y tomas de rehenes.

La falsificación (elaboración y modificación)

y la utilización ilegal de documentos de identidad y de viaje.

El contrabando.

El blanqueo de dinero procedente de actividades ilícitas.

La financiación del terrorismo.

La falsificación (elaboración y modificación) de moneda, medios de pago, cheques y títulos, así como su puesta en circulación fraudulenta.

El robo de vehículos, su tráfico ilícito y las actividades ilegales relacionadas con el mismo.

El robo, receptación y comercio ilegal de armas, municiones, explosivos y materias primas estratégicas (materiales nucleares y radiactivos); el comercio ilegal de otras sustancias peligrosas, así como el de mercancías y tecnologías de doble uso.

El robo, la receptación y el tráfico ilícito de bienes culturales, de objetos con valor histórico y de obras de arte.

Las infracciones económicas, comprendidas las infracciones fiscales.

La criminalidad organizada en materia de prostitución, principalmente la relativa a menores, así como la elaboración, difusión y distribución de contenidos pornográficos implicando menores.

La ciber-criminalidad y todas aquellas infracciones cometidas por medio de sistemas informáticos.

Las infracciones contra los recursos naturales y el medio ambiente.

3. Las partes colaborarán igualmente en la lucha contra cualquier otra infracción cuya prevención, detección y persecución, requiera la cooperación de las Autoridades competentes de los dos Estados.

**b) Información parlamentaria**

**1. Comisión de Interior, de 8 de octubre de 2009. Comparecencia del Sr. Secretario de Estado de Seguridad para informar sobre temas relativos al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.**

En su comparecencia hace referencia al dinero que el Estado va a invertir en la seguridad de nuestros ciudadanos. En esta interven-

ción, además de contestar a las preguntas que me han formulado los portavoces de ambos grupos parlamentarios, refleja cuáles son el esquema, las prioridades y las cantidades que el Gobierno va a destinar a la seguridad de los ciudadanos.

Los presupuestos totales crecen entre un 1 y un 1,3 por ciento si tenemos en cuenta organismos autónomos o no; los del área de la Secretaría de Estado de Seguridad, Policía, Guardia Civil, Instituciones Penitenciarias, un 3,17; los de Policía y Guardia Civil, crecen un 3,5 por ciento.

Destaca cuáles son las áreas que considera prioritarias potenciar para garantizar la seguridad de los ciudadanos:

- Potenciar las plantillas policiales y mejorar las condiciones socio-profesionales de los policías y guardias civiles.
- La lucha contra el terrorismo
- La mejora en la coordinación y la eficacia a la hora de luchar y prestar una protección efectiva a las víctimas de la violencia de género
- Incremento de los medios materiales y de infraestructuras
- Incremento de las partidas que van dirigidas a mantener la cooperación policial internacional

## JURISPRUDENCIA

- **TRIBUNAL SUPREMO. Sala Quinta, de lo Militar.**

**Sentencia de 30 de junio de 2009**, dictada en recurso de Casación interpuesto por los representantes procesales, contra el Auto dictado por el Tribunal Militar Territorial Cuarto, en el Sumario 42/10/06, el día 7 de julio de 2008, en el que se acordaba mantener el conocimiento de dicho Sumario por la Jurisdicción Militar y, en consecuencia no acceder a la inhibición del mismo solicitada por los recurrentes a favor de la Jurisdicción Ordinaria.

**Título:** *Aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil y artículo 7 bis*

*del Código Penal Militar. Aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil: insulto a superior y abuso de autoridad de los artículos 99.3 y 104, respectivamente, del Código Penal Militar.*

**Resumen:** La Fiscalía Togada pone de manifiesto que "la competencia de la Jurisdicción Militar, viene atribuida no por la Disposición Transitoria, sino por la aplicación de las disposiciones contenidas en las normas competenciales procesales, y en concreto en los artículos 12 y 14 de la LOCOJM que determinan las reglas de atribución de competencia, con ocasión de delito, a la jurisdicción Militar, y así debe tomarse en consideración lo señalado en el artículo 12.1, que le atribuye con carácter general la competencia para conocer de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar".

Este Tribunal reitera en diferentes sentencias recientes que, aunque de la lectura de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, reguladora del régimen transitorio relativo a la aplicación del Código Penal Militar a los miembros de la Guardia Civil, pudiera desprenderse que en ella se establece sin más la inhibición a la jurisdicción ordinaria de todas las causas pendientes o la revisión de todas las sentencias firmes no ejecutadas, respecto de hechos punibles militares cometidos por miembros de la Guardia Civil, siempre que la aplicación del Código Penal común les sea más favorable, esto sólo podría ocurrir en el supuesto de que, de la redacción del nuevo precepto penal (artículo 7 bis del Código Penal Militar) pudiera extraerse la conclusión de que el Código Penal Militar en su integridad ha dejado de ser aplicable a los miembros de la Guardia Civil, por lo que, al no ser así, habrá de contemplarse antes, caso por caso y a partir de los hechos enjuiciados, si estos han quedado fuera de la aplicación del Código castrense.

Continúa señalando que, en orden a la exégesis del indicado artículo 7 bis del Código Penal Militar, la primera precisión que debe efectuarse respecto de la aplicación de dicho Código a los miembros de la Guardia Civil, después de la introducción del nuevo precepto, viene referida al hecho evidente de que

el legislador no ha tratado con ello de alterar el carácter militar del Benemérito Instituto, que la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que desarrolló el artículo 104 de la Constitución, confirmó decisivamente en ese momento la naturaleza militar de la Guardia Civil y la condición de militares de sus miembros, carácter que también han recogido otras normas específicas, como en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar; la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil; la Ley Orgánica, 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, etc.

Por lo que se refiere al presente caso, los hechos que se imputan a los recurrentes y que han sido calificados provisionalmente por el Fiscal Jurídico Militar como constitutivos de los delitos militares de "insulto a superior" y "abuso de autoridad", previstos y penados respectivamente en los artículos 99.3 y 104 del Código Penal Militar, se desarrollaron cuando ninguno de los autores se encontraban prestando servicio y dándose además la circunstancia de que el Sargento estaba en situación de pendiente de asignación de destino, por lo que ninguno de los acusados se encontraba desempeñando funciones de seguridad ciudadana o policiales y no concurre el requisito previo y básico que exige la excepción indicada en el párrafo primero del tan citado artículo 7 bis del Código Penal Militar para la exclusión de su aplicación. Aunque, en cualquier caso, hay que significar que el posible reproche sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento surge exclusivamente de la relación jerárquica existente entre ambos acusados y de la vulneración que se haya podido producir de la disciplina, como valor esencial a respetar por los miembros de la Guardia Civil, en su condición de militares, dada la naturaleza militar de la Institución a la que por voluntad propia pertenecen, sin que resulte en definitiva absolutamente decisivo para la exclusión de la aplicación del Código Penal militar a un miembro de la Guardia Civil que la transgresión de la disciplina se haya producido en el desempeño de un determinado servicio de los que denominamos policiales o de seguridad ciudadana, porque la excepción sólo alcanza a los actos propios del servicio que

presten, pero no a la posible conducta militarmente punible, por lesión de un bien jurídico castrense protegido por el Código Penal Militar, que quede desvinculada o al margen de dicha prestación, pues hay que recordar que, la relación jerárquica entre militares es permanente, hasta el punto que, como se ha reiterado últimamente en Sentencias de 17 de noviembre de 2005, 3 de mayo de 2006, 11 de junio de 2007, 5 de diciembre de 2008 y 19 de enero de 2009, incluso "se proyecta fuera del servicio con independencia de cualquier condicionamiento, fijando el empleo la posición relativa entre los militares".

En consecuencia de lo expuesto, la Sala desestima el recurso de Casación interpuesto al considerar que el Tribunal de instancia no quebrantó las normas invocadas por los recurrentes al determinar la procedencia de mantener el conocimiento por la Jurisdicción militar del Sumario instruido, no accediendo por tanto a la petición de inhibición que, a favor de la Jurisdicción Ordinaria, efectuaron los recurrentes, tampoco cabe acoger la invocada vulneración de derechos fundamentales que éstos alegan, pues tal fundada decisión sobre la propia competencia respeta el ámbito estricto que a la Jurisdicción Militar atribuye el artículo 117.5 de la Constitución y concretan el artículo 3.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de dicha Jurisdicción, sin que se haya llegado a producir por tanto infracción de los preceptos citados, ni la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que, según los recurrentes, se habría producido al sostener indebidamente su competencia el Tribunal de instancia.

**– TRIBUNAL SUPREMO. Sala Quinta, de lo Militar.**

**Sentencia de 1 de julio de 2009**, dictada en recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por Excmo. Sr. Fiscal Togado, contra el Auto de fecha 7 de mayo de 2008, dictado por el Tribunal Militar Territorial Cuarto en el que se acordaba la revisión de oficio de la sentencia 22 de enero de 2004, recaída en el sumario 43/17/02, en la que se condenaba a un Guardia Civil, a la pena de tres meses y un

día de prisión como autor de un delito consumado de insulto a superior, previsto y penado en el artículo 101 del Código Penal Militar.

**Título:** *Aplicación indebida de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, en relación con el artículo 101 del Código Penal Militar, y 208, 209 y 172 del Código Penal común.*

**Resumen:** la Fiscalía Togada señala que la conducta recogida en el resultando fáctico de la Sentencia de instancia, engloba varias acciones antijurídicas, que, por sí mismas, son constitutivas de tipos delictivos distintos, aunque en su día fuera calificada como un único delito de insulto a superior del artículo 101 del Código Penal Militar, en el que se contemplan, además de la amenaza, la injuria y la coacción a un superior, conductas estas dos últimas que -en opinión del Fiscal Togado- afloran del relato de hechos, estimando éste por tanto que, además del delito de injurias apreciado en la Sentencia recurrida debería también haberse considerado respecto del condenado "que la acción de tirar del freno de mano conminándole (al Sargento) a detener el vehículo sería constitutiva de un delito de coacciones del artículo 172 del mismo código ", y que de apreciarse la existencia de este delito la pena a imponer sería más grave que la pena en su día impuesta por el delito del artículo 101 del Código Penal Militar.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil , establece en su párrafo primero que "los hechos punibles cometidos por los miembros de la Guardia Civil, en su condición de militares, hasta la entrada en vigor de esta Ley serán castigados conforme al Código Penal Militar, a menos que las disposiciones del Código Penal sean más favorables para el reo, en cuyo caso, previa audiencia del mismo y

oído el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas, la Jurisdicción Militar, de oficio o a instancia de cualquiera de los mencionados, se inhibirá a favor de los Tribunales o Juzgados de la jurisdicción ordinaria".

La finalidad de esta disposición no es otra que establecer un régimen temporal para aquellos casos en los que la nueva normativa pueda ser más favorable para el justiciable que la norma aplicable en la regulación anterior.

Ahora bien, como ha venido reiterando este alto Tribunal en diferentes sentencias, y dado que el Código Penal Militar no ha dejado de ser aplicable a los miembros de la Guardia Civil, ya que la modificación operada a través de la disposición adicional cuarta de la referida Ley Orgánica 12/2007 , mediante la introducción del nuevo artículo 7 bis) de dicho Código Penal Militar, sólo reduce su ámbito de aplicación a aquéllos en determinados casos, la efectividad de la referida disposición transitoria no se produce automáticamente, sino que habrá de tenerse en cuenta si, en cada caso concreto, el Código Penal Militar ha dejado de ser aplicable, pues la efectividad sin más de la regla transitoria supondría excluir de la norma penal castrense acciones u omisiones que, con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, estarían subsumidas en ella, lo que hace imprescindible indagar antes de su aplicación el sentido de la reforma penal representada por el nuevo artículo 7 bis.

En base a todo anterior, la Sala desestima el recurso de Casación interpuesto por la Fiscalía Togada, pues los hechos, en la forma que se encuentran relatados en la sentencia que ha sido objeto de revisión, no muestran entidad suficiente para subsumir la conducta descrita en el delito de coacciones previsto en el artículo 172.1 del Código Penal, al no apreciar en la conducta imputada la gravedad exigida para integrar el tipo delictivo, manteniéndose por tanto, la condena impuesta por el delito militar.

