

EDICIÓN DE ACTAS DEL I CONGRESO INTERNACIONAL “LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA”

CONGRESO HOMENAJE AL PROFESOR JOSÉ MARTÍN
OSTOS, CON MOTIVO DE SU JUBILACIÓN

Sevilla (España), 19-20 de septiembre de 2019

DIRECTORAS

Pilar Martín Ríos
M^a. Ángeles Pérez Marín
Profesoras Titulares de Derecho Procesal
(Universidad de Sevilla)

Coordinadores

Enrique C. Pérez-Luño Robledo
María Luisa Domínguez Barragán
Profesores Doctores de Derecho Procesal
(Universidad de Sevilla)



ASTIGI
EDITORIAL
Sevilla • 2020

DIRECTORAS

Pilar Martín Ríos

M^a. Ángeles Pérez Marín

Profesoras Titulares de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

Coordinadores

Enrique C. Pérez-Luño Robledo María Luisa Domínguez Barragán

Profesores Doctores de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla)

COMUNICACIONES PRESENTADAS AL I CONGRESO INTERNACIONAL “LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA Y EN AMÉRICA”

CONGRESO HOMENAJE AL PROFESOR
JOSÉ MARTÍN OSTOS, CON MOTIVO DE
SU JUBILACIÓN

Sevilla (España), 19-20 de septiembre de 2019

ASTIGI
EDITORIAL

Sevilla • 2020

Editorial Astigi
c/ Antioquía, 1. Bloque 5 - 9º B.
41007 – Sevilla (España).
Teléfono: 954 25 42 46
info@editorialastigi.com
www.editorialastigi.com

ISBN: 978-84-122303-5-2
Año de publicación: 2020

Maquetación editorial y diseño de portada: Georgia Delena
www.maquetacionlibros.com

Todos los derechos reservados. No está permitida la reimpresión de parte alguna de este libro, ni tampoco su reproducción, ni utilización, en cualquier forma o por cualquier medio, bien sea electrónico, mecánico, químico de otro tipo, tanto conocido como los que puedan inventarse, incluyendo el fotocopiado o grabación, ni se permite su almacenamiento en un sistema de información y recuperación, sin el permiso anticipado y por escrito de Editorial Astigi.

ÍNDICE

LA VIOLENCIA FEMINICIDA EN CIUDAD JUÁREZ: INICIATIVA SPOTLIGHT EN MÉXICO	11
---	-----------

Olivia Aguirre Bonilla

PROCEDENCIA, CONVENIENCIA Y UTILIDAD DE REGULAR EN LA VIGENTE O FUTURA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL LA LITISPENDENCIA DE LA ACCIÓN PENAL, ASÍ COMO LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PENAL A LA MISMA	25
---	-----------

Juan Manuel Alonso Furelos

JUSTICIA CAUTELAR Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONDICIONES DE APLICACIÓN	65
---	-----------

Cristina Alonso Salgado

ALTERNANCIA POLÍTICA Y COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO	78
--	-----------

Elia Edith Argüelles Barrientos

TRATAMIENTO DE DATOS EN LA TRAMITACIÓN JUDICIAL.....	88
---	-----------

María Jesús Ariza Colmenarejo

LA INOBSERVANCIA DEL ARTÍCULO 8 DEL CÓDIGO PENAL Y SU CONSECUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.....	101
--	------------

Gonzalo Barrera Blanco

**DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN MERCADOS
FINANCIEROS CHILENOS..... 116**

María Jesús Blanco Sánchez

**MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE INVESTIGACIÓN: AUTORIZACIÓN
JUDICIAL PREVIA..... 130**

Eva María Calvo Pereira

**LAS AMENAZAS A LA CIBERSEGURIDAD EN AMÉRICA LATINA. MAYOR
ACCESO A INTERNET Y BAJO ENFRENTAMIENTO
A LA CIBERCRIMINALIDAD..... 142**

Paola Iliana de la Rosa Rodríguez

**EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA: UN
REFLEJO DE LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE
SENTENCIAS FIRMES ESPAÑOLA..... 159**

María Luisa Domínguez Barragán

MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO 167

Elena Elías Salamanca

**LA LUCHA CONTRA LA FALSIFICACIÓN DE MEDICAMENTOS:
COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y JUSTICIA PENAL EN EL
MODELO DEL CONVENIO MEDICRIME..... 182**

Simona Fanni

**CARACTERIZACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA DEL
CONSUMIDOR: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS
COLOMBIA - ESPAÑA 198**

María Angélica Ferrer Herrera

**LA ABOGACÍA COMO OPERADORA JURÍDICA EN EL PROCESO
DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA: ALGUNOS
ASPECTOS DEL EJERCICIO PROFESIONAL..... 209**

Jackeline Flores Martín

ANÁLISIS PROCESAL DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL	219
---	------------

Iván Flores Romero

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LA ELECCIÓN DE LOS JUECES QUE INTEGRAN LAS CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES SUPERIORES	228
---	------------

María Dolores García Sánchez

IDENTIFICACIÓN DE ESTEREOTIPOS RESPECTO DE MUJERES USUARIAS DEL SISTEMA PENAL CHILENO EN CAUSAS DE FEMICIDIO Y PARRICIDIO	242
--	------------

Ximena Gauché Marchetti y Rodrigo González-Fuente Rubilar

ALGUNAS INCIDENCIAS DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN	258
---	------------

Santiago Javier Granado Pachón

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE CHILE, ARGENTINA Y ESPAÑA	282
--	------------

Laura Íñigo Álvarez

LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE JUECES Y MAGISTRADOS Y SU RELACIÓN CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.....	295
---	------------

Pilar Martín Ríos

LA RESISTENCIA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE MÉXICO	302
--	------------

Silvia Matallana Villegas

**MODERNIZACIÓN Y DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL
EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES DE
ÁMBITO TRANSFRONTERIZO..... 309**

Antonio Merchán Murillo

**REGULACIÓN JUDICIAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA
DISCIPLINARIA EN COLOMBIA Y ESPAÑA..... 322**

Sergio Luis Mondragón Duarte

**LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN LAS ENTIDADES SIN
PERSONALIDAD JURÍDICA: ESPECIAL REFERENCIA
A LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN EL RÉGIMEN
DE PROPIEDAD HORIZONTAL..... 334**

María Pilar Morgado Freige

**EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LAS NUEVAS
TECNOLOGÍAS..... 344**

Joaquín José Noval Lamas

**LOS VALORES COMO POLITICA PÚBLICA Y SU IMPORTANCIA
EN EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO..... 356**

Luis Alberto Osornio Saldívar

**LAS NORMAS DE *IUS COGENS* COMO IMPERATIVO EN
LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL:
ESTUDIO RELATIVO AL TRIBUNAL ESPECIAL PARA
LA PAZ EN COLOMBIA 380**

Yennesit Palacios Valencia

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ: ¿REGLA O EXCEPCIÓN? 410

Erick Palao Vizcardo

**LA POSIBILIDAD DE PRACTICAR PRUEBA DE OFICIO
EN EL PROCESO DE CONSUMO 421**

Vicente Pérez Daudí

LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN EL PROCESO CIVIL..... 432*Ignacio Pérez Gómez***LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO 453***M^a Ángeles Pérez Marín***LA ACCIÓN PROCESAL RELATIVA AL ACCESO A LOS DATOS PERSONALES EN LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANA 465***Enrique César Pérez-Luño Robledo***EL ROL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN ARGENTINA Y ESPAÑA: MIRADAS DESDE EL DERECHO DE LAS RELACIONES EXTERIORES Y EL DERECHO INTERNACIONAL COMPARADO 476***Ignacio G. Perotti Pinciroli***LOS NIVELES DE CONFIANZA EN LA JUSTICIA SEGÚN PERFILES SOCIOECONÓMICOS: IMPACTO DE LA ALARMA SOCIAL TRAS LA SENTENCIA DEL CASO “LA MANADA” 497***J. A. Posada Pérez y M. Ruiz-Adame Reina***LA JUSTICIA MINORIL EN MÉXICO: NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA 510***Xochithl Guadalupe Rangel Romero***LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VÍCTIMAS DEL DELITO 518***Baltazar Reyna Reynoso***EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 521***Juan Francisco Rodríguez Ayuso*

EL DESARROLLO DE LA PRUEBA EN EL “JUICIO AL GOLPE” 531

Alba Rosell Corbelle

**ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN MÉXICO,
ANÁLISIS DE CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA DE SAN
PABLITO PAHUATLÁN VS. TRANSCANADA RESPECTO DE LA
INSTALACIÓN DEL GASODUCTO TUXPAN-TULA..... 541**

Nadia Ruiz Muñoz y Araceli Espinosa Márquez

**LA INADECUADA E INSUFICIENTE REGULACIÓN DEL
INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR RAZÓN DE
TRASTORNO PSÍQUICO..... 555**

Ana Sánchez Rubio

**EL DEBER DE COLABORACIÓN EN LAS DILIGENCIAS DE
INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS: UNA REVISIÓN AL
RÉGIMEN JURÍDICO INCORPORADO EN LA LEY
ORGÁNICA 13/2015 567**

Manuel Jesús Távora Serra

**EL IMPACTO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE FEMINICIDIO
EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LOS OPERADORES DE
JUSTICIA EN EL PERÚ 584**

Isabel Tello Carbajal

**EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO HUMANO
EN MATERIA TRIBUTARIA 598**

Vicente Torre Delgadillo

**LA PRUEBA ILÍCITA EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL
TECNOLÓGICA EN DELITOS SEXUALES 613**

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros

LA VIOLENCIA FEMINICIDA EN CIUDAD JUÁREZ: INICIATIVA SPOTLIGHT EN MÉXICO

Olivia Aguirre Bonilla¹

Profesora investigadora a tiempo completo
(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. México)

Resumen: por sus altas cifras de feminicidios, desaparición y violencia sexual que han sufrido las mujeres, Ciudad Juárez, fue elegida para formar parte de la Iniciativa Spotlight en México, una alianza global de la Unión Europea y de la Organización de las Naciones Unidas. Dicho programa tendrá una duración de cuatro años, a partir del 2019 al 2022 y tiene como fin prevenir y eliminar los feminicidios; que las mujeres que sean víctimas de violencia accedan a más y mejores servicios de apoyo y protección; que tengan acceso a la justicia en condiciones de libertad, seguridad y sin discriminación y que conozcan sus derechos y las instancias a las que pueden acudir en caso de ser violentadas. Programa que será analizado en la presente investigación con especial énfasis en la falta de acceso a la justicia de las víctimas de feminicidio y otras formas de violencia.

Palabras clave: Ciudad Juárez, feminicidio, violencia, Iniciativa Spotligh.

¹ Doctora en Desarrollo y Ciudadanía: Derechos Humanos, Igualdad e Intervención Social y Master en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

I.- INTRODUCCIÓN

El municipio de Ciudad Juárez, es de las ciudades que fueron elegidas junto con los municipios de Chihuahua, Chilpancingo, Ecatepec y Naucalpan, ubicados en los estados de Chihuahua, Guerrero y Estado de México, para que pueda ser implementada la Iniciativa Spotlight en México.

Este programa está diseñado para fortalecer, complementar y apoyar los mecanismos e iniciativas existentes a nivel federal, estatal y municipal para erradicar el feminicidio y otras formas de violencia contra las mujeres y niñas.

Es importante destacar que esta iniciativa es una asociación global lanzada en el 2017 entre la Unión Europea y las Naciones Unidas que tiene como fin eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, lo que se convierte en las violaciones de derechos humanos que más se han extendido, ha sido persistente y devastadora en el mundo. Con un compromiso de financiación inicial de 500 millones de euros de la Unión Europea, dicha iniciativa ha representado sin duda un esfuerzo global sin precedentes para invertir en la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres como condición previa y motor para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible².

Esta iniciativa da un enfoque particular en la violencia doméstica y familiar, la violencia sexual y de género y las prácticas nocivas, el feminicidio, la trata de seres humanos y la explotación sexual y económica. Pretende eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y niñas para el 2030, toda vez que va caminando en conjunto con los Objetivos de Desarrollo Sostenible implementados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en específico el objetivo quinto el cual tiene como fin lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y niñas, mismo que se vincula con el objetivo diecinueve que tiene como fin promover sociedades pacíficas, justas e inclusivas³.

² Spotlight Initiative. To eliminate violence against women and girls. Recuperado de: <http://spotlightinitiative.org/what-we-do>. Consultado el día 24 de julio de 2019.

³ Objetivos de Desarrollo Sostenible. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Recuperado de: <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>. Consultado el día 24 de julio de 2019.

Distintas agencias de la ONU participan en el citado proyecto, como lo son la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, ONU Mujeres; el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA); la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, (UNODC); la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU DH), y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

En México la iniciativa cuenta con un presupuesto de siete millones de dólares⁴ distribuido en seis pilares que abordará el programa, mismo que se refuerzan mutuamente.

El primero tiene que ver con promover leyes y políticas para prevenir la violencia, discriminación y abordar la impunidad que implica abogar por todos los niveles de gobierno, brindar asistencia técnica y desarrollo de capacidades y garantizar la participación activa y significativa de las mujeres.

El segundo tiene que ver con el fortalecimiento de las instituciones a nivel nacional y regional. Entre las acciones que se encuentran en este rubro es informar mejor a los tomadores de decisiones, desarrollar planes de acción nacionales totalmente financiados para poner fin a la violencia, promover ministerios sensibles al género y asegurar vínculos entre las instituciones sobre migración, discapacidad, pobreza, origen étnico, edad, ubicación, educación, violencia general y conflicto.

El tercer pilar tiene que ver con la prevención, pues busca promover normas sociales, actitudes y comportamientos con equidad de género a través de estrategias de prevención basadas en la comunidad, movilización de mujeres, niñas, hombres y niños, programación en entornos de educación formal e informal.

⁴ Chacón, Flora Isela. Dos municipios de Chihuahua en iniciativa global contra la violencia hacia mujeres. C8Columnas. 29 de mayo de 2019. Recuperado de: <https://www.ochocolumnas.net/2019/05/dos-municipiosdechihuahuaen.html?m=0&fbclid=IwAR3FN26o2Q7bxoJx4Tk9LSiQD8omP6suZBFdqr8QXXtPY8b-Q6IjsDMZNAU>. Consultado el día 28 de junio de 2019.

El cuarto pilar son los servicios, basados en la alta calidad para aquellas víctimas, mismos que tienen como fin garantizar que los servicios prestados cumplan con los estándares globales, mejorando la coordinación y cobertura del proveedor de servicios.

En el quinto pilar se implican los datos, que tengan como fin mejorar la calidad, precisión y disponibilidad de datos, sobre violencia contra las mujeres y niñas, mediante la mejora de las oficinas nacionales de estadística, y así tener datos fehacientes que ayuden a monitorear el programa.

El último pilar implica promover los movimientos de mujeres de la sociedad civil y de las mujeres autónomas, protegiendo la participación de estos grupos a través de leyes y políticas, implementar mecanismos de financiación innovadores, y el fortalecimiento de las oportunidades de asociación y redes para la sociedad civil.

II.- METODOLOGÍA

Con el fin de obtener una “fotografía” más completa del fenómeno, la metodología manejada fue un proceso mixto: cuantitativo y cualitativo. Utilizaremos el diseño transformativo secuencial (DITRAS) que se caracteriza por dividirse en tres etapas. En una primera etapa se recaban y se analizan datos cuantitativos. Posteriormente, se recogen y evalúan datos cualitativos en una segunda etapa. Sin embargo, se les otorga a ambas la misma importancia, siempre y cuando se comience por alguna de ellas.

El método de recolección de datos se realizó a través de un análisis cuantitativo utilizando muestras probalísticas que incluyeron estadísticas descriptivas e inferenciales, indicadores, fuentes periodísticas, registros históricos y documentales, asimismo, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la revisión de la literatura disponible en la materia. Dentro del análisis cualitativo se hicieron muestras guiadas por propósito como entrevistas semiestructuradas y observación.

III.- RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Una vez que hemos explicado brevemente en que consiste la citada iniciativa y los actores involucrados, es conveniente analizar cuáles fueron las razones por las que se eligió a esta urbe fronteriza para formar parte de este proyecto tan ambicioso.

Ciudad Juárez, ha sido un municipio marcado por un contexto de violencia contra la mujer, que se ha transmitido de generación en generación desde los años noventa, pues como bien lo precisamos:

Como afirma AGUIRRE BONILLA, “la carga de violencia en la vida cotidiana de la frontera le ha formado una historia que no ha sido gratuita y la ha marcado por un contexto de violencia contra las mujeres. A partir de los años 90 se incrementaron los homicidios contra las mujeres en esta ciudad, lo que generó una descomposición social que hoy se transmite de generación en generación en la cultura juarense”⁵.

Dicho contexto sigue latente, y no hemos logrado erradicar la violencia contra la mujer a pesar de múltiples esfuerzos y en específico de la comunidad internacional, un claro ejemplo fue la sentencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos (Corte IDH), del caso González y otras vs México, emitida en el mes de noviembre del 2009, en donde el Estado mexicano fue condenando por violar derechos humanos en los casos de los homicidios de mujeres por razones de género, también conocido como feminicidio, sucedidos en Ciudad Juárez e influenciados por una serie de factores que se traducen en una cultura de discriminación contra la mujer.

Como parte de la resolución, la Corte Interamericana señaló dieciséis disposiciones para reparar el daño, por mencionar algunas, tenemos que señalo que México debe conducir eficazmente el proceso penal del caso en el ámbito nacional; debe investigar y sancionar a los funcionarios acusados de irregularidades; debe investigar y sancionar a los responsables

⁵ Aguirre Bonilla, Olivia. Estado mexicano: lejos de cumplir íntegramente la sentencia de la CIDH en el caso González y otras (“Campo Algodonero”) Revista VIA IURIS, núm. 17, 2014, pp. 169-182, Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia.

de los hostigamientos contra familiares de las víctimas; debe publicar la sentencia en la prensa nacional y local; debe reconocer su responsabilidad internacional por el caso en un acto público; debe levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidios por razones de género en Ciudad Juárez; debe estandarizar todos los protocolos y manuales de investigación de delitos relacionados con las desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres con perspectiva de género; debe adecuar los programas para atender los casos de desapariciones de mujeres; debe crear una página electrónica sobre mujeres desaparecidas desde 1993 en el estado de Chihuahua; debe crear una base de datos sobre desapariciones y homicidios de mujeres; debe capacitar permanentemente a sus funcionarios en el área de derechos humanos, poniendo énfasis en la perspectiva de género; debe realizar un programa de educación para la población del estado de Chihuahua, con el fin de superar la violencia contra las mujeres; debe brindar atención médica, psicológica y psiquiátrica gratuita en instituciones públicas a los familiares de las víctimas, entre otros⁶.

Las obligaciones del Estado mexicano derivados de los resolutiveos de la sentencia, integran precisamente la reparación integral a las víctimas del citado caso, pero no solo eso, sino que también se convierten en acciones estratégicas que el gobierno debió emprender y darle la debida continuidad a las mismas. Sin embargo, el cumplimiento a la sentencia fue parcial, y continua sin cumplirse, así lo precisamos en el artículo titulado: “Estado mexicano: lejos de cumplir íntegramente la sentencia de la CIDH en el caso González y otras (Campo Algodonero)”⁷.

Ahora bien, si comparamos los resolutiveos de la sentencia de la Corte IDH, con los seis pilares de la Iniciativa Spotlight, se observa que en relación a las acciones, éstas, son similares y que inclusive buscan los mismos fines que son la prevención de la violencia contra las mujeres, el fortalecimiento de las instituciones, el abordar la impunidad, contar con datos certeros y

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México, 2013, pp. 153-156.

⁷ Aguirre Bonilla, Olivia. Estado mexicano: lejos de cumplir íntegramente la sentencia de la CIDH en el caso González y otras (“Campo Algodonero”) Revista VIA IURIS, núm. 17, 2014, pp. 169-182, Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia.

capacitar con perspectiva de género tanto a funcionarios como a la población en el estado de Chihuahua a través de programas educativos, la única diferencia es la inversión económica de la iniciativa, no menos importante pues es a partir de esa inversión es que se estará monitoreando la implementación y los resultados de la misma. Y que en un primer momento es un punto favorable, sin embargo, el reto principal constituye el tránsito entre el discurso a la práctica, entre la retórica y la auténtica consolidación de cambios políticos.

Y claro, reconocer como afirma Mayorga, la importancia de “la presión política internacional, misma que sirvió para catalizar una socialización sobre el papel, prescriptiva, que no había logrado permear de manera significativa la legislación, las instituciones o las prácticas cotidianas del sistema de justicia mexicano”⁸, pues a través de dicha presión se han logrado avances significativos mas no suficientes para erradicar la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez.

La falta de acceso a la justicia de las víctimas indirectas del delito de homicidio por razones de género, la falta de una adecuada investigación y persecución del delito por parte de las autoridades ha generado impunidad y en consecuencia un aumento considerable en este delito. Así de acuerdo con el conteo de la Fiscalía Zona Norte del estado de Chihuahua, tan solo durante la última semana del mes de julio de 2019, fueron privadas de la vida nueve mujeres, en un mes han sido asesinadas en Ciudad Juárez 21 mujeres. El número de mujeres asesinadas en el 2019 de acuerdo con la Fiscalía General del estado de Chihuahua (FGE) hasta el martes 23 de julio de 2019, habían sido asesinadas 93 mujeres⁹.

En consecuencia, durante el año 2019 ha sido asesinada en promedio una mujer cada 56.4 horas, según cifras de la FGE. Mientras que del primero de enero al 10 de julio de 2018 en promedio fue asesinada una mujer cada 79 horas en la ciudad, con un total de 58 homicidios, de acuerdo con el último

⁸ Mayorga, P. Muertas de Juárez: forenses argentinas confirman identidades de dos jovencitas. *Proceso*. Recuperado de: <http://www.proceso.com.mx/?p=360982>. 2013. Consultado el día 20 de noviembre de 2013. p. 56.

⁹ Vargas, Miguel. Asesinan en un mes a 21 mujeres. *El Diario de Juárez*. 24 de julio de 2019.

reporte del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Juárez continúa como el municipio con más homicidios del país¹⁰.

Y aunque si bien se cuenta con un órgano especializado en la persecución e investigación de delitos cometidos en contra la mujeres como lo es la Fiscalía Especializada de la Mujer (FEM), como lo es el homicidio de una mujer por razones de género, también es cierto que no ha sido suficiente, porque precisamente el problema que enfrenta esta fiscalía es la sobrecarga de casos y el escaso personal, aunado a la falta de profesionalización del personal con perspectiva de género que frena la investigación eficiente y en consecuencia genera impunidad. Pues el problema es precisamente que no pasa nada, no se investiga, como bien lo ha precisado la Mtra. Lourdes Enríquez colaboradora del Centro de Investigaciones y Estudios de Género (CIEG) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), al señalar que:

“El problema es que no pasa nada, que hay impunidad total (...) Es cierto que vivimos en una época violenta, pero tampoco podemos generalizar que todos estos asesinatos ocurrieron en lo público (...) En el imaginario de los aplicadores de justicia, está que, si una mujer fue asesinada, es porque ella se lo busco”¹¹.

Aunado a la falta de investigación, no solo en el delito de homicidio por razones de género, sino también en el delito de violencia familiar, tenemos que éste último registra una alta incidencia, pues desde octubre de 2016 a junio de 2019 se tenían 11 mil 535 denuncias iniciadas, por agresiones contra mujeres y niñas, explico la fiscal Wendy Chávez¹². Precisamos este delito, pues es posiblemente una antesala para el homicidio por razones de género, al cual no se le ha puesto la atención debida, y que a pesar de que tenemos datos que nos posicionan en estado de alerta, también debemos reconocer

¹⁰ Martínez, Hérika. Asesinan a una mujer cada 56 horas en Juárez. *El Diario de Juárez*. 8 de julio de 2019.

¹¹ Pereda Martínez, Alicia. Cada dos horas y media matan a una mujer en México. *El Universal*. México. 29 de mayo de 2019. Recuperado de: <https://www.eluniversal.com.mx/estados/cada-dos-horas-y-media-matan-una-mujer-en-mexico>. Consultado el día 12 de septiembre de 2019.

¹² Sosa, Luz del Carmen. Poniente, foco rojo de violencia familiar. *El Diario de Juárez*. 21 de julio de 2019.

como lo afirma Rita Laura Segato: "la imposibilidad de confiar en los números cuando el escenario es el ambiente doméstico, de los problemas para denunciar, procesar y punir en esos casos y, sobre todo, de las dificultades que tienen los actores sociales para reconocer y reconocerse y, en especial, para nominar este tipo de violencia, articulada de una forma casi imposible de desentrañar en los hábitos más arraigados de la vida comunitaria y familiar de todos los pueblos del mundo"¹³.

De allí la importancia de fortalecer no solo el ámbito estadístico sino la promoción de normas sociales, actitudes y comportamientos con equidad de género a través de estrategias de prevención basadas en la comunidad, movilización de mujeres, niñas, hombres y niños, programación en entornos de educación formal e informal, sin dejar aún lado la profesionalización del personal de las dependencias que atienden a las víctimas, pues en "ocasiones son los primeros en frenar a la víctima cuando de la narración de los hechos no se desprende que hay violencia física, causando con ello una revictimización secundaria y en consecuencia impunidad"¹⁴.

Así de las entrevistas realizadas a víctimas del delito de violencia familiar cuando se les pregunto que como había sido el trato del personal de la FEM al llegar a interponer su denuncia, la entrevistada 1 refirió lo siguiente: "llegue a poner mi denuncia por violencia familiar, porque mi ex pareja tiene meses agrediéndome verbalmente y lo primero que me dice la señorita Ministerio Público, es que, si solo eso me hizo, y que de ser así no me podía levantar la denuncia"¹⁵.

La segunda entrevistada refirió: "llegue a la fiscalía aproximadamente a las doce del día, era un viernes, en la sala de espera no había muchas mujeres,

¹³ Segato, Rita Laura. Las estructuras elementales de la violencia: contrato y status en la etiología de la violencia. Brasilia 2003, p. 3. Recuperado de: http://www.escuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/estructura_vg-rita_segato.pdf. Consultado el día 15 de agosto de 2019.

¹⁴ Aguirre Bonilla, Olivia. Si no hay golpes ¿no hay violencia familiar? *El diario de Juárez*. 26 de julio de 2019. Recuperado de: https://diario.mx/opinion/si-no-hay-golpes-no-hay-violencia-familiar-20190725-1543684.html?fbclid=IwAR3qpgxgbyJnp_T_hOfzVysuv_PpLGxUSmaX0JICbBm-7bRIGGq5_yxEkOFY. Consultado el 27 de Julio de 2019.

¹⁵ Entrevista concedida por Hernández Graciela. Entrevista 2 (julio, 2019). Entrevistador: Olivia Aguirre Bonilla. Ciudad Juárez, 2019. 1 archivo.mp3 (10:02 min.).

éramos como 3, me hicieron esperar más de dos horas, la entrevista tardo otras dos horas, yo ya estaba desesperada, me quería ir a mi casa, tenía miedo, nunca me proporcionaron algún soporte emocional en esos momentos”¹⁶.

Una tercera entrevistada, refirió lo siguiente: “yo interpuse mi denuncia por violencia familiar y porque el papá de mis hijos no me daba pensión alimenticia, la puse hace más de tres meses, y todavía no es hora que citen al señor, inclusive no me han dado medidas de protección por las amenazas de muerte que sufrí, prefiero dejar el asunto así, pues no se hace nada, no hacen nada, me da mucha impotencia”¹⁷.

IV.- CONCLUSIONES

De lo anteriormente expuesto, observamos que esta realidad sigue persistiendo, en donde no hay un servicio de atención de calidad por parte de los funcionarios públicos, aún las mujeres que son víctimas de algún delito, enfrentan la revictimización por el propio personal de las dependencias precisamente por falta de capacitación en perspectiva de género.

La Iniciativa Spotlight si bien debe tomar en consideración los datos cuantitativos en expansión, también debe buscar orientar que sus acciones basadas en los seis pilares, logren crear conciencia en todos los actores involucrados en erradicar la violencia de género, y que sean sus propias practicas las que condensen responsabilidad en su quehacer cotidiano. Pues como bien afirma Rita Laura Segato: “tenemos, entonces, como venía diciendo anteriormente, datos cuantitativos en expansión y un universo de leyes también en expansión bajo la presión de los organismos internacionales, pero necesitamos acompañar esos datos y esas leyes de un marco de sentido que oriente la conciencia y la práctica de todos aquellos que trabajan por este objetivo. Es necesario que éstos perciban claramente que erradicar la violencia de género es inseparable de la reforma misma de los afectos constitutivos de

¹⁶ Entrevista concedida por Ramírez Rosa. Entrevista 2 (julio, 2019). Entrevistador: Olivia Aguirre Bonilla. Ciudad Juárez, 2019. 1 archivo.mp3 (14:30 min.).

¹⁷ Entrevista concedida por Romero Lucero. Entrevista 2 (julio, 2019). Entrevistador: Olivia Aguirre Bonilla. Ciudad Juárez, 2019. 1 archivo.mp3 (07:47 min.).

las relaciones de género tal como las conocemos y en su aspecto percibido como "normal". Y esto, infelizmente, no puede modificarse por decreto, con un golpe de tinta, suscribiendo el contrato de la ley"¹⁸.

En consecuencia, debemos tomar la iniciativa como una estrategia positiva por parte de la ONU, pero la eficacia de la misma dependerá tanto de sus operadores como de la sociedad en su conjunto, se requiere la inclusión no solo de las mujeres de la sociedad civil, sino trabajar de manera conjunta en programas o políticas públicas que logren impactar en todos los sectores sociales de esta urbe fronteriza y claro acompañado de la voluntad política, pues de lo contrario correrá el riesgo de quedarse en la formalidad sin adentrarse a lo material, como ya paso con la sentencia del Caso González y otras ("Campo Algodonero").

REFERENCIAS

- Aguirre Bonilla, Olivia. Si no hay golpes ¿no hay violencia familiar? *El diario de Juárez*. 26 de julio de 2019. Recuperado de: https://diario.mx/opinion/si-no-hay-golpes-no-hay-violencia-familiar201907251543684.html?fbclid=IwAR3qpgxgbyJnp_T_hOfzVysuv_PpLGxUSmaX0JICbBm-7bRIGGq5_yxEkOFY. Consultado el 27 de Julio de 2019.
- Aguirre Bonilla, Olivia. Estado mexicano: lejos de cumplir íntegramente la sentencia de la CIDH en el caso González y otras ("Campo Algodonero") *Revista VIA IURIS*, núm. 17, 2014, pp. 169-182, Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia.
- Aikin, O. *Activismo social transnacional; un análisis en torno a los feminicidios en ciudad Juárez*. México: ITESO, El Colegio de la Frontera A. C. Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2011.
- Álvarez, R. (coord.) *La memoria de las olvidadas: mujeres asesinadas en ciudad Juárez*. México: UNAM.

¹⁸ Segato Rita Laura. Las estructuras elementales de la violencia: contrato y status en la etiología de la violencia. Brasilia 2003, p. 4. Recuperado de: http://www.escuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/estructura_vg-rita_segato.pdf. Consultado el día 15 de agosto de 2019.

- Barrón, M. *Notas históricas de Ciudad Juárez (análisis, críticas y perspectivas)*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004.
- Chacón, Flora Isela. Dos municipios de Chihuahua en iniciativa global contra la violencia hacia mujeres. C8Columnas. 29 de mayo de 2019. Recuperado de: <https://www.ochocolumnas.net/2019/05/dos-municipios-dechihuahuaen.html?m=0&fbclid=IwAR3FN26o2Q7bxoJx4Tk9LSiQD8omP6suZBFdqr8QXXtPY8b-Q6ijsDMZNAU>. Consultado el día 28 de junio de 2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras “Campo algodoner” vs. México, 2013, pp. 153-156.
- Entrevista concedida por Hernández Graciela. Entrevista 2 (julio, 2019). Entrevistador: Olivia Aguirre Bonilla. Ciudad Juárez, 2019. 1 archivo.mp3 (10:02 min.).
- Entrevista concedida por Ramírez Rosa. Entrevista 2 (julio, 2019). Entrevistador: Olivia Aguirre Bonilla. Ciudad Juárez, 2019. 1 archivo.mp3 (14:30 min.).
- Entrevista concedida por Romero Lucero. Entrevista 2 (julio, 2019). Entrevistador: Olivia Aguirre Bonilla. Ciudad Juárez, 2019. 1 archivo.mp3 (07:47 min.).
- Galeana, P. *Historia de un feminicidio: las muertas de Juárez*, en González, S, 2002.
- Garita Vílchez, Ana Isabel. La regulación del delito de Femicidio/feminicidio: En América Latina y el Caribe, (Panamá, 2014), 15.
- H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión Legislatura LXII, Código *Penal Federal*, Título decimonoveno, Capítulo V: Femicidio, Artículo 325.
- H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión Legislatura LXII, Ley *General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, Título primero, Capítulo V: De la violencia feminicida y de la alerta de violencia de género contra las mujeres, Artículo 22.
- Instituto Nacional de las Mujeres, *Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres*, 19 de octubre de 2018.

- Instituto Nacional de las Mujeres, *Boletín: Desigualdad en cifras*, Año 3, Número 7, 7 de julio de 2017.
- Margarita Reyes Chávez, "Escalada Violenta Contra las Mujeres y Alertas de Género" en *Prevención de las violencias contra las Mujeres, una visión desde el consejo Social*, (México: INMUJERES, 2018).
- Martínez Hérika. Asesinan a una mujer cada 56 horas en Juárez. *El Diario de Juárez*. 8 de julio de 2019.
- Mayorga, P. Muertas de Juárez: forenses argentinas confirman identidades de dos jovencitas. *Proceso*. Recuperado de: <http://www.proceso.com.mx/?p=360982>. 2013. Consultado el día 20 de noviembre de 2013. p. 56.
- Objetivos de Desarrollo Sostenible. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Recuperado de: <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>. Consultado el día 24 de julio de 2019.
- ONU Mujeres, *La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2016*, (México: ONU Mujeres, 2017), 20.
- Pereda Martínez Alicia. Cada dos horas y media matan a una mujer en México. *El Universal*. México. 29 de mayo de 2019. Recuperado de: <https://www.eluniversal.com.mx/estados/cada-dos-horas-y-media-matan-una-mujer-en-mexico>. Consultado el día 12 de septiembre de 2019.
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Información delictiva y de emergencias con perspectiva de género*, 31 diciembre 2017, 19.
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Víctimas de delitos del fuero común 2018*, "Instrumento para el Registro, Clasificación y Reporte de delitos y las víctimas CNSP/38/15", 20 Octubre de 2018.
- Segato Rita Laura. Las estructuras elementales de la violencia: contrato y status en la etiología de la violencia. Brasilia 2003, pp. 3-4. Recuperado de: http://www.esuelamagistratura.gov.ar/images/uploads/estructura_vg-rita_segato.pdf. Consultado el día 15 de agosto de 2019.
- Segato, Rita Laura. *La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*. Brasil: Departamento de Antropología Universidad

de Brasilia, 2005. Recuperado de: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=15859>. Consultada el día 15 de septiembre de 2019.

Sosa Luz del Carmen. Poniente, foco rojo de violencia familiar. *El Diario de Juárez*. 21 de julio de 2019.

Spotlight Initiative. To eliminate violence against women and girls. Recuperado de: <http://spotlightinitiative.org/what-we-do> Consultado el día 24 de julio de 2019.

Vargas Miguel. Asesinan en un mes a 21 mujeres. *El Diario de Juárez*. 24 de julio de 2019.

Vázquez, S. *El caso algodonerero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI, México: U.N.A.M., 2011.

PROCEDENCIA, CONVENIENCIA Y UTILIDAD DE REGULAR EN LA VIGENTE O FUTURA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL LA LITISPENDENCIA DE LA ACCIÓN PENAL, ASÍ COMO LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PENAL A LA MISMA

Juan Manuel Alonso Furelos

Profesor Titular de Derecho Procesal

(Universidad Nacional de Educación a Distancia. España)

Sumario: I.- Breve introducción. Situación legal actual. Diferencia entre la regulación de la excepción de litispendencia penal y la de cosa juzgada penal. Procedencia, conveniencia y utilidad de su regulación. II.- Diferencia entre la litispendencia penal y la civil respecto al momento de producción de sus efectos. III.- Momento en que se produce la litispendencia penal y, por tanto, desde cuando puede conocerse la existencia de la excepción de litispendencia penal: A) Modos de evitarla. La competencia indisponible y su control en el reparto; B) Supuestos denunciables posibles. En el sumario. Diferencia entre delitos sujetos a procedibilidad privada y los demás. Al final del sumario. En la fase intermedia o de preparación del juicio oral. Juicio oral. Al impugnar la sentencia. IV.- Momento en que se debería proponer esta excepción: A) Fase preparatoria del juicio oral; B) Fase del juicio oral: a) Antes de abiertas las sesiones; b) Durante las sesiones; c) En sucesivas instancias. V.- Requisitos: A) Identidad pasiva subjetiva y jurídica; B) Identidad objetiva: fáctica del hecho histórico. Fáctica y jurídica del hecho histórico.

VI.- Efectos de su proposición. Nace un incidente para su determinación. VII.- Efectos de su estimación A) Acumulativo; B) Excluyente; C) Prejudicial; D) Impugnación. VIII.- Efectos de su inadmisión. IX.- Propuesta de regulación. X.- Conclusiones.

I.- BREVE INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN LEGAL ACTUAL. DIFERENCIA ENTRE LA REGULACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PENAL Y LA DE COSA JUZGADA PENAL. PROCEDENCIA, CONVENIENCIA Y UTILIDAD DE SU REGULACIÓN

El objeto de esta colaboración está referido al momento inicial de la litispendencia penal, al momento en que se van produciendo sus efectos sobre el proceso penal y al planteamiento de la consabida excepción de litispendencia penal en el ulterior proceso penal, caso de iniciarse y existir en ambos procesos penales identidad subjetiva en la parte pasiva e identidad objetiva de los hechos en que se funda. Queda fuera de este trabajo toda referencia a la litispendencia de la acción civil resarcitoria, caso de acumularse a la acción penal o cuando por el contrario ésta se reservase para su ulterior ejercicio en un proceso civil (en principio operaría esta litispendencia civil o esta excepción de litispendencia civil como en todo proceso civil, de ejercitarse en éste).

Como sabemos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, (en adelante con la abreviatura LECRIM), en su Libro III (del juicio oral), Título II (de los artículos de previo pronunciamiento, arts. 666 a 680), y en especial en el art. 666.2 se regulan como cuestiones previas al juicio oral, o en palabras literales de la LECRIM como artículos de previo pronunciamiento, cuestiones (previas), o excepciones, entre ellas, la cosa juzgada (se entiende la penal, al no concretarse así de forma específica). Junto, pues, a las demás del art. 666 que son o están tasadas expresamente, por la norma. Obsérvese que no aparece en este precepto legal, ni en los que siguen, la excepción de litispendencia penal por lo que con una interpretación literal está desterrada su posible proposición en este momento.

Si ello es así de lege data, de lege ferenda adelanto mi posición en este trabajo de que la excepción de litispendencia penal se añada, en el art. 666.2 LECRIM, a la cosa juzgada.

Podríamos afirmar, en principio, que la excepción de litispendencia penal no se regula en la LECRIM. Pero esta afirmación es discutible según la interpretación que se dé a su art. 114 (Libro I, Título IV "de las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas" -dice faltas, pese a la reforma de 2015-), que establece:

"Promovido juicio criminal en averiguación de un delito (o falta), no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole, si lo hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

No será necesario para el ejercicio de la acción penal que haya precedido el de la civil originada del mismo delito (o falta -hoy suprimidas-; el texto entre paréntesis es nuestro).

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo II, Título I de este Libro, respecto a las cuestiones prejudiciales".

Caben en principio, dos interpretaciones diversas, divergentes y, además, antagónicas:

a) La expresión de la LECRIM "No podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho" se refiere a pleito penal sobre ese mismo hecho penal (por tanto, identidad objetiva) y por supuesto entre (contra) las mismas partes pasivas (autores, cómplices...); es decir, identidad subjetiva. Y se refiere al efecto negativo o non bis in idem, aunque no se produzca en su integridad, es decir, de momento sólo cabe la suspensión del segundo proceso (penal) hasta que el primero finalice con sentencia firme, por tanto, no a su exclusión hasta que se dicte aquella. La excepción de litispendencia penal, estimada, tendría ese efecto suspensivo automático, aunque el excluyente sólo se produciría tras la firmeza de la primera sentencia penal (interpretación amplia y cubre la laguna del art. 666 LECRIM).

b) Se refiere el art. 114 LECRIM, cuando afirma “no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho” a que no podrá seguirse por ese mismo hecho un pleito civil después de iniciado el proceso penal. Si ya estaba iniciado el civil, antes del penal, se suspende el civil de no acumularse, a la acción penal, su objeto. En este sentido, el art. 114 LECRIM debería ponerse en relación con los arts. 110 a 117 LECRIM.

Me parece más lógica esta segunda interpretación. Respeta, en mayor medida, con sus palabras, el sentido literal, sistemático y finalista (art. 3 CC). Pero la primera interpretación, repito de nuevo, es también admisible si se desliga el art. 114 de los arts. 110 a 117 LECRIM al referirse a la excepción de litispendencia penal, sea con el efecto suspensivo inicial y posteriormente con el excluyente. Podría reforzarse si la doctrina legal del TS la acogiese. Y se pusiera en relación el art. 114, con el art. 666.2 de incluirse, en este último, la excepción de litispendencia penal con la de cosa juzgada existente.

Si optamos por la segunda interpretación, más lógica, estamos abordando el estudio de una laguna legal pues, el art. 114 LECRIM no se referiría a la excepción de litispendencia. Parece procedente y conveniente cubrir esta laguna legal para saber si es admisible o inadmisiblesu proposición antes de las sesiones del juicio oral o durante el mismo e incluso después. Pues, la plenitud del ordenamiento jurídico procesal no parece cubrirla. Y qué efectos produce, pues, nos guste o no, la excepción de litispendencia penal si existe es un óbice procesal al segundo proceso penal iniciado; y si no existe es un presupuesto procesal del mismo. En este sentido un óbice apreciable de oficio desde que se conoce por el órgano jurisdiccional y denunciabile por cualquiera de las partes penales actoras o pasivas, también desde que se conoce.

De lege ferenda, esta laguna legal, parece que hace inadmisibles la proposición de la excepción de litispendencia antes de las sesiones del juicio oral por el carácter taxativo del art. 666. Sin embargo, sería posible plantearla, pese a esa laguna legal, por el órgano jurisdiccional de oficio o cualquiera de las partes actoras o pasivas abiertas las sesiones para evitar la incontinencia de la causa (la identidad subjetiva y objetiva presupone la excepción de litispendencia penal), o futuras sentencias penales contradictorias.

O al impugnar la sentencia (aduciendo su nulidad, por ser un óbice procesal que nace del incumplimiento de un presupuesto procesal) y también para evitar los efectos de la segunda sentencia penal impugnada. No siendo firmes las sentencias, contradictorias o no, cuanto antes, excluir los efectos de la sentencia del segundo proceso iniciado y que permanezcan solo los establecidos en la sentencia del primer proceso penal iniciado. (La firmeza de una sentencia, siempre que sea la del primer proceso iniciado, excluye la excepción de litispendencia y supone la excepción de cosa juzgada).

Los distintos procesos penales en curso (con identidad subjetiva pasiva y objetiva) pueden estar en estadios procesales iguales o diferentes; es decir, en la misma o diferente fase de la primera instancia, así comienzo o final del sumario, preparación del juicio oral, juicio oral; e, incluso, en instancias diferentes, así primera y segunda instancia; es posible que el primer proceso iniciado en diferente juzgado sea el más atrasado, si está sobrecargado de trabajo; que se ventilen en el mismo o diferente juzgado respetándose la competencia territorial penal imperativa si no se hace el debido control al repartirlos, y así conocer de ellos el juzgado instructor del mismo número o de número diferente. O estar en juzgados diferentes si no se respetó la competencia imperativa (objetiva, territorial o por conexión).

El efecto suspensivo o excluyente del segundo proceso debe serlo atendiendo al momento de su inicio (litispendencia) y en favor del más antiguo o el primer iniciado que se mantiene. No rige el criterio del proceso más avanzado de trámite en ese momento.

Parece procedente y conveniente su regulación por lo expuesto: cubrir una laguna legal. Y útil pues si se opta por su admisibilidad en uno u otro momento (abierto el juicio oral antes de las sesiones, o en éstas), parece que los arts. 666 y ss. actuales y vigentes no dan respuesta en su totalidad a dicha excepción de admitirse expresamente su proposición como previa al juicio (aun incluida en el art. 666.2), pues no puede equipararse en su integridad por su carácter y efectos a los de cosa juzgada penal (art. 676.2 LECRIM) y, por ende, no cabría acudir por analogía a la regulación de esta para todos sus efectos.

Si se opta por la interpretación primera del art. 114 LECRIM, los párrafos antecedentes son reproducibles, pues aún sin ser una laguna total es como si lo fuera y su efecto suspensivo, sin más, no resuelve las demás cuestiones.

II.- DIFERENCIA ENTRE LA LITISPENDENCIA PENAL Y LA CIVIL RESPECTO AL MOMENTO DE PRODUCCIÓN DE SUS EFECTOS

El concepto de litispendencia es igual en todo proceso, pero no así el momento de la producción de sus efectos, ni las consecuencias de tales efectos. Quiero adelantar que la litispendencia y sus efectos en el proceso civil parecen claros en la regulación de la vigente LEC, arts. 410 a 413, aplicables por analogía -salvo alguna especificación- al proceso laboral. No así al proceso contencioso administrativo, ni al penal.

En el proceso penal, la regulación de la litispendencia y sus efectos es asistemática, fragmentaria, y lagunosa. Ello es debido a que sus efectos no se producen a la vez como en el proceso civil. Y además porque algunos de sus efectos que son relevantes en el proceso civil son irrelevantes o secundarios en el penal. Así sucede con las partes actoras, la “causa petendi”, la calificación jurídica y “el petitum”, al menos para concretar y delimitar la excepción de litispendencia penal y la de cosa juzgada penal.

No olvidemos que en el proceso penal las partes actoras (acusador privado, particular, popular, público o MF) no son titulares del “ius puniendi” si no el Estado; y por esto carecen de legitimación material (solo son partes formales, si se constituyen como tales y en forma (querrela, abogado, procurador) a diferencia con la parte pasiva que lo es formal y materialmente en lo que respecta al ejercicio constitucional de su derecho de defensa; y a soportar el “ius puniendi” si es condenada, o a desligarse de él si es absuelta.

Ello tiene importantes consecuencias en el proceso penal, donde a diferencia con el proceso civil la causa petendi, la calificación jurídica y el petitum o pena pedida no suelen ser elementos esenciales en la determinación de la litispendencia y cosa juzgada penal, ni en la determinación de sus

respectivas excepciones penales de litispendencia y cosa juzgada. Abordemos pues la cuestión, con las menos palabras posibles dada la limitación de espacio exigida por el Congreso a este trabajo.

a) Litispendencia procede de dos palabras del Derecho Romano. Litis, equivale a proceso, litigio, juicio, causa. Utilizaremos desde ahora el vocablo técnico de proceso. Pendencia quiere decir (proceso) iniciado y no terminado o no finalizado, por ello pendiente. Proceso pendiente o iniciado y lo es desde el momento mismo de su inicio; y que no está finalizado, concluido o terminado por sentencia firme o resolución equivalente como el auto de sobreseimiento libre. Queda fuera, el proceso no iniciado todavía y el finalizado.

La cosa juzgada formal, y en su caso la cosa juzgada ejecutada, supone el cierre o el fin a toda actuación procesal posterior, en el proceso en que se origina. La cosa juzgada material refuerza a las anteriores impidiendo que en un proceso iniciado con posterioridad se revise la cosa juzgada formal o la ejecutada del primero. Non bis in idem. Salvo que se trate de un nuevo proceso para impugnar la cosa juzgada producida en otro, donde las actuaciones procesales se realizan en el nuevo, no en el concluido, hasta declararse o no su nulidad y de ser así se determinará que actuaciones de aquél deben o no reproducirse.

Todo proceso civil, penal, laboral, contencioso, constitucional..., una vez iniciado y no finalizado (por sentencia firme), esté en primera o en sucesivas instancias, está pendiente hasta la sentencia o resolución equivalente de fondo, que produce su firmeza o efecto de cosa juzgada formal que lo pone fin o término. Y está protegido externamente, a esos efectos (para evitar la modificación de su resolución firme y sus efectos), por la excepción de cosa juzgada a plantear en el proceso nuevo o ulterior, para evitar que se modifique la primera sentencia o resolución firme y sus efectos a través de la sentencia del segundo proceso y así también evitar la contradicción y divergencia de sentencias entre sí.

Incluso de llegarse en este segundo proceso, a una sentencia firme por no plantearse la excepción de cosa juzgada en su momento, repito, en el

segundo proceso (y así evitar el efecto externo excluyente), siempre sería válida la primera sentencia firme dictada en detrimento de la segunda firme que es nula por incumplir un presupuesto procesal y ser la consecuencia de un óbice procesal en su día no resuelto. (Salvo que expresamente se establezca -en norma procesal especial- la nulidad de ambos procesos con sentencias firmes divergentes e iniciar un nuevo proceso extraordinario semejante al de revisión).

El proceso penal nace en sentido amplio desde que se abre el sumario por denuncia o querrela, siempre admitidas y no rechazadas. Finaliza por la sentencia firme o resolución equivalente de fondo como el auto de sobreseimiento libre. El proceso civil y laboral nacen con la demanda produciendo sus efectos -señalados- y que son retroactivos al momento de su presentación, siempre que sea admitida (arts. 410 a 413 LEC), y finaliza con la sentencia firme. El proceso contencioso y el constitucional nacen con la admisión de la demanda contenciosa, la de amparo o la respectiva a los otros procesos constitucionales, pero con efectos retroactivos al momento de la presentación del escrito de recurso (retroacción por tanto mayor) y finaliza con la sentencia firme.

b) Por litispendencia se entiende, además, los efectos que surgen desde el nacimiento del proceso o en un momento posterior y que se mantienen hasta la finalización del proceso.

b.1) Pueden producirse, inicialmente, y todos a la vez, como sucede con el proceso civil, pues según el art. 410 LEC (aplicable como regla general al proceso laboral, art. 4 LEC), desde la interposición de la demanda, si después es admitida, se producen los de los arts. 411 a 413 LEC. Por lo tanto, desde la interposición de una segunda demanda civil, si después es admitida, se puede saber desde ese momento (comparando la primera y la segunda demanda) si existe o no, total (o parcial) identidad y procede la excepción de litispendencia para acordar el efecto negativo, o excluyente si es total (non bis in idem) o si es parcial para el efecto prejudicial, positivo, vinculante ya sea suspensivo del segundo proceso o el acumulativo de autos del segundo al primero (arts. 416 LEC y concordantes).

Existe especialidad en el proceso civil con la contestación a la demanda (art. 412) si se plantea una excepción de fondo por el demandado, sobre la que puede plantearse excepción de litispendencia de iniciar un proceso ulterior entonces actor replanteándola.

Por tanto si existe identidad total estamos ante la identidad que es subjetiva activa y pasiva y objetiva y justifica el efecto negativo o excluyente de esta excepción de litispendencia; o por el contrario si la identidad entre ambas no es objetiva en su totalidad, pero existe prejudicialidad o relación entre ambos objetos supone que son condicionantes entre sí y estamos ante el efecto positivo o prejudicial que puede justificar la paralización del segundo proceso o que se acumulen los autos del segundo a los del primero si concurren los requisitos legales evitando sentencias discordantes o la continencia de la causa.

b.2) En el proceso penal los efectos de la litispendencia no se producen inicialmente con la admisión de la denuncia (lo que es lógico si el denunciante no es parte y la denuncia no supone el ejercicio de la acción penal, aunque inicie el sumario). Ni con la admisión de la querrela, tampoco se producen, aunque el querellante se constituya en parte actora y ejercite la acción penal.

Se producen con posterioridad y en momentos diferentes los unos y los otros. Escalonadamente e incluso se van a producir los esenciales al final del sumario (identidad subjetiva penal e identidad objetiva del hecho y resultado penal histórico o natural) en cuanto determinantes de la excepción de litispendencia o cosa juzgada. Y otros efectos que pueden considerarse más accidentales (calificación jurídica del hecho y su resultado penal y la pena solicitada) se producen casi al final del acto de juicio oral, si se modifican las calificaciones provisionales por las definitivas o se altera en el informe.

b.3) Tales efectos iniciales producidos en el proceso civil (y laboral) por la admisión de la demanda, o por su contestación (no así en el proceso penal, salvo el proceso por delitos sujetos a procedibilidad privada) con efectos retroactivos al de su presentación, son:

- La perpetuación de la jurisdicción “perpetuatio jurisdictionis” y de la competencia se produce en el proceso civil desde el momento de la litispendencia. Así, de la jurisdicción nacional en detrimento de la extranjera (con relevancia en casos de extranjería si procede aplicar el derecho extranjero en el orden civil, o la falta de jurisdicción); del orden jurisdiccional (civil, laboral o contencioso); de la competencia, cualquiera que sea así la objetiva, la territorial (disponible o no e impugnable), la funcional si en la misma fase o instancia (así primera instancia) deban conocer varios órganos jurisdiccionales diferentes y del reparto (art. 411 LEC). Los cambios posteriores sobrevenidos tras su determinación, en principio no la alteran, salvo disposición expresa por ley.

En el proceso penal por su carácter no tiene porqué ser así (salvo en delitos privados), tras la admisión de la querrela. La jurisdicción penal competente (nacional o extranjera), la competencia objetiva, por conexión, territorial y funcional o el reparto, aún determinadas y fijadas inicialmente al admitirse están sujetas a cambios o modificaciones sobrevenidos derivados de la investigación sumarial (se impide así la rigidez de su perpetuación como en el proceso civil (art. 411 LEC). Esa “perpetuación o no perpetuación” de la jurisdicción y competencia depende de las posteriores investigaciones sumariales respecto a las personas responsables (aforadas o no) y la gravedad de los hechos cometidos. Sin perjuicio que en el proceso penal la jurisdicción, orden penal y dichas competencias o reparto son imperativos. En el proceso civil la territorial suele ser disponible.

Además, se permite cierta flexibilidad para cambiar el procedimiento iniciado. Así de un sumario común a otro abreviado si se mantiene la competencia objetiva, por conexión y territorial del órgano; o pasar las actuaciones sumariales ya practicadas, conservando su validez en principio, al nuevo órgano penal que resulte competente en el sumario o juicio oral (de la primera instancia). Es pues admisible el cambio sobrevenido de la jurisdicción competente (nacional

o extranjera, art. 23 LOPJ) y de las citadas manifestaciones de la competencia tras el inicio del proceso penal. Más que "perpetua" sería "cambiante".

- La adquisición de la condición de parte formal actora o pasiva es a la vez, en unidad de acto, en el proceso civil (o laboral). Se adquiere por la simple determinación del actor (denominada perpetuación de la legitimación o "perpetuatio legitimationis"), aunque la legitimación suele ser, en la mayor parte de los casos una cuestión de fondo. Pero cuando, además de ello, es procesal y se exige para la admisión de la demanda acompañar unos documentos que la justifiquen debe cumplirse con ello al ser un presupuesto procesal y no una simple condición de fondo acompañarlos para obtener una sentencia de fondo favorable o justa según se mantenga la teoría concreta o abstracta de la acción.

Y el interés, del actor, desde ese momento, admitida la demanda se tiene por justo y adecuado (art. 413 LEC) y en su virtud fija y determina la legitimación del demandado o el interés de éste. Por tanto, es la parte actora quien determina la identidad de los sujetos (parte simple o múltiple) que configuran la parte actora y la pasiva. Y que lo hagan formalmente mediante abogado y procurador. Y de esa adecuación o interés que es un simple "fumus boni iuris" de la legitimación material que deriva de su simple alegación en la demanda o contestación si en ella se plantea una cuestión de fondo. Pese a ser la legitimación una cuestión de fondo, por lo común, a determinar en la sentencia.

- La prohibición ulterior de la modificación sustancial del objeto de la pretensión del actor tras la admisión de la demanda (con la especialidad del escrito de su ampliación); o tras su contestación, por el demandado, la prohibición de modificar éste sustancialmente el objeto de la excepción material por él planteada (igualdad de armas) art. 412 LEC; así alegando otros hechos impeditivos, extintivos o excluyentes a los constitutivos de la acción del actor. En ambos casos, a salvo de modificaciones secundarias, no

esenciales, permisibles (art. 412.2 LEC) o que se produzcan hechos nuevos o desconocidos a los que fundamenten la demanda o contestación.

Afecta dicha prohibición tanto a los hechos históricos sustanciales, (rara vez a su calificación jurídica), como a los que fundan la causa petendi (cuando esos hechos son determinantes de varias causas petendi, tienen que determinarse por el principio de concentración en cada causa y en ese preciso momento, al no poderse hacerse después tras la vigente LEC) y al petitum.

- La prohibición de alterar el procedimiento legal vigente desde que se produce la litispendencia (teoría de la irretroactividad flexible, art. 2 LEC, aplicable al proceso civil, laboral y administrativo) que incide en caso de reforma legal en la norma procesal durante su pendencia. Salvo que la nueva ley procesal vigente imponga su aplicación inmediata desde su vigencia o la irretroactividad de forma rígida conforme al principio “tempus regit actum” o “legis vigenti regit actum”. Admisible en el proceso penal, dado que en primera instancia existen dos fases muy diferentes y por su marcado interés público.

b.4) En el proceso penal la perpetuatio legitimationis, sea activa y pasiva, no tiene por qué coincidir en un mismo momento, pues la parte pasiva no viene determinada como en el proceso civil por un acto del actor como la demanda (art. 410 LEC) donde se determina formal y materialmente a la parte actora y a la pasiva (salvo en los delitos privados).

Si no viene determinada por las condiciones legales que exige el proceso penal al investigado para ser parte desde que conoce su situación y solicita al instructor declarar en presencia de su abogado si todavía no fue imputado, (si no conoce que es investigado a falta de imputación o inculpación no parece que sea parte formal o material); al imputado o al inculpado. Además, van ligadas dichas condiciones al derecho de defensa de la parte pasiva (arts. 118 y ss, LECRIM), o a cuando ese derecho surge a consecuencia de la adopción

de medidas cautelares personales como la detención (arts. 489 y ss.) o de la prisión provisional (arts. 502 y ss. y 520 y ss. LECRIM).

La parte pasiva lo es formalmente (se constituye cuando se exige mediante procurador que lo representa y abogado que lo defiende) y además materialmente, pues tiene un interés jurídico directo a su defensa (derecho de acción) para que no se aplique el "ius puniendi" incluso si procede; a defender su inocencia (y su presunción) para ser absuelto. Por ello su identidad como parte pasiva es determinante para que se estimen o no en el segundo proceso penal las excepciones de litispendencia penal y cosa juzgada penal.

La parte actora, después acusadora, sea pública, privada, particular o popular según la procedibilidad a que esté sujeto el delito cometido (arts. 100 y ss. y arts. 270 y ss. LECRIM), adquiere la condición formal de parte por el ejercicio de la querrela, una vez admitida por el juez instructor, lo que presupone el ejercicio de su derecho de acción penal.

Debe estar suscrita en forma y firmada por el abogado que, en su virtud, acepta la defensa del actor y firmada por el procurador que lo representa al ser preceptiva en el proceso penal su intervención, aunque no se exige al Fiscal pues se defiende y representa a sí mismo. Acción penal como derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE), a la procedibilidad y perseguibilidad del delito, a solicitar actuaciones sumariales, a su derecho a acusar en el juicio oral, para qué (carácter finalista) el Estado pueda actuar el "ius puniendi", del que es titular, a través de sus órganos jurisdiccionales penales mediante una sentencia penal razonada o motivada. Por la simple denuncia no se adquiere la condición de parte, salvo en algún supuesto específico previsto en la LECRIM en que la simple denuncia equivale a la querrela, para poder ser parte.

El momento de constituirse en parte es al iniciarse el proceso penal por querrela (si es admitida) y así nace el sumario. Sea actor privado, particular, popular o el MF; cuando se le ofrecen las acciones al acusador particular al final del sumario, si el MF se niega a sostener la acción y no se opone a ello su superior jerárquico; o después, en el momento previo a la presentación de las calificaciones provisionales. A la víctima tras la denuncia o querrela del tercero o MF, se le comunica la causa por si quiere constituirse en parte.

El Fiscal debe hacerlo, está obligado, al inicio del proceso penal, desde que puede sostener la acción penal mediante un escrito que equivale a querrela. Las partes actoras son meras partes formales, sin legitimación material, al no ser titulares del “ius puniendi” que corresponde al Estado y lo actúa a través de sus órganos jurisdiccionales predeterminados y competentes. Sólo dispone la parte actora del derecho de acción es decir el derecho a iniciar el proceso penal ante la jurisdicción y a su prosecución para sostener su acusación. No es parte material o determinante al carecer de legitimación y del “ius puniendi”.

Lo es sólo a efectos formales a diferencia con el proceso civil, laboral y contencioso y por eso es innecesario concretar su identidad activa subjetiva a efectos de la excepción de litispendencia penal y cosa juzgada penal al no extenderse al acusador, directamente, sus efectos. Cosa distinta es el efecto “erga omnes” de la cosa juzgada penal y el respeto que se merece de las partes actoras y la propia sociedad.

Al ser parte formal, puede perder su condición de parte por su simple renuncia (delitos sujetos a procedibilidad privada) o simple abandono (los sujetos a procedibilidad pública) salvo el Fiscal que está obligado en todo proceso penal en que es parte a sostener la acción penal en defensa del interés público. Ese abandono de la querrela y de la acción por el actor particular o popular no supone una crisis en el proceso penal en delitos sujetos a procedibilidad pública (se suele denominar desistimiento, pero no produce una crisis ni los efectos del proceso civil, al continuar la acción el Fiscal), salvo en delitos sujetos a procedibilidad privada (renuncia), donde la crisis lo pone fin al no ser parte el Fiscal.

El momento en que se constituye en parte o abandona esa condición, la parte actora o pasiva del proceso penal varía notablemente con el proceso civil (laboral) al ser en este al inicio de la litispendencia (art.410) no cabiendo el posterior cambio de partes actoras y pasivas con “otro carácter”, que sí es admisible en el penal, según lo expuesto.

También la parte pasiva puede perder su condición de parte formal y material, así el investigado, inculpado, imputado, procesado. Así el sumario,

en la fase intermedia (sobreseimiento libre o provisional total o parcial). O de acusado en el juicio oral antes (art. 666) o después de abiertas las sesiones. Cuando de las actuaciones sumariales practicadas o las del juicio oral (art. 746.6) quede comprobada o demostrada la falta de participación en esos hechos de todas o algunas de las personas que son parte pasiva.

Cosa distinta sucede en los Estados incipientes, donde el "ius puniendi" no corresponde al Estado (hoy casi ninguno, salvo "Estados" dominados por los "señores de la guerra") si no al ofendido o sistema de justicia privada penal, y donde litispendencia y cosa juzgada penal podría operar como en el proceso civil.

El cambio del procedimiento penal se permite según lo dicho en la perpetuación o no perpetuación de la jurisdicción y competencia penal a que remito. Por tanto, se produzca una modificación de la competencia o no. La rigidez del proceso civil consecuencia de la litispendencia impide todo cambio de procedimiento de no existir sucesión normativa durante su pendencia. No ocurre así en el penal por su naturaleza y el interés público protegido puede exigir una mayor flexibilidad en este sentido. Conservar actuaciones sumariales practicadas en el procedimiento común si procedía el abreviado.

Finalmente, el objeto del proceso penal (hecho histórico, nudo o natural que produce un resultado con el que determinan la mayoría de los delitos; o el hecho y su resultado calificado jurídicamente que determina ciertos delitos: habituales, masa, permanentes...) y que, salvo en los delitos privados, por la querrela no se determina al inicio (como sucede en el proceso civil por la demanda y su contestación, art. 412 LEC). Y una vez determinado puede modificarse sustancial o accidentalmente (a diferencia con el proceso civil que no admite el cambio esencial) hasta casi el final del juicio oral. Así las calificaciones provisionales por definitivas.

Pero debe estar determinado como esencial al final del sumario la identidad subjetiva penal y la objetiva para que se pueda determinar, de existir dos procesos pendientes si existe o no (o procede o no la excepción) de litispendencia o cosa juzgada penal.

Parece conveniente que esa determinación se haga según la teoría del hecho y el resultado nudo, histórico, natural (equivale a la sustanciación del proceso civil) pues es una garantía de la excepción de litispendencia y cosa juzgada penal en aras a la defensa del acusado y del principio de legalidad penal y más al final del sumario; y no conforme a la teoría del hecho y el resultado calificado jurídicamente (se aproxima a la individualización del proceso civil). Pensemos para explicarlo con dos ejemplos muy comunes:

- Primero. Con ocasión de un apuñalamiento, unas heridas son calificadas en el primer proceso penal como lesiones leves; e iniciado un segundo proceso penal (litispendencia penal o cosa juzgada penal) se califican dichas heridas como homicidio en grado de tentativa, siendo idéntica la parte pasiva en ambos. Partiendo del hecho histórico nudo y natural esas mismas heridas permiten que prosperen ambas excepciones en el segundo proceso penal. Según la segunda sería más dudoso. Debe aplicarse la primera teoría.
- Segundo. Una persona sustrae una cartera y ese mismo día otras y el CP de un país determinado lo considera delito habitual. Una sustracción no fue objeto de investigación en el primer proceso, y es objeto del segundo proceso penal. Según el hecho nudo, histórico o natural sería improcedente la excepción de litispendencia y cosa juzgada y debería continuar el segundo proceso penal.

Al tratarse de un delito habitual sujeto a esta “calificación jurídica” serían procedentes las excepciones de litispendencia y cosa juzgada penal para poner fin al segundo proceso porque la parte actora del segundo proceso penal no solicitó esa investigación en el primero. Sin embargo, si la segunda sustracción se produjo temporalmente, después del momento conclusivo en que se podía investigar en el primer proceso, sería improcedente y no triunfaría la excepción de litispendencia o cosa juzgada penal (hechos sobrevenidos) y debería continuar tramitándose el segundo proceso penal. Este ejemplo, de ser aplicable al delito masa, al permanente o a los delitos..., sería mucho más complejo.

Obsérvese la importancia de ambas teorías para determinar la identidad objetiva o no del hecho y su resultado, partiendo de una investigación que lo está al final del sumario, para determinar la procedencia o no de las excepciones de litispendencia penal o cosa juzgada penal. Es más garantista en este momento, la primera del hecho y resultado natural, nudo o histórico. Con la segunda, basta en el segundo proceso con modificar la calificación jurídica y dificultar así, o desvirtuar, el triunfo de dichas excepciones penales.

Al margen de lo dicho, en el proceso penal, (a diferencia con el proceso civil donde no puede el actor, ni el demandado modificar los hechos sustanciales, solo los accidentales (art. 412) se pueden modificar tanto los hechos sustanciales y los accidentales desde la denuncia, la querrela, auto de conclusión, calificaciones provisionales, definitivas e informes. Por lo tanto, cabe la modificación sustancial de los hechos (como de los sujetos que conforman la parte pasiva) casi hasta el final del juicio oral, pero respetando las garantías que son inherentes al derecho de defensa. Tanto la parte actora como la pasiva.

Pero son los hechos que resultan del auto de conclusión del segundo proceso y sus autores, identidad objetiva y subjetiva (salvo en delitos privados, que se puede saber por la simple comparación de las querellas y documentación aportada en ambos procesos penales como sucede en el proceso civil), comparados con los del auto de conclusión del primero y sus actuaciones, calificaciones e incluso su sentencia no firme (o firme) los que determinan la existencia o no, la procedencia o no, de las excepciones de litispendencia (y cosa juzgada) en el segundo proceso penal. Antes del auto de conclusión no se puede saber si procede la excepción de litispendencia o cosa juzgada salvo que las actuaciones de ambos procesos estén en el mismo juzgado al conocer el mismo juez. Podría de oficio plantear la excepción de litispendencia penal o cosa juzgada penal o acumularlos en uno.

El auto de conclusión del sumario, definitivo o firme, es el elemento delimitador que concreta ambas excepciones, porque fija los autores y hechos comprobados por la investigación sumarial. Podría incluso sostenerse, de admitirlo la LECRIM, que las excepciones de litispendencia y cosa juzgada penal fueran causas de sobreseimiento libre siempre y cuando conozca del

sobreseimiento el órgano sentenciador. En otro es mejor plantearlas como cuestiones previas, o en las sesiones, o al impugnar la sentencia penal.

Debe destacarse que, si en el proceso civil la causa petendi y el petitum son elementos esenciales para determinar el objeto del proceso y esta determinación se produce en el momento en que se origina la litispendencia (art. 410 LEC) de ser en la demanda, o poco después si se hace en la contestación como excepción material (hechos impositivos, extintivos o excluyentes). Y que como esenciales que son no pueden ser modificados posteriormente (art. 412), ni adicionados después, al regir el principio de concentración de causas petendi en la vigente LEC; ni después ser objeto de otro proceso civil salvo que la causa petendi se determine con base a hechos desconocidos al producirse la litispendencia y que la parte no podía conocer o que son posteriores a dicho momento.

En el proceso penal operan de forma distinta. En principio no son esenciales ni la causa petendi ni el petitum y no son determinantes de la excepción de litispendencia y cosa juzgada. La causa petendi se integra en los hechos; pese a ello puede tener incidencia en el proceso penal en el caso de concurso ideal de delitos. Un mismo hecho puede ser calificado como dos delitos distintos. Volvemos al hecho y resultado natural, nudo o histórico; o al hecho y resultado calificados jurídicamente. El concurso real, varios hechos, cuando son medio para cometer otro, se resuelve con la conexión. En otro caso cada hecho objeto de un proceso penal.

El petitum, consecuencia jurídica o pena solicitada no es vinculante para el juez (al margen de la conformidad), corresponde su imposición al órgano sentenciador, en la sentencia. Si el cambio de petitum es consecuencia del cambio sorpresivo de una calificación jurídica por otra más grave, respecto a los hechos delictivos así calificados y pudieran colocar en situación de indefensión (derecho a la defensa del acusado, arts. 24 CE y 733 LECRIM) al acusado, podría ser relevante, o si entendiera el juez que procede una pena superior a la pedida por las partes (entiéndase acusadoras) y así sentenciará.

III.- MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA LITISPENDENCIA PENAL Y, PORTANTO, DESDE CUANDO PUEDE CONOCERSE LA EXISTENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA PENAL

Señalé que en sentido amplio el inicio del proceso penal o nacimiento de la litispendencia penal, de su primera fase o sumario puede ser en virtud de denuncia (aunque el denunciante no asume con su denuncia la condición de parte, por lo general) o querella (el querellante se convierte en parte). No puede ser de oficio, por el juez instructor, sin perjuicio de que si se presenta una denuncia ante éste debe poner los hechos en conocimiento del fiscal para que se constituya en parte.

La denuncia presentada y admitida, no presupone que la víctima o el Fiscal, al inicio del sumario, tengan que conocer los hechos tal y como sucedieron, ni tampoco quien es el autor o autores, o grado en que lo hicieron. Tampoco la querella, por el simple hecho de ser admitida, presupone dicha concreción (aun siendo parte el querellante o el MF). Ambas, denuncia y querella no permiten que al inicio del segundo proceso penal se pueda determinar si existe o no identidad subjetiva pasiva y la objetiva con el primero.

A salvo de los delitos sujetos a procedibilidad privada donde la querella privada puede concretar y determinar la existencia de ambos elementos: identidad de la parte subjetiva pasiva y la identidad objetiva entre el primer y segundo proceso. Sólo en este caso el inicio del sumario por querella privada podría servir para concretar ambos aspectos con la simple comparación de ambas querellas, la documentación respectiva que debe acompañarlas (esencial) y las actuaciones a su amparo solicitadas en ambas.

En los delitos sujetos a procedibilidad pública o semipública esa determinación se produce al final del sumario, es decir, cuando las partes, en especial las actoras, consideran que se llevaron a cabo todas las actuaciones pertinentes para determinar y concretar el hecho y sus autores y por ello -junto al instructor- están de acuerdo en que se ponga fin al sumario, y se dicte el auto de conclusión del sumario. O si dictado están de acuerdo con el mismo, y no impugnan ese auto recabando la práctica de otras actuaciones.

Desde este momento, si estamos ante el segundo proceso, y en el primero se sucedió ese trámite parece que se está en condiciones para saber si el primero y el segundo proceso penal están sujetos o no a esas identidades: subjetiva pasiva y objetiva. Pero el hecho de que desde ese momento lo sepan (y puedan exponerlo al instructor), no quiere decir que desde ese momento exista trámite para denunciarlo si no que deberá ser después.

Otra cosa sería que si ambos procesos penales, durante el sumario penden ante el mismo juzgado (por reparto), su instructor pueda de oficio (no se olvide que la existencia de la excepción de litispendencia es un óbice procesal positivo y su falta un presupuesto procesal negativo) acumular las actuaciones en un único sumario de igual forma que sucede en los delitos conexos, cuando no tenga duda de la concurrencia en ellos de ambas identidades subjetiva pasiva y objetiva. Pero, concluso el sumario, de uno de estos procesos o ambos (remitidas las actuaciones al decisor) nada podrá hacer el instructor salvo comunicar, esa situación en su caso, al órgano penal decisor.

Si ambos, en el sumario penden ante distinto juzgado territorial (no se respetó la competencia territorial imperativa), o ante juzgados de esa localidad de distinto número (se respetó, pero el reparto los asigna a dos de diferente número), puede el instructor del segundo sumario acordar que las actuaciones del segundo se remitan a las del primero si entendiera que es un delito conexo como el otro y ser una competencia imperativa. Mas no podrá el instructor del segundo proceso ponerlo fin archivándolo o sobreseyéndolo al carecer de tal competencia, y no ser ni momento ni motivo de sobreseimiento, en suma, por corresponder la resolución de esta excepción al órgano decisor.

Cosa distinta, es si el trámite para denunciar la concurrencia de identidades debería ser en la fase intermedia o en la preparatoria del juicio oral. Así añadir un nuevo motivo al sobreseimiento libre (con base al art. 675 LECRIM que utiliza este término legal) y total referido al segundo proceso penal iniciado temporalmente: la identidad subjetiva pasiva junto a la objetiva. De lege ferenda, sería posible. De lege data (de acordarlo así la futura LECRIM) no nos parece lo más adecuado, sin olvidar que el sobreseimiento libre se encomienda en algún proceso penal al instructor y podría ser al MF, con lo

que las garantías procesales se verían mermadas pues debe ser competencia del órgano decisor.

Sería mejor esperar a que dictado el auto de apertura del juicio oral, y antes de la apertura de las sesiones se proponga por cualquiera de las partes actoras o pasivas o de oficio por el órgano decisor como cuestión previa, de igual forma que la cosa juzgada penal, lo que parece mucho más lógico, aunque se “retrase un poquito más” el juicio oral de proponerse en ese momento, por el incidente que surge para su resolución.

Y que se pueda proponer de oficio por el órgano decisor desde el auto que acuerda la apertura del juicio oral, hasta el fin de las sesiones (puesto que su resolución pone fin a un dilema procesal previo: o concurría un presupuesto procesal, o estábamos ante un óbice procesal). O incluso después por las partes, si no es estimada como cuestión previa la litispendencia que puedan reproducirla en las sesiones del juicio (art. 678 LECRIM).

Así, la excepción de litispendencia permite hablar de distintos momentos y distintos efectos. Se produce al nacer el segundo proceso penal, si existe identidad subjetiva pasiva y objetiva, pero todavía no se puede conocer si es o no tal en ese mismo momento en los delitos sujetos a procedibilidad pública o semipública, salvo en los delitos sujetos a procedibilidad privada que sería posible y admisible, tras la admisión de la segunda querrela. Se puede conocer (comparando las actuaciones de ambos procesos penales), dicha identidad objetiva que debe ser total y la identidad subjetiva de los sujetos pasivos como de su grado de participación y condiciones, al final del sumario cuando se acuerda su conclusión por auto definitivo o firme.

Se podría denunciar y prosperar, como momento inicial (fase intermedia o sumarial, según tipología de procedimientos penales), tras el auto definitivo o firme de conclusión sumarial de establecerse un motivo especial de sobreseimiento libre. A salvo cuando se puedan concentrar ambos procesos en un sumario. O mejor proponerla y resolverla en la fase de juicio oral (auto), antes de la apertura de las sesiones; o en el acto del juicio, si fue desestimada o se plantea por primera vez (art. 678 LECRIM).

Y como momento final al impugnar la sentencia penal a través de los recursos ordinarios o extraordinarios procedentes. Siempre que no exista sentencia firme en el primer proceso iniciado, pues de ser así procede la excepción de cosa juzgada y en este caso para dejar sin efecto la sentencia dictada en el segundo proceso.

No se olvide que el momento para formular la excepción de cosa juzgada en el segundo juicio (art. 666.2 LECRIM), coincide con el previsto para formular la excepción de litispendencia, y que en ambos casos coincide el momento previo para conocer cuando concurren ambas (identidad objetiva y subjetiva) que es el auto firme o definitivo de conclusión del sumario (salvo los delitos sujetos a procedibilidad privada).

Esta semejanza entre las excepciones de litispendencia penal y cosa juzgada penal justifica que el trámite de los arts. 666 a 679 LECRIM sea adecuado para denunciarlas, pese a que varíen sus efectos caso de estimación. Lo mismo sucede abiertas las sesiones del juicio oral, art. 678, si hubieran sido desestimadas, o no se proponen en ese momento por desconocerse aún las identidades o si las partes legitimadas activas o pasivas consideran que es mejor proponerlas en el trámite de las sesiones del juicio oral. O hacerlo al impugnar la sentencia de fondo mediante los recursos respectivos.

A) Modos de evitarla. la competencia indisponible y su control en el reparto

La jurisdicción y la competencia en el proceso penal son indisponibles y controlables de oficio por el instructor, como por las partes actoras o pasivas. Desde el inicio del sumario (arts. 8 y ss. LECRIM), o desde el auto de apertura del juicio oral (art. 666.1 LECRIM), tanto la jurisdicción, la competencia objetiva, por conexión (se considera un tipo diferente de la objetiva y modifica los criterios que determinan ésta y la territorial), la territorial y la funcional (incide en las dos fases del proceso penal, sumario y juicio oral, ambas de la primera instancia) y el reparto.

La indisponibilidad de la competencia y los supuestos de conexión dificultan e surgen de dos procesos penales con identidad objetiva y

subjetiva. Por ello los supuestos son muy reducidos y raros serán los casos en que prosperen las excepciones de litispendencia penal y de cosa juzgada penal (pues se atribuirán al mismo juzgado e instructor penal, salvo el supuesto de que por reparto se atribuya a un instructor del juzgado de otro número). Si se atribuyen al mismo instructor puede controlar esos dos procesos penales iguales y acordar su reunión en un único sumario en esta fase. Si están en distintos juzgados, sólo se podría de considerarse conexión, para ver si existe o no.

En el proceso civil sólo es disponible la territorial y esto facilitará que puedan existir dos procesos civiles con identidad objetiva y subjetiva. La competencia por conexión civil es irrelevante al margen de los preceptos referidos a la acumulación inicial de acciones o la sobrevenida por inserción, reconvencción o reunión de autos. En el proceso penal la competencia por conexión se encuentra sometida a fuerte control (de oficio por el juez instructor sea el ordinario o especial o a instancia de parte actora o pasiva al ser indisponible), incluso mayor que la territorial, al referirse la competencia por conexión a delitos importantes y al "crimen" organizado.

El reparto exige igualmente un control de oficio por el funcionario que lo practica, el Juez Decano y el órgano jurisdiccional al que se encomienda la causa, sumario o juicio oral (unipersonal, el juez penal o instructor; o colegiado ya una sección de la AP, AN). Su fin es atribuir a los jueces y tribunales un número proporcional de asuntos. Hoy, con la informática judicial, se puede tras el reparto con un programa informático adecuado vigilar y controlar los casos en que concurren ambas identidades.

B) Supuestos denunciabes posibles. En el sumario. Diferencia entre delitos sujetos a procedibilidad privada y los demas. Al final del sumario. En la fase intermedia o de preparación del juicio oral. Juicio oral. Al impugnar la sentencia

Remito a lo ya expuesto para evitar repeticiones innecesarias.

IV.-MOMENTO EN QUE SE DEBERÍA PROPONER ESTA EXCEPCIÓN:

A) Fase preparatoria del juicio oral; B) Fase del juicio oral: a) Antes de abiertas las sesiones, b) Durante las sesiones, c) En sucesivas instancias

Remito a lo ya expuesto en los puntos II y III.

V.- REQUISITOS

A) Identidad pasiva subjetiva y jurídica

Supone que los sujetos que son parte pasiva del primer proceso (lo son al no haber finalizado todavía, de lo contrario la sentencia sería firme y procede la excepción de cosa juzgada), son los mismos que los del segundo con igual grado de participación en ese hecho y las mismas condiciones. Identidad subjetiva supone que son las mismas personas (nombres y apellidos) con igual participación en el mismo hecho que se está juzgando dos veces en ambos procesos.

Participaron en el mismo hecho juzgado dos veces, como autores, cómplices u otra participación; concurren las mismas circunstancias atenuantes, agravantes, mixtas; el mismo dolo o culpa; las mismas eximentes completas o incompletas sean o no causas de justificación, es decir causas que excluyen la acción, la antijuridicidad o la culpabilidad o que confirman la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad o concurren excusas absolutorias. (así el art. 650.1ª 4). Y siempre que todo se concrete en ese hecho productor del resultado, sea hecho natural o acto humano, es decir nudo, histórico en cuanto acontecido, pero desprovisto de toda calificación jurídica.

Desgajar el aspecto subjetivo y objetivo del hecho delictivo resulta complejo. De no ser así bastaría con calificar jurídicamente lo ya señalado de otra forma en el segundo proceso, para que no prosperara la excepción de litispendencia o cosa juzgada. Que ello es así parece no ofrecer dudas, pues la litispendencia (y cosa juzgada) pueden prosperar antes de presentarse (art. 667) el escrito las calificaciones jurídicas provisionales.

Según el momento procesal en que se encuentre el primer proceso, y aquél en que se proponga la litispendencia penal en el segundo, son posibles diversas situaciones que pueden justificar que la identidad pasiva subjetiva venga determinada no por esa calificación jurídica a que me referí en párrafos anteriores sino por concreciones fácticas subjetivas ajenas a toda calificación jurídica. En efecto, veámoslas:

- a) El proceso 1 que es el primer iniciado y el proceso 2 están en el mismo estadio procesal tras el auto de conclusión del sumario. El momento previo a la calificación (arts. 649 y ss.) pero todavía no se calificó y procede art. 666 plantear cuestiones previas (siempre que se admitiera plantear la excepción de litispendencia penal en el segundo proceso penal -lo que no permite el art. 666, por su carácter tasado, aunque de lege ferenda lo defendemos en una próxima reforma legal-). La narración de la excepción propuesta sería sólo fáctica y no jurídica. No así si es la cosa juzgada al existir una sentencia firme.
- b) El proceso 1 primero iniciado fue objeto de calificación provisional y está en fase de juicio oral o de impugnación de sentencia. El proceso 2, está para calificación jurídica pero todavía no se calificó y se propone litispendencia penal como cuestión previa. Aquí ya existe una calificación jurídica del primer proceso que no existe en el segundo, pero debe tenerse en cuenta, en su caso, de cara a determinar lo nudo, natural o histórico.

Determinar esa identidad subjetiva (y la objetiva) presupone una comparativa con el auto de conclusión del primero y su calificación jurídica para determinar la identidad subjetiva (y fáctica). En caso de que el proceso 2 iniciado más tarde esté más avanzado que el 1 y hubiera sido objeto de calificación provisional o definitiva, de proponerse la excepción de litispendencia en las sesiones del juicio del 2, y el 1 estuviera en trámite de calificación jurídica (arts. 649 y ss.) sin haberse efectuado, nada afecta a la solución anterior prevista en este párrafo (tener en cuenta la calificación jurídica del segundo proceso y ambos autos de conclusión para comprobar el hecho nudo, natural o histórico).

- c) Los procesos 1 y 2 ya fueron objeto de calificación jurídica provisional (arts. 649 y ss.) o incluso uno o ambos de calificación definitiva y se plantea en el juicio oral del proceso 2 la excepción de litispendencia o al impugnar sentencia. La comparación de esta identidad pasiva subjetiva se hará no sólo en términos fácticos si no jurídicos comparando tales autos de conclusión y las calificaciones provisionales o definitivas entre sí. Y con la fundamentación fáctica y jurídica resultante de la sentencia impugnada de la instancia respectiva (que no puede ser firme, pues si no sería el supuesto del art. 666.2, excepción de cosa juzgada) en términos comparativos. El aspecto subjetivo de la identidad nudo, natural o histórico parece resultar decisivo.

Cuando me refiero a la calificación jurídica me refiero tanto a las calificaciones provisionales como a las definitivas referidas a esa identidad pasiva subjetiva presentadas por la representación y defensa de las partes actoras que se hubieran constituido en el proceso penal formalmente como tales, cualquiera que fuera el momento en que lo hicieran, como a las presentadas por la representación y defensa de las partes pasivas. Escrito de calificaciones provisionales y definitivas en el proceso penal ordinario por delitos graves; o escrito de acusación y de defensa, en el proceso penal con diversas modalidades procedimentales en delitos de menos graves o leves.

Como señalé en el proceso penal es relevante la identidad pasiva subjetiva al ser la parte pasiva además de parte formal, material. Por ello le afecta la litispendencia penal y la cosa juzgada penal, como las excepciones penales de litispendencia penal y cosa juzgada. Sobre ella recae directamente el ius puniendi del Estado si es condenada de igual forma que sobre ella directamente recae la absolución si se declara su inocencia (o absolución por falta de prueba suficiente de cargo con base en la presunción de inocencia). La identidad subjetiva pasiva va ligada a la objetiva y es difícil su escisión (o es inescindible).

La identidad activa subjetiva es irrelevante en el proceso penal (a diferencia con el civil) a efectos de determinar la litispendencia penal, la cosa juzgada penal y sus respectivas excepciones. Ello es así porque la parte actora lo es sólo formal, no material, pues el ius puniendi es de titularidad exclusiva del

Estado (salvo en Estados que por su debilidad no pueden asumir esa función y se atribuye a la parte actora; es el caso de la justicia penal privada que se asemeja al proceso civil).

Sólo dispone la parte actora del derecho de acusar cuando el Estado se lo concede (varía según el régimen de procedibilidad ya sea exclusivo del MF, o del acusador privado; o lo comparte el MF con el acusador particular y popular). Aunque corresponda el "ius puniendi" en exclusiva al Estado, éste lo actúa y ejecuta a través de los órganos jurisdiccionales predeterminados para imponer la pena y después vigilar su cumplimiento (Jueces de Vigilancia Penitenciaria) según la ley penitenciaria.

Pero el hecho de que la parte actora no tenga carácter material (ni siquiera en los delitos privados) al no disponer del "ius puniendi" ello no le resta importancia. Sin legitimación material para actuar el "ius puniendi", sin afectarle por la identidad subjetiva de la litispendencia y de la cosa juzgada y sus excepciones dispone de una legitimación formal de persecución, de perseguibilidad para así actuar la acción procesal desde el plano meramente formal, en el estricto sentido de acceso a la jurisdicción y prosecución procesal (arts. 100 y ss. LECRIM y art. 24 CE) según el régimen de procedibilidad establecido al delito cometido, es decir público, semipúblico o privado.

Debe cumplir los presupuestos procesales (positivos o negativos, activos o pasivos, fácticos o subjetivos) y las condiciones de procedibilidad (activas o pasivas, positivas o negativas, fácticas o subjetivas) que son muy complejas y variadas entre sí por sus efectos.

La identidad de la víctima (constitúyase o no en parte procesal actora y en todo caso por ella el MF) suele ser decisiva en la determinación de la identidad del hecho histórico. Si A dispara contra B y es objeto de un primer proceso y se sabe que disparó también contra C (y no existe conexión para acumular ambas causas en el mismo sumario, abriéndose un segundo) no existirá litispendencia penal entre ambos procesos, ni procederán estas excepciones. Este supuesto, más que el plano subjetivo afecta al objetivo del hecho. Si A dispara contra B y al mes siguiente vuelve a hacerlo de nuevo

contra B tampoco proceden ambas excepciones de iniciarse dos procesos al ser otro hecho y por ello diferente.

B) Identidad objetiva: fáctica o natural del hecho histórico. Fáctica y jurídica del hecho histórico

En la excepción de litispendencia penal (o cosa juzgada penal) hay que comparar el hecho histórico de los dos procesos para comprobar que es idéntico o el mismo. Es decir, los hechos que resultan de sus sumarios, una vez concluidos y, en su caso, los referidos en las calificaciones provisionales del primer proceso -e incluso del segundo si se formularon-, art. 650.1º, 2º y 4º LECRIM de la parte actora o pasiva en el proceso de delitos graves; o del escrito de acusación y defensa del proceso de delitos menos graves o leves; o las definitivas del primero, art. 732 en concordancia con los arts. 734 a 738 LECRIM (ver los tres supuestos antes vistos). Comparativa, de los hechos que resulten del sumario en ambos procesos, y en su caso con las calificaciones provisionales o definitivas si se hubieran presentado, incluso con la sentencia todavía no firme de la primera instancia.

Comparativa que busca comprobar, demostrar, en suma, probar (arts. 668 y ss.) entrando en el fondo, que el hecho (acción, omisión o comisión por omisión) y el resultado (de esa acción, omisión o comisión por omisión) nudo, histórico o natural es el mismo en ambos procesos tal como aconteció, o es diferente para poderse estimar -o, por el contrario- desestimar la excepción de litispendencia penal (o de cosa juzgada penal).

La calificación jurídica (provisional o definitiva) de ese hecho y de su resultado es importante, arts. 649 y ss. pero no decisivo para probar la excepción de litispendencia o de cosa juzgada; será decisiva dicha calificación jurídica, en su caso, a efectos del contenido de la sentencia penal y en su caso de su congruencia o no, arts. 741, 742 y 743 LECRIM.

Pero esa comparativa no busca probar, pensando en la excepción de cosa juzgada aplicable por analogía a la litispendencia (arts. 668 a 674 LECRIM), los hechos tal como se cometieron y la persona que los comete, al ser ese el objeto de la prueba en el juicio oral (arts. 688 a 731 LECRIM). Así, según el

estado en que se encuentre el primer proceso, pudo o no haber acontecido la prueba penal, igual que del trámite del segundo proceso.

El objeto de su prueba es distinto. Basta demostrar que los hechos que resultan de ambos sumarios y las personas que en ellos participaron son los mismos o idénticos en ambos sumarios. Y en segundo lugar que esos "hechos y sus partícipes" prima facie, verosímilmente, en virtud de que del sumario resulta un principio de prueba que ocurrieron sin perjuicio de su ulterior prueba (de efectos plenos) en el juicio oral (a salvo de la prueba anticipada del sumario) y de que se concreten en las calificaciones (o escrito de acusación y defensa) provisionales y definitivas. Esta prueba de la excepción de litispendencia -identidad subjetiva pasiva y objetiva del hecho- tendría que tener igual objeto que si es para acordar un sobreseimiento libre, prosperar una cuestión previa o después coetánea planteada en el juicio oral.

Por esta razón si su objeto es el resultado de la comparativa de dos sumarios, parece lógico que verse la prueba sobre el hecho nudo, histórico o natural. Lo contrario desvirtuaría la excepción, pues bastaría en el segundo proceso con calificar, en la querrela, los mismos hechos de forma diferente para que su estimación fuera más compleja. Si en el segundo proceso penal el actor utiliza una calificación diferente de los autores y el hecho, la simple comparativa nuda, natural, e histórica determinará ese supuesto engaño, fraude procesal o de uso abusivo y ejercicio antisocial del proceso. Otra cosa sucede en el delito habitual, masa o permanente, que por su necesaria calificación jurídica obliga a entrar más en el fondo y no es suficiente con la comparativa señalada a efectos de su prueba. Ello no excluye que si se presentaron calificaciones provisionales o definitivas o exista sentencia todavía no firme ayude todo ello -en todo supuesto- a corroborar o no esas identidades.

V.gr. Pedro, con un cuchillo causa una herida a Jaime que tarda en curar 3 días. En el primer proceso se califica el hecho nudo como lesión leve; en el segundo ese mismo hecho de homicidio en grado de tentativa. Decisivo en esta excepción, para su triunfo, es que sea el mismo hecho y resultado (herida) y autor (Pedro). Identidad subjetiva y fáctica.

En un ejemplo de delito habitual o masa (varios hechos son una unidad delictiva) como señalé esto no sirve, pues pueden ser dos hechos históricos diferentes y pese a ello estar ante la misma excepción, porque la calificación jurídica pasa a ser la esencia del delito y de la propia excepción. O en el delito permanente, el mismo hecho puede originar que estemos ante un único delito o dos diferentes, no bastando tampoco la comparativa fáctica. La identidad o no de un mismo hecho, no es sólo nuda, natural o histórica, sino es además jurídica sea homogénea o heterogénea, o temporal según el momento de su comisión y el momento final en que se puede aducir o no el último hecho delictivo en el proceso según el principio de concentración; o si cada hecho susceptible de encuadrarse en una unidad delictiva fuera desconocido o posterior al momento de conclusión sumarial.

VI.- EFECTOS DE SU PROPOSICIÓN. NACE UN INCIDENTE PARA SU DETERMINACIÓN

Cualquiera que sea el momento en que se proponga la excepción de litispendencia penal (o cosa juzgada penal) como consecuencia nace un incidente cuyo objeto es determinar su existencia o no. Sobre su determinación me referí en el epígrafe V.

En cuanto al momento de su proposición, también al distinguir los delitos privados en que podría proponerse en el sumario. Y en los demás tras el acto de conclusión del sumario en la fase intermedia (o actuaciones equivalentes en los procesos penales por delitos menos graves) añadiéndose como un motivo (nuevo) de sobreseimiento libre (total) del segundo proceso (se refiere a este efecto el art. 675 LECRIM, asimilándolo con el sobreseimiento), aunque como dije no considero oportuno incluir las excepciones de litispendencia y cosa juzgada como motivo de sobreseimiento libre -en ese momento-.

Tras el auto de apertura del juicio oral, en todos los procesos penales, se debería admitir, como cuestión previa, expresamente para el segundo proceso penal iniciado en el tiempo, que las partes actoras y pasivas puedan proponer la excepción de litispendencia penal o que de oficio el órgano jurisdiccional competente (para dictar la sentencia) la decida. Y preverse en

el art. 666, dentro del motivo 2º, añadiéndola a la excepción de cosa juzgada penal. Igualmente, que se pueda proponer o decidir de oficio abiertas las sesiones del juicio oral, según el art. 678 se hubiera propuesto antes -o no- (así de desconocerse o no interesar proponerla antes). O al impugnar la sentencia de la instancia respectiva y en este caso a instancia de parte denunciarla.

No olvidemos que, en el proceso civil y con mayor razón de ser en el penal, la excepción de litispendencia opera como un presupuesto procesal negativo (que no exista un proceso penal igual anterior) y por lo tanto supone un óbice procesal positivo su existencia (debe ponerse fin). Si esto es así en el proceso civil donde la contienda es por intereses privados en general, con mayor razón debe serlo en el proceso penal por el interés público en juego. Los presupuestos procesales lo son sin perjuicio del fondo del asunto, son pues la esencia del propio proceso para que pueda hablarse de su existencia o inexistencia. De igual forma que las condiciones de procedibilidad no tienen necesariamente que formar parte de la esencia del proceso o su fondo, de igual forma que los óbices de procedibilidad.

Pero cualquiera que sea el momento en que se deduzca nace un incidente procesal para su determinación. Como cauce procesal de forma genérica puede servir el previsto en los arts. 666 y ss. con las puntualizaciones y observaciones que siguen a continuación.

Para las partes actoras y pasivas debe ser facultativo (forma parte también de su derecho de defensa, art. 24 CE) proponer o no dicha excepción de litispendencia penal (aun siendo un presupuesto procesal negativo del proceso penal la inexistencia de un proceso penal anterior y por tanto un óbice procesal positivo poner fin a su existencia) salvo para el Fiscal que debe estar obligado a su proposición, en cuanto defensor del interés público y la propia legalidad consagrada en la LECRIM.

Como señalé debe establecerse, además el deber (derivado de la jurisdicción, art. 117 CE, dentro de su función de juzgar) del órgano jurisdiccional (en cuanto director del proceso, siguiendo a la doctrina mayoritaria española que propone el modelo procesal alemán y austriaco para el proceso civil) de

estimarla de oficio (es un medio además de otorgar al justiciable -en este supuesto, por la jurisdicción, art. 117 CE- su derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE) si tiene conocimiento previo, repito de nuevo, el propio juez o tribunal, de que concurren sus presupuestos.

Con esta excepción se trata de evitar, además, la ulterior excepción de cosa juzgada penal, en el segundo proceso penal si la sentencia del primer proceso deviene en firme. O dos sentencias penales contradictorias si ambas se convierten en firmes. Y evitar la división o incontinencia de la causa es decir proteger su continencia en un único proceso penal.

El procedimiento de este incidente en general puede acomodarse a lo dispuesto en los arts 666 y ss. LECRIM que es casi común a los supuestos en que pueden proponerse las cuestiones previas tasadas. Si es en el juicio oral, el incidente paralizará las sesiones (y el órgano jurisdiccional determinará si es causa de interrupción, más apropiado, o de suspensión de éstas (arts. 744 y ss. LECRIM). Precisaré cubrir algunas lagunas en el mismo, en lo que no entraré por razones de extensión del trabajo. Así:

Plazo. Art. 667. Puede mantenerse. Abiertas las sesiones podría aducirse la excepción en cualquier momento y de forma oral para que se abra el incidente. Abierto podría ser el trámite escrito u oral. Aunque la fundamentación del escrito justificándola, y la documentación respectiva acompañada será escrita (arts. 668 y ss.)

Forma. Arts. 668 y ss. Se hará por escrito fundamentándola, al que se acompañarán los documentos justificativos de los hechos en que se funde, para su prueba; o si no los tiene en su poder designará el archivo o lugar donde están (juzgado y juez, o Sala y sección donde está la causa del primer proceso y número de la causa si se conoce) para que se reclamen vía internet o se autorice al juez o tribunal en que se planteó la litispendencia su examen, si es de la localidad. El escrito, documentos, copias se enviarán en la forma prevista en los actos de comunicación, al órgano, MF, procuradores de las partes. El Letrado de la Administración (secretario judicial), o los procuradores de las partes.

Contestación por las otras partes, conforme al art. 669, y envío de forma telemática y según el programa informático net justicia. Escrito, documentos que se acompañan como prueba si los tienen y si no que los reclame el juez y envío de todo ello a los procuradores de las partes o MF.

Entiendo que cualquiera que sea la excepción propuesta del art. 666, incluida la litispendencia, de recogerse, debe estar regido por el principio de concentración. El art. 667 establece un plazo preclusivo de 3 días para proponerla que comienza a correr desde la entrega de la causa, para calificar. Esto supone que si al primero que se entrega es al Fiscal (art. 651 LECRIM) y luego al resto de las partes actoras (art. 651) y pasivas (art. 652) éstas no podrán jugar con su libre albedrío proponiéndola dentro de esos tres días haciendo "interminable" la causa penal, con la excepción de litispendencia penal.

Si la propone el fiscal, las otras partes deberán contestar a ella conforme al arts. 669 y ss. acompañando la documentación sobre su procedencia o improcedencia. Lo que no pueden hacer (fraude procesal, uso abusivo del proceso penal para dilatarlo) es no contestar o contestar diciendo que es improcedente la excepción y una vez resuelta, de declararse improcedente, volver a plantearla, de nuevo, con base a otros motivos (la identidad penal subjetiva y objetiva o su falta es igual), en los tres primeros días de entregada la causa.

Resolución del juez o tribunal, arts. 670, 671, 672 sobre procedencia y reclamación de documentos que no están en poder del proponente. Son documentos judiciales del primer proceso. Parece que debería adoptar la forma de auto, aunque expresamente no se dice.

Prueba admisible. Conforme al art. 672. Documental o equivalente en soporte informático. Exclusión de la prueba testifical. Plazo, puede servir el del art. 673. Sigue la vista oral para informar sobre los escritos presentados y documentos. Resolución por auto. Serviría el art. 674. Y comunicación a las partes por cauce informático.

El recurso contra el auto procede según su contenido. Si estima la excepción cabe el recurso de apelación, sirviendo de base el art. 676. Si se

desestima, no cabe recurso, art. 676.2. En ambos casos el auto se comunica a las partes. Cabe reproducir la excepción de litispendencia, no estimada, proponiéndola de nuevo, arts. 676.2 y 678, abiertas las sesiones del juicio oral. Quizá fuese conveniente, en ese caso, concretar que se funde en hechos nuevos o que sin serlo sean desconocidos a las partes. Pues los hechos conocidos en que se fundaban (existiera identidad o no) ya fueron probados y objeto de decisión.

VII.- EFECTOS DE SU ESTIMACIÓN

No se regulan para la excepción de litispendencia penal al no preverla los arts. 666 y ss. y estar ante una laguna legal. Sí, fragmentariamente, en la excepción de cosa juzgada penal art. 675.2º LECRIM que establece como efecto el sobreseimiento libre (total) y que se ponga en libertad al procesado o procesados que no estén presos por otra causa. Entiendo que el art. 675.2 para la cosa juzgada se refiere al efecto excluyente o non bis in idem que no siempre será aplicable, en sentido estricto, a la excepción de litispendencia penal.

A) Acumulativo

Si los dos procesos están en curso, presupuesto de la excepción de litispendencia penal, han de estarlo después de dictado el auto de conclusión del sumario en los delitos sujetos a procedibilidad pública o semipública; por lo tanto, puede proponerse en el segundo proceso penal abierto el juicio oral (auto) antes de la apertura de las sesiones (art. 666) dentro de los tres primeros días para calificar o ya abiertas (art. 678), resulta que lo más lógico es para excluir el segundo proceso penal.

Sin embargo, como las investigaciones efectuadas en el sumario (piezas de convicción, documentos...) del segundo proceso pueden ser importantes para el descubrimiento de la verdad material a que tiende todo proceso penal (y no la simple verdad formal del proceso civil), entiendo que todo ese material debe remitirse al juez o tribunal del primer proceso iniciado para que se clasifique y una al mismo, sobre todo si está en fase de juicio oral y no finalizó la primera instancia por sentencia. A efectos de la prueba (art. 741)

puede ser importante, sobre todo si en el segundo proceso penal se hubiera practicado en el sumario la prueba anticipada referida a las partes pasivas y hechos por ellas cometidos.

Como si de una acumulación de actuaciones (así proceso civil) se tratara. Y si el primer proceso, más avanzado, estuviera en fase de juicio oral, puede acordarse según lo dicho su paralización (suspensión o interrupción a estos efectos, arts. 744 y ss.), aunque esto también podría suponer en casos extraordinarios un avance anormal, por ejemplo, sí en el segundo proceso más retrasado se acordó dicha prueba anticipada sobre ese objeto y por ello resulta innecesario practicarla en el juicio oral del primer proceso iniciado. Lo relevante es el primer proceso iniciado (sea el más avanzado o no) y en este se acumulan las actuaciones y piezas de convicción relevantes del otro.

Si el proceso primero más avanzado, estuviera en fase de impugnación a él se podrían remitir dichas actuaciones, aunque su valor sería diferente. Si el primer proceso iniciado, va más retrasado, que el segundo de igual forma se remitirán esas actuaciones, pero si en este no se dictó todavía el auto de conclusión del sumario, habría que paralizar el segundo hasta que se dicte. Entiendo que este efecto acumulativo es una garantía para las partes actoras y pasivas, para el órgano jurisdiccional, la propia Justicia, y la sociedad. Responde al fin de absolver al inocente y condenar al culpable. Y se basa en que las actuaciones sumariales judiciales realizadas en el segundo proceso y lo que resulte de las piezas de convicción y de todo el material recogido en éste pueden servir al primer proceso.

B) Excluyente

Por lo dicho, efecto acumulativo, al segundo proceso iniciado en el tiempo (menos o incluso más, avanzado que el primero), debe ponerse fin cuando el sujeto pasivo y el objeto es el mismo (identidad pasiva subjetiva y objetiva). Es decir, sin perjuicio del efecto acumulativo también se produce el negativo, excluyente, o non bis in idem caso de identidad subjetiva y objetiva (art. 675 LECRIM).

C) Prejudicial

O expansivo, positivo, parcial y vinculante. En el proceso penal, en este orden jurisdiccional, y como garantía del mismo (garantismo procesal conforme a la CE) en beneficio de las partes pasivas, arts. 24 CE y 117 CE (derecho a la tutela judicial efectiva y de la función jurisdiccional de juzgar) no se produce como en el proceso civil, laboral y contencioso administrativo el efecto prejudicial o positivo (en la excepción de litispendencia o cosa juzgada penal) en caso de falta total de identidad objetiva, pero prejudicial, con lo que no puede vincular una sentencia penal a otra por un mismo hecho. La excepción de litispendencia o cosa juzgada es total (identidad subjetiva y objetiva) y nunca parcial, prejudicial, positiva o vinculante porque dentro del orden penal no existe en caso de falta de identidad objetiva, objetos penales vinculantes o prejudiciales entre sí.

La persona condenada o absuelta por un hecho (delito) no puede ser condenada o absuelta de nuevo (non bis in idem) por el mismo hecho calificado como otro delito; Ni existe un hecho penal juzgado, prejudicial a otro no juzgado todavía. Otra cosa es la figura material o sustantiva penal como es el mero hecho de la reincidencia. Nada tiene que ver con ella, el efecto prejudicial, o expansivo que la sentencia penal pueda tener en otros órdenes y procesos jurisdiccionales vinculando la sentencia penal a las sentencias que se dicten en estos, según los arts. 3 y ss. LECRIM. Efecto prejudicial, de la sentencia penal firme con efectos de cosa juzgada material, en la sentencia civil, laboral o contenciosa.

Nada tiene que ver tampoco este efecto con el supuesto de los delitos conexos (crimen organizado), en que se busca que distintos hechos relacionados entre sí -dentro de una entidad delictiva- no sean objeto de sumarios o procesos penales diferentes (uno por cada hecho delictivo) y que se concentren desde el inicio del proceso penal en un único sumario (modificándose así la competencia penal objetiva y territorial por la competencia por conexión, indisponible, a todos los efectos) para evitar la continencia o división de la causa y así facilitar la investigación sumarial encomendada al mismo instructor o MF.

D) Impugnación

El auto definitivo que estime la excepción (litispendencia penal) sería recurrible, por analogía con el art. 676.3 (previsto para la excepción de cosa juzgada y otras excepciones que la admiten) en apelación. Se entiende efecto devolutivo con remisión de autos al superior (y suspensivo, pues nada hay que ejecutar). El objeto de la impugnación será la alegación de que no existe la identidad pasiva subjetiva y objetiva y por tanto que este proceso objeto de sobreseimiento libre (art. 675 LECRIM) debe proseguir y mantenerse en él las piezas de convicción, las actuaciones sumariales (documentadas) y las posteriores realizadas. El efecto suspensivo del recurso (viene a coincidir con el devolutivo al remitirse la causa al superior para nuevo examen comparativo de la identidad subjetiva pasiva y objetiva) con la del otro proceso.

VIII.- EFECTOS DE SU INADMISIÓN

Los arts. 676, 678 y 679 LECRIM aplicables a la excepción de cosa juzgada penal (o a las cuestiones previas referidas) lo serían por analogía a la excepción de litispendencia penal.

Así, según el art. 676.2, el auto definitivo que no estime justificada (desestima) la excepción de cosa juzgada (en nuestro caso la litispendencia penal, no prevista en la LECRIM) "declarará simplemente no haber lugar a su admisión". No se olvide que el art. 670 se refiere a la admisión o inadmisión a trámite del incidente en que se ventila esta excepción. Se pone, además, fin al incidente y ordena continuar la causa según su estado.

Según el art. 679: "siendo desestimadas las cuestiones propuestas, se comunicará nuevamente la causa por término de tres días a la parte que la hubiese alegado para el objeto previsto en el artículo 649". Es decir, el plazo de cinco días para calificar en este caso, de proponerse esta excepción que no prospera, pasa a ser de tres.

Si se propuso en el juicio oral, y no se acordó paralización de sesiones (interrupción o suspensión) se acuerda su reanudación (en la sesión fijada)

en donde se había quedado. Si se paralizó estar a la resolución que la alce. Si se propuso al impugnar la sentencia no existe problema, pues, el órgano decisor resolverá la excepción de litispendencia penal con la cuestión de fondo objeto de impugnación, en la sentencia penal del recurso.

Contra el auto definitivo que resuelve la excepción (por analogía litispendencia penal) desestimándola no procede recurso (art. 676.3), pero las partes pueden reproducirla en el juicio oral como medio de defensa (art. 678), salvo en el proceso penal de competencia del Jurado. En ambos casos se puede deducir al impugnar la sentencia definitiva dictada en la primera instancia (arts. 676.3 y 678). No se establece como límite si con base en los mismos hechos probados que no justificaron dicha identidad subjetiva u objetiva, o con base en otros hechos desconocidos o nuevos de reproducirse de nuevo como excepción de litispendencia penal la antes desestimada.

IX.- PROPUESTA DE REGULACIÓN

Suponiendo que la vigente y centenaria LECRIM de 1882 no pueda ser sustituida en breve por un nuevo texto legal, dada la fragmentación de las fuerzas políticas existentes en el Parlamento Nacional que impedirán la mayoría necesaria para su aprobación como Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal y partiendo que una laguna legal quizá pueda cubrirse con un “simple parche” o la buena e intencionada doctrina legal de la Sala 2ª del TS, mis propuestas en este punto parecen harto limitadas.

Entendemos que el momento para proponer la excepción de litispendencia debe ser el mismo que el previsto para la excepción de cosa juzgada cuando se trate de delitos sujetos a procedibilidad pública o semipública. Por tanto, serviría el trámite de los arts. 666 a 679 LECRIM con las puntualizaciones vistas, proponiendo la analogía de la cosa juzgada penal, en la medida posible, para cubrir esa laguna legal de la excepción de litispendencia penal. Pero también, podría propugnarse una reforma mínima consistente en que en el art. 666.2 se incluyan expresamente las palabras excepción de litispendencia penal para cubrir la laguna legal, junto a la ya mencionada de cosa juzgada penal.

Podría ser conveniente añadir un precepto más, el art. 679 bis LECRIM, que cubra otras lagunas y su aplicación parcial a las sesiones del juicio oral en caso de que se planteara en ellas. Así la paralización de estas, fuera suspensión o interrupción.

No se debe olvidar que el momento para conocer la identidad subjetiva y objetiva de la cosa juzgada es el mismo que el de la litispendencia por ser iguales sus presupuestos con la diferencia de que en la primera existe una sentencia firme; y en la segunda todavía no, es decir existe una o dos sentencias definitivas en cada uno de los procesos en curso o en ocasiones no existe sentencia alguna, bastando dos autos de conclusión sumarial.

En los delitos privados, admitida la querrela del segundo proceso y conocida la procedencia de la excepción de litispendencia, desde el inicio del sumario por la documentación que se acompaña a la querrela (como en el proceso civil) puede plantearse esta excepción y la de cosa juzgada. Y así podría advertirse tras la reforma de la LECRIM.

No estaría de más que en la futura reforma o en el nuevo texto legal, el legislador dedicara unos preceptos en el lugar oportuno a definir y señalar el momento y efectos que produce la litispendencia penal. Así lo hizo el legislador del proceso civil (arts. 410 a 413 LEC).

X.- CONCLUSIONES

PRIMERA. Hacer un trabajo sobre una laguna legal resulta arduo, difícil y complejo. No ayuda al caso la doctrina procesal, la jurisprudencia menor, la doctrina legal del TS. Pero se intenta, se inicia y al final se logra en mayor o menor medida. Prueba de ello es el resultado, mejor o peor, de este trabajo. Ni la litispendencia penal, ni su efecto especial consistente en la excepción de litispendencia han sido objeto de suficiente tratamiento doctrinal pese a su interrelación, a diferencia con lo que sucede en el proceso civil.

El tratamiento doctrinal de la cosa juzgada penal y de la excepción de cosa juzgada penal a la que he recurrido con frecuencia en este trabajo,

tampoco es la solución analógica integral al ser figuras diferentes la excepción de litispendencia y cosa juzgada penal.

SEGUNDA. He asumido este reto sobre una laguna legal siendo consciente que quedan cuestiones en el tintero que otros, más doctos que yo, cubrirán de forma más o menos original y completa, al menos, cuando vea la “luz” la ansiada nueva LECRIM.

Sé de antemano que mis propuestas no tienen por qué ser compartidas por el acervo común procesalista y esto es lo bueno y lo malo de toda investigación. Para algunos, ciertas propuestas del trabajo pueden ser interesantes o al menos aceptables, aunque no sean las más adecuadas. Para otros, tendrán poco valor o serán inaceptables. Repito, en ambos casos, reside el valor de la investigación y de la Universidad principal foco donde hoy en día se desarrolla la actividad investigadora la cual siempre debería estar destinada a lograr “un mundo” mejor o al menos mejorable sobre todo a los que soportan sobre sus “carne” la actividad jurisdiccional: su personal sea o no el estrictamente jurisdiccional, los abogados y procuradores de las partes y sobre todo las propias partes actoras víctimas o no del delito. O la que siendo pasiva fue absuelta de ser inocente.

TERCERA. Este trabajo, fuera de sus luces y sombras, está dedicado como homenaje al brillante procesalista y publicista Profesor Dr. D. José de los Santos Martín Ostos, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, con motivo de su jubilación. Con él me une un profundo y grato recuerdo de otros tiempos, ya pasados, compartidos con él y mi Maestro José Almagro Nosete. Llevábamos tiempo sin vernos lo que aprovecharé en el acto previsto, para compartirlos de nuevo.

Permítame que termine este trabajo con un: “VA POR USTED, MAESTRO”.

JUSTICIA CAUTELAR Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: CONDICIONES DE APLICACIÓN

Cristina Alonso Salgado

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
(Universidad de Santiago de Compostela. España)

I.- CONSIDERACIONES INICIALES

Ríos de tinta se han vertido sobre el binomio Justicia cautelar-tutela judicial efectiva en el orden contencioso-administrativo. La aprobación de la Constitución ha significado, sin duda, un auténtico punto de inflexión en la materia.

Sin embargo, lejos de lo que inicialmente pudiera parecer, el tema presenta aún hoy dificultades en absoluto desdeñables. Es más, si bien se piensa, la conocida lentitud de nuestro actual sistema de Justicia no ha hecho sino alimentar el debate sobre el sistema de Justicia cautelar y videnciar la urgencia de arrojar luz sobre los interrogantes. Y ello, más aún, con respecto al contencioso-administrativo, toda vez que cuenta con especificidades propias derivadas, fundamentalmente, de la ejecutoriedad de las disposiciones y actos derivada de la prerrogativa de autotutela administrativa.

En efecto, como es sabido, “(...) en nuestro sistema jurídico, la Administración Pública viene gozando del privilegio de que sus actos sean inmediatamente ejecutivos, de manera que esa ejecutoriedad determina que los actos que dicta obliguen a su inmediato cumplimiento, a la vez que la omisión de ese cumplimiento pueda ser suplido por diversos medios de ejecución forzosa. Estamos, pues, ante el privilegio de autotutela, sea declarativa o ejecutiva, que opera con independencia de que el acto haya alcanzado firmeza”¹.

En relación a la prerrogativa, se hace preciso subrayar dos apuntes de interés: uno relativo a la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva; y otro a la referida lentitud de nuestra Justicia contencioso-administrativa². En cuanto al primero de ellos, conviene comenzar recordando la evidente constitucionalidad del privilegio de autotutela que enraíza con el principio de eficacia previsto en el artículo 103 de nuestra Carta Magna.

Aclarado este extremo, no quiere ello decir que su ejercicio no sea susceptible de incidir, en determinados supuestos, cuando el acto administrativo hubiera sido recurrido en vía jurisdiccional, en la efectividad de la tutela judicial. Al respecto de esta interacción, nuestro máximo intérprete constitucional ha estimado que sólo es posible satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva permitiendo que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un órgano jurisdiccional que, con toda la información y contradicción necesarias, resuelva sobre la medida cautelar. Justamente, en este sentido, destaca el Fundamento Jurídico 3º de la STC (Pleno) 238/1992, de 17 de diciembre que: “(...) esa ejecutividad, manifestación de autotutela administrativa, no pugna, en sí misma, con regla o principio alguno de la Constitución, que ha configurado a la Administración Pública como institución al servicio de los intereses generales, y cuya actuación ha de quedar informada, entre otros principios, por el de eficacia”; “(...) en términos generales y abstractos, no parece que necesariamente esa regla de la ejecutoriedad de

¹ F. J. 2º del ATC (Sala 1ª) 930/1988, de 20 de julio.

² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en MONTORO CHINER, María Jesús (Coord), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 935 y ss.

los actos administrativos (...) resulte incompatible o inconciliable con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, ya que, como este Tribunal Constitucional ha declarado en alguna ocasión, «el derecho a la tutela se satisface (...), facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal (...)»³.

La Justicia cautelar resulta, por tanto, esencial para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que la ejecutividad de los actos administrativos puede acabar por imposibilitar la finalidad legítima del recurso⁴. En otras palabras: *“La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irremediadamente la decisión final del proceso causando una real indefensión”⁵.*

Se hacía alusión con anterioridad, a la lentitud de nuestros órganos jurisdiccionales como apunte a considerar en la materia. Pues bien, con el hilo en lo acabado de indicar, ni que decir tiene que las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva requieren –máxime a la luz de la referida lentitud–, que el control *supra* señalado se anticipe al enjuiciamiento del fondo del asunto⁶.

³ F. J. 2º del ATC (Sala 1ª) 930/1988, de 20 de julio.

⁴ “(...) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso”, en F. D. 6º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de junio de 2006.

⁵ F. J. 3º de la STC (Sala 2ª) 78/1996, de 20 de mayo.

⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa”, en MONTORO CHINER, María Jesús (Coord), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, pp. 936 y ss.

Sin duda, la demora de nuestros órganos jurisdiccionales provoca unos costes de envergadura; más aún si se repara en el tipo de prerrogativas y máxime cuando, incluso, en no pocas ocasiones se favorece la dilación para diferir el cumplimiento de una previsible resolución judicial o para conseguir una ventaja económica injusta que no se ve contrarrestada por los intereses legales que, según el artículo 576.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentran condicionados y limitados en el caso de la Administración Pública. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas Thomson Reuters, Cizur

Y es que, como subraya GIL IBÁÑEZ, si con base en el artículo 117.3 de la Constitución, la potestad jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, a decir verdad, *“(…) esas funciones no se cumplen instantáneamente, sino que se requiere la previa tramitación de un proceso cuya misma existencia, al margen de su mayor o menor duración, puede ocasionar dificultades para la efectividad de la sentencia que se dicte. A evitar ese resultado y, principalmente, para asegurar que la sentencia sea plenamente efectiva se encaminan las medidas cautelares”*⁷.

Así pues, no hay tutela judicial sin una tutela cautelar que asegure la efectiva viabilidad de la eventual resolución definitiva del proceso porque, sin duda, más allá de lo tautológico de la afirmación, la Justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Es más: comoquiera que *“Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva (...) la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario”*⁸.

Por último, cabe traer aquí el análisis que, a modo de recapitulación panorámica, efectúa el F. J. 3º de la STC (Sala 2ª) 78/1996, de 20 de mayo, cuando destaca que el privilegio de autotutela de la Administración Pública no sólo no es contrario a la Constitución, sino que tampoco puede considerarse como incompatible –al menos, de manera general–, con su artículo 24.1. Con todo, debe notarse que *“«(...) de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la Ley señala. Mas «la efectividad de la tutela judicial respecto de derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar medidas adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso» (STC 14/1992), evitando un daño irremediable de los mismos. «Es más, la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106.1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter*

Menor (Navarra), 2017, p. 675.

⁷ GIL IBÁÑEZ, José Luís, Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (una visión práctica), Colex, Madrid, 2001, p. 11.

⁸ Exposición de Motivos de la LJCA.

inmediatamente ejecutivo de sus actos» (STC 238/1992), doctrina conforme con la de la Sentencia 148/1993 antes citada. La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irremediabilmente la decisión final del proceso causando una real indefensión (...) «El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal (...) Si, pues, hemos declarado que la tutela se satisface así, es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no pueda impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en Juez. Los obstáculos insalvables a esta fiscalización lesionan, por tanto, el derecho a la tutela judicial (...) «Por ello hemos declarado la inconstitucionalidad de las normas que impiden radicalmente suspender la ejecutividad de las decisiones de la Administración (SSTC 238/1992 y 115/1987, fundamento jurídico 4.º), que los defectos o errores cometidos en incidentes cautelares del procedimiento son relevantes desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE si imposibilitan la efectividad de la tutela judicial, implican la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o prejuzgan irremediabilmente la decisión firme del proceso (STC 237/1991) (...)"

II.- CONCEPTO Y NOTAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con la regulación que de las medidas cautelares efectúa el Capítulo II del Título VI⁹ de la de la Ley 29/1998, de 13 julio, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA)¹⁰, es posible

⁹ Que se refiere a las disposiciones comunes a los Título IV y Título V.

¹⁰ Más allá de la supletoriedad de la LEC, es esta regulación prevista en los artículos 129 a 136 LJCA la que, *lato sensu*, a excepción de determinadas especificidades en relación al recurso especial en garantía de la unidad de mercado y en materia tributaria, resulta de aplicación en materia de medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo.

La sobriedad de la regulación es tan sumamente manifiesta que, ya antes de su aprobación cabía anticipar las dificultades que el tiempo más tarde acabó por confirmar. Por ello, *“La novedad que supone la regulación de los artículos 129 y 136 de la Ley 29/1998 es, por tanto, una novedad relativa (...) si se tiene en cuenta la auténtica revolución que en materia de medidas cautelares habían protagonizado hasta la fecha nuestros Tribunales (...)”*, CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *“La tutela cautelar”*, en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la*

conceptualizarlas sin mayor oposición, como medidas provisionales que, dada su naturaleza incidental, pueden ser solicitadas, por lo general, en cualquier estado del proceso y que adopta el órgano jurisdiccional para garantizar la efectividad de la sentencia. Son medidas que, ciertamente, buscan asegurar la eficacia de la futura resolución judicial con la que se ponga fin al proceso, y que, como se acaba de explicar, forman parte del denominado derecho a la tutela cautelar que es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva¹¹.

Con base en lo acabado de indicar, es posible colegir algunas de las principales notas distintivas que caracterizan a las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. En este sentido, de manera casi intuitiva cabe advertir una naturaleza que, aun cuando evidente, no debe dejar de ser subrayada: se trata de medidas de naturaleza jurisdiccional que, conectadas con el proceso principal, cuentan con entidad propia¹²; medidas provisionales que se orientan desde una óptica instrumental para, sin entrar a prejuzgar la cuestión de fondo, garantizar la efectividad de la sentencia. Esa nota de provisionalidad alude a su naturaleza no definitiva: se adoptan al servicio de un proceso principal y, en buena lógica son, en efecto, “(...) *meramente provisionales, ya que su permanencia depende del pleito al que sirven. La vocación de las medidas cautelares es, pues, la provisionalidad. Nacen para regir durante un tiempo limitado, por más que pueda ser indeterminado, y no para convertirse en definitivas*”¹³.

Justamente por esto, las medidas cautelares deben ser levantadas una vez finalizado el proceso o desaparecidos los presupuestos que fundamentaron su aprobación. Siendo ello así, forma parte de lo propio destacar la variabilidad de las medidas cautelares¹⁴, en tanto que su alzamiento depende

Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 594.

¹¹ RUÍZ RISUEÑO, Francisco, *El proceso Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 521.

¹² GIL IBÁÑEZ, José Luís, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (una visión práctica)*, Colex, Madrid, 2001, pp. 13-14.

¹³ GIL IBÁÑEZ, José Luís, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (una visión práctica)*, Colex, Madrid, 2001, pp. 14-15.

de los referidos presupuestos de adopción. En suma, las medidas podrán ser modificadas si se producen cambios en el estado de los hechos en relación a los cuales la medida fue adoptada¹⁴.

III.- CONDICIONES DE APLICACIÓN

1. Ejercicio de valoración y *periculum in mora*

A la vista de cuanto se viene de señalar, las condiciones de aplicación de las medidas cautelares resultan absolutamente fundamentales no sólo para su adopción, sino también para justificar su mantenimiento o su alzamiento.

Al respecto establece el artículo 130.1 de la LJCA que, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso¹⁵. Lo indicado en este primer apartado no es sino la positivación estructurada del conocido *periculum in mora*¹⁶: sólo podrán adoptarse, cuando, tras la preceptiva ponderación, la ejecución sea susceptible de frustrar el propio *leitmotiv* del recurso. Se pretende con ello "(...) evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el art. 24.1 C.E.) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento"¹⁷. En buena lógica, de igual modo "(...) la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue (...)"¹⁸.

¹⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa", en MONTORO CHINER, María Jesús (Coord), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 937.

¹⁵ Artículo 130.1 LJCA.

¹⁶ Al respecto, SALA ATIENZA, Pascual y CADENAS GARCÍA, María Isabel, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 102 y ss.

¹⁷ F. J. 3º de la STC (Pleno) 238/1992, de 17 de diciembre.

¹⁸ F. J. 6º de la sentencia del Tribunal Constitucional número 148/1993, de 29 de abril.

Ello no obstante, la medida cautelar podrá ser denegada cuando de la misma pudiera seguirse una perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal, evidentemente, deberá ponderar en forma circunstanciada¹⁹.

Así pues, en línea con lo *supra* referido sobre el privilegio de autotutela y el principio de eficacia del artículo 103 de la Constitución, su adopción exige no sólo que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición sea susceptible de frustrar la finalidad legítima del recurso, sino también que se articule sobre una ponderación debidamente motivada de los intereses que convergen en el conflicto²⁰.

El ejercicio de ponderación implica una reflexión evaluativa en relación a la tradicional referencia a los *“daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”*²¹. Sin perjuicio de que la valoración económica sea, probablemente, el criterio más utilizado por la jurisprudencia al respecto, debe tenerse presente que *“(…) la reparabilidad del daño no se erige en único criterio a ponderar cuando de suspender la ejecución de la actuación administrativa se trata (...)”*²². Habrá que estar pues, a otras consideraciones. GONZÁLEZ PÉREZ destaca que *“A tal efecto, debe considerarse que existe dificultad en la reparación en los supuestos siguientes: -Que la evaluación ofrezca grandes dificultades. Aun cuando sea posible, si es difícil, se dará el supuesto previsto para suspender. -Que resulte imposible o difícil para el demandante la ejecución, en cuyo caso «es preciso que se aporte algún elemento probatorio que definiendo la situación económica del recurrente permita ponderar la relación entre el importe de la suma cuyo pago reclama la Administración y las posibilidades económicas del administrado» (...) Por lo que procede la suspensión cuando está demostrado que la entidad recurrente «al no disponer de recursos financieros propios y*

¹⁹ Artículo 130.2 de la LJCA.

Nótese que la literalidad de la disposición resulta diáfana: será precisa que la perturbación sea grave. *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2011, BIB 2011\5448.

²⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2011, BIB 2011\5448.

²¹ Véase el artículo 122.2 de la derogada Ley de 1956.

²² F. D. 3º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 10 de diciembre de 2001.

dinero disponible le puede ocasionar perjuicios de imposible reparación (...)».
-Que, aun no ofreciéndolas, sea mucho más gravosa la reparación que la no ejecución.
-Que sea presumible la insolvencia de la entidad que, en su día, deba indemnizar.
-Que resulte muy difícil recuperar las cantidades que hubiese que pagar a particulares en ejecución del acto (...)"²³.

2. *Fumus boni iuris*

Comoquiera que la tutela cautelar encuentra su principal fundamento, que no único ni exclusivo, en salvaguardar el efecto útil de la resolución con la que finalice el proceso, con certeza, los intereses presentes deben ser evaluados tras el visor de las particularidades del específico supuesto. En esencia, ello exige que no se desatienda el criterio de la solidez jurídica que a primera vista muestra la pretensión de quien solicita la medida, justamente, porque el análisis no puede dejar de observarse dentro del marco del proceso judicial en cuestión²⁴.

El denominado "*fumus boni iuris*" o apariencia de buen derecho²⁵ exige que el derecho sobre el que se pretende la cognición cautelar aparezca como altamente probable, esto es, con una probabilidad cualificada²⁶. En otras palabras: este criterio evalúa, *prima facie*, la pretensión deducida en el recurso para anticipar su eventual buena acogida sin necesidad de profundizar en la preceptiva tramitación y, evidentemente, sin prejuzgar el fondo de la cuestión²⁷. Y es que "*Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones*

²³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2011, BIB 2011/5448.

²⁴ F. D. 4º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 18 de noviembre de 2003.

²⁵ MOZO SEOANE, Antonio, *Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Reus, Madrid, 2017, p. 175.

Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto, "Medidas cautelares", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 888 y ss.

²⁶ F. D. 4º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 23 de marzo de 2010.

²⁷ MARTÍN VALDIVIA, Salvador María, *La jurisdicción contenciosa: análisis práctico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 347.

*que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (fumus boni iuris) (...)*²⁸.

Siendo ello así, no se debe negar que algunos aspectos en relación al “*fumus boni iuris*” no han resultado del todo pacíficos. Conviene traer a colación la problemática derivada de su falta de regulación expresa en la LJCA²⁹. Ciertamente es que “(...) *la consideración del «fumus boni iuris» en el proceso contencioso-administrativo se ha ido introduciendo en la jurisprudencia a partir del año 1990 (...) El Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 inaugura en nuestro Derecho (siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en el asunto Factortame) una nueva corriente jurisprudencial (...)*”³⁰. Con todo, como es conocido, la admisión de la apariencia de buen derecho por parte del Tribunal Supremo se estructura sobre la idea de una aplicación prudente y matizada³¹. Nótese al respecto, lo dispuesto en el F. D. 4º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 14 diciembre de 2015, de acuerdo con el que: “(...) *en la actualidad, la juris-*

²⁸ F. J. 5º de la STC (Sala 2ª) 148/1993, de 29 de abril.

En esta línea cabe subrayar el F. D. 4º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 28 de abril de 1999. En parecido sentido se pronuncia el F. D. 2º del auto de la sección quinta de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990. Cabe igualmente destacar el F. D. 2º del auto de la sección quinta de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de abril de 1991.

²⁹ Sobre su regulación expresa, véase JIMÉNEZ PLAZA, Carmen, *El fumus boni iuris: un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid, 2005, p. 78 y ss.

³⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en MONTORO CHINER, María Jesús (Coord), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 939.

Tal y como señala el F. D. 4º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 14 diciembre de 2015: “*La LJCA, en efecto, suprime todo apoyo normativo al criterio de fumus boni iuris, cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que «la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran» (art. 124.2 Proyecto LJCA)*”.

³¹ De una aplicación prudente habla el F. D. 4º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 30 de marzo de 2009.

*prudencia del Tribunal Supremo admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda*³².

En definitiva, *prima facie*, son varios los elementos fundamentales que, a modo de condiciones para la adopción de las medidas cautelares, deben ser destacados. *“Como aportación jurisprudencial al sistema que se expone, debe dejarse constancia de que la conjugación de los dos criterios legales de precedente cita (periculum in mora y ponderación de intereses³³) debe llevarse a cabo sin prejuzgar el fondo del litigio, ya que, por lo general, en la pieza separada de medidas cautelares se carece todavía de los elementos bastantes para llevar a cabo esa clase de enjuiciamiento, y porque, además, se produciría el efecto indeseable de que, por amparar el derecho a la tutela judicial efectiva cautelar, se vulneraría otro derecho, también fundamental e igualmente recogido en el artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba (...) Como segunda aportación jurisprudencial –y no obstante la ausencia de soporte normativo expreso en los preceptos de referencia– sigue contando con singular relevancia la doctrina*

³² Y sigue señalando: *“En efecto, nuestra jurisprudencia advierte frente a los riesgos de prejuzgo (Dogma vom Vorwegnahmeverbot en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito»”.*

³³ No se insistirá lo suficiente: es preciso efectuar una ponderación adecuada de los intereses en conflicto. *Vid.* MARTÍN VALDIVIA, Salvador María, *La jurisdicción contenciosa: análisis práctico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 345-346.

de la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris), la cual permite (1) en un marco de provisionalidad, (2) dentro del limitado ámbito de la pieza de medidas cautelares, y (3) sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, proceder a valorar la solidez de los fundamentos jurídicos de la pretensión, si quiera a los meros fines de la tutela cautelar”³⁴.

BIBLIOGRAFÍA

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “La tutela cautelar”, en LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

GIL IBÁÑEZ, José Luís, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (una visión práctica)*, Colex, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Editorial Aranzadi, 2011, BIB 2011\5448.

JIMÉNEZ PLAZA, Carmen, *El fumus boni iuris: un análisis jurisprudencial*, Iustel, Madrid, 2005.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador María, *La jurisdicción contenciosa: análisis práctico*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

MOZO SEOANE, Antonio, *Manual de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Reus, Madrid, 2017.

³⁴ F. J. 5º de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 21 de junio de 2006.

Sobre la pluralidad de intereses véase: RODRÍGUEZ PONTÓN, J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999.

- PALOMAR OLMEDA, Alberto, "Medidas cautelares", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Recursos, Ejecución de Sentencias y Disposiciones Comunes*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- RODRÍGUEZ PONTÓN, J., *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Las medidas cautelares en la Ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa", en MONTORO CHINER, María Jesús (Coord), *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.
- RUÍZ RISUEÑO, Francisco, *El proceso Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- SALA ATIENZA, Pascual y CADENAS GARCÍA, María Isabel, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

ALTERNANCIA POLÍTICA Y COMBATE A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN MÉXICO

Elia Edith Argüelles Barrientos¹

Profesora investigadora de la Facultad de Derecho
(Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México)

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto reflejar las experiencias del gobierno mexicano en torno a la lucha contra la criminalidad organizada en tres sexenios presidenciales y en cuyo período de tiempo se ha presentado la alternancia política. Se analizan las estrategias de Seguridad Pública encaminadas al combate del crimen organizado en el país entre 2006 al 2019.

Primeramente se estudia el sexenio del presidente Felipe Calderón Hinojosa que marcó un parteaguas en el tema al comenzar la llamada Guerra contra el crimen organizado, posteriormente se analiza la gestión del presidente Enrique Peña Nieto en donde las estrategias no contuvieron la violencia en el país y finalmente se explora las estrategias emprendidas en los primeros meses del actual sexenio, encabezado por Andrés Manuel López Obrador cuya estrategia ha sido la instauración de una policía militarizada en la figura de la Guardia Nacional.

Seguido se realiza una reflexión en torno a los aspectos políticos e ideológicos que intervinieron en la conformación de las políticas de los tres gobiernos, así como el impacto en sus resultados.

¹ Doctora de la Facultad de Derecho “Abogado Ponciano Arriaga Leija”.

II.- LA ALTERNANCIA POLÍTICA EN LA PRESIDENCIA MEXICANA

En México se reconoce la democracia en el ejercicio de la vida política a partir de las elecciones del año 2000 en que por primera vez en 70 años un partido ajeno al Revolucionario Institucional llegó a la presidencia de la República. La alternancia política tanto en la presidencia como en los gobiernos subnacionales y locales, así como en la organización legislativa, que caracteriza la realidad nacional actual, representó una conquista de muchos años previos que comenzaron a rendir frutos en la década de los 90's.

De entre las primeras gubernaturas en alcanzar esta transición se encuentran las de los estados de Baja California donde en 1989 llega el Partido Acción Nacional, en el estado de Guanajuato en donde ese mismo partido llega en 1991, en Jalisco también Acción Nacional gana las elecciones subnacionales en 1995, al igual que en Querétaro desde 1997 y Morelos en 2000, mientras que el Partido de la Revolución Democrática gana las elecciones en el Distrito Federal desde 1997 y en Baja California Sur desde 1999 (Soto, 2012).

En el congreso federal también por primera ocasión en 1997 el partido del presidente no alcanzó la mayoría en el legislativo en las elecciones intermedias, lo que inició una nueva etapa en la vida política en la relación entre Ejecutivo y Legislativo. No fue sino en 1997 cuando las coaliciones se hicieron necesarias para aprobar leyes ordinarias (Casar, 2008).

Las implicaciones en la vía política del país llevaron a impactos en las políticas públicas, algunos con balances positivos y otros negativos, como en el terreno de la Seguridad Pública. A la par de la alternancia, confluyeron condiciones en el país que permitieron un incremento exponencial de la violencia. En el primer sexenio de la alternancia, Vicente Fox realizó cambios importantes en la gestión de la seguridad descentralizándola de la Secretaría de Gobernación, y creando la Secretaría de Seguridad Pública, que dio origen a las secretarías en los estados. Desde el período foxista fue notorio el inicio del proceso de militarización del país que posteriormente su sucesor, formalizaría con la llamada Guerra contra el Narcotráfico.

Esto no quiere decir que la alternancia haya detonado la violencia, pero sí que en estos períodos se han presentado múltiples variables sociales, económicas y culturales, que han permitido en el marco de ese contexto político la lamentable transformación de México en el terreno de la inseguridad y la violencia.

III.- EL SEXENIO DE FELIPE CALDERÓN HINOJOSA: EL INICIO DE LA GUERRA CONTRA EL NARCOTRÁFICO

El sexenio del presente Felipe Calderón Hinojosa representa el momento en que se destapa y se incrementa exponencialmente el fenómeno de la criminalidad organizada en México, si bien el fenómeno estuvo presente desde muchas décadas atrás, no fue hasta este período que comienza a visualizarse a la seguridad como el principal problema público en el país.

Calderón Hinojosa toma posesión como mandatario de la nación en un contexto de cuestionamiento importante por una parte de la sociedad civil, en un México inconforme con los resultados de las elecciones del 2 de julio 2006. Es de recordar que los resultados de la votación quedaron muy parejos con respecto de su contrincante más cercano, Andrés Manuel López Obrador, por lo que ha sido considerada la elección más reñida de la historia política del país, pero también estuvo cargada de cuestionamientos en cuanto a su legitimidad.

A tan solo días de haber tomado posesión como presidente, Calderón lanza la tan llamada de Guerra contra el Narcotráfico que favorece a un proceso de militarización en el país, estrategia cuestionada por los principales sectores del país, incorporándose de manera institucional el Ejército a labores encaminada a la competencia de la policía nacional.

En este sexenio, podemos recordar que el impacto de atacar a los principales carteles de la droga ocasionó un efecto contrario, es decir, *efecto cucaracha*, en donde al atacar a las principales cabezas de los carteles, se dispersan sus integrantes y se crean nuevas células.

En este período, la narcocultura se expandió entre la sociedad, los giros de la delincuencia organizada se diversificaron, cambiaron sus códigos, dado

que anteriormente solo se relacionaban entre dichos grupos por el control de sus territorios, pero se pasó a una transición en donde el impacto fue directamente a la sociedad.

El incremento de la inseguridad de los delitos de alto impacto de los giros negros controlados por la mafia ocasionó que al termino del sexenio de Calderón, se arrojó un saldo de más de 100 mil muertes en ese periodo.

Comenzaron a presentarse fenómenos como la aparición de narcomantas, derivado del ajuste de cuentas entre carteles se empezó a normalizar la aparición de cuerpos colgados y desmembrados en la vía pública, el incremento en delitos de alto impacto y la proliferación de giros relacionado con la trata de personas.

IV.- EL SEXENIO DEL PRESIDENTE ENRIQUE PEÑA NIETO: LA CONTINUACIÓN DE LA GUERRA

El retorno del Partido Revolucionario Institucional al poder se presentó en 2012 con la figura de Enrique Peña Nieto, después de que en 2000 se alcanzara la alternancia política con el triunfo de la oposición conservadora en la figura del presidente Vicente Fox Quesada marcando un parteaguas en la vida política del país.

El incremento de la inseguridad en los sexenios de derecha en el país, fue uno de los incentivos, sino que el más importante para que el electorado volviera a dar su voto de confianza al partido que con tanto hartazgo sacó de la presidencia en 2000 y en 1997 del congreso federal, por haber representado 70 años de dictadura política disfrazado de democracia representativa en la que si bien había comicios electorales el control único lo tenía el partido. En la población se mantuvo el imaginario de que en tiempos priísta si bien había problemas, y corrupción, la seguridad no era por lo menos aparentemente uno de éstos.

Como parte de una evaluación general de la política de combate a la Criminalidad organizada de Enrique Peña Nieto podemos señalar que se distinguió por volver más sutil su discurso y menos frontal como distinguió a

Felipe Calderón. El proyecto que distinguió fue la realización de un grupo élite dentro de la Policía Federal, denominado Gendamería con la intención promover un enfoque de proximidad social de la policía nacional, proyecto que si bien se promovió e implementó durante los primeros años del sexenio fue evidente que al final de mismo los resultados no eran tan contundente. De igual forma continuó con la militarización en el país.

En el caso de los resultados de las estrategias, se concluye de manera general que los niveles y eventos de violencia en el país, en vez de contenerse, fueron en aumento, añadiéndose a los fenómenos la aparición de narcofosas y el incremento de los feminicidios, aunado que el gobierno peñista quedó marcado con la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa.

V.- EL SEXENIO DEL PRESIDENTE ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR: LA ESPERANZA DE MÉXICO

Interesante resulta observar el escenario político de México en donde en los últimos tres periodos presidenciales han estado presentes presidentes de diferentes partidos políticos correspondientes a diferentes posturas ideológicas.

Andrés Manuel López Obrador en 2006 perdió las elecciones, pero durante doce años encabezó el principal movimiento de oposición en el país durante los gobiernos de Calderón Hinojosa y Peña Nieto, lo que lo llevó a crear el partido político Morena derivado del Movimiento Regeneración Nacional con el que gana las elecciones en 2018.

Además de que la bandera política del ahora presidente durante campaña fue la de combatir la corrupción, promesa con la que continuó en los primeros meses de su gobierno, la esperanza de la población de un cambio verdadero, se manifestó en dar su voto de confianza a un nuevo grupo político, esperando que también las condiciones de seguridad pudieran verse beneficiadas.

Es así como el proyecto de AMLO para combatir la inseguridad en México radicó en la creación de la denominada Guardia Nacional, que implicó

la desaparición paulatina de la Policía Federal. La conformación la Guardia Nacional desde su proyecto de campaña trajo consigo controversias porque desde que la iniciativa de ley fue llevada a la Cámara de Diputados y al Senado, se contraponía las propuestas de ser una policía ciudadana con instrucción militar.

El balance en la política de seguridad en los primeros meses del sexenio morenistas, empezó con cuestionamiento, ya que durante el primer sexenio de gobierno se alcanzó un repunte de histórico en el número de homicidios desde el inicio de la Guerra contra el narcotráfico.

VI.- LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LA ALTERNANCIA

Como se observó en el resumen de la estrategia por sexenio de apartados anteriores cada uno de los presidentes promovió una política diferente ante el combate a la criminalidad. Esta constante que se puede observar es una situación que no difiere de los temas de políticas públicas en otros ejes, porque en México la política impacta de manera importante en las políticas públicas.

En la revisión de los tres sexenios la estrategia al combate de la criminalidad se modificó, algo en lo que se identifica todas las estrategias es la generación de cambios organizacionales en el principal cuerpo de control y reacción en materia de Seguridad, es decir las instituciones de seguridad pública.

En el período de Felipe Calderón se reestructuró la Policía Federal Preventiva convirtiéndola en la Policía Federal impactando directamente en la estructura organizacional y en sus integrantes. Enrique Peña Nieto realizó un cambio incremental sin ser tan drástico con la creación de un brazo elite de la Policía Federal denominado Gendarmería Nacional para el combate a la criminalidad organizada y con enfoque de proximidad social.

En los inicios del sexenio de Andrés Manuel los cambios constituyen de nueva cuenta un cambio en las estructuras, con la creación de la Guardia Nacional lo que implicaría la desaparición paulatina de la Policía Federal,

institución creada en el sexenio de Calderón, enfrentándose en las primeras etapas de su conformación no solo al cuestionamiento de los grupos de interés en la sociedad civil sino también en el descontento de los mismos integrantes de la Policía Federal, al someterlos nuevamente a cambios.

Tabla 1. Alternancia y estrategia federal contra la criminalidad en México (2006-2019)

Presidente	Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012)	Enrique Peña Nieto (2012-2018)	Andrés Manuel López Obrador (2018-2024)
Partido político	Acción Nacional	Revolucionario Institucional	Morena
Organización policial	Creación de Policía Federal	Creación de Gendarmería	Creación de Guardia Nacional
Organización administrativa	Fortalecimiento de la Secretaría de Seguridad Pública	Desaparición de la SSP y concentración de la Seguridad en la Secretaría de Gobernación	Creación de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana
Estrategia	Militarización de la Seguridad Pública	Militarización de la Seguridad pública	Militarización de la Seguridad Pública
Víctimas derivadas del combate contra la criminalidad organizada reconocidas oficialmente	Aproximadamente 121 mil 35 muertes violentas	Aproximadamente 150 mil 992 muertes violentas	Aproximadamente 17 mil 500 muertes violentas en el primer semestre

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2. Muertes por homicidio en México (2006-2018)

Año	Total anual
2006	10,452
2007	8,867
2008	14,006
2009	19,803
2010	25,757
2011	27,213
2012	25,967
2013	23,063
2014	20,010
2015	20,762
2016	24,559
2017	32,079
2018	35,969

Fuente: elaboración propia con base en la Estadística de Defunciones por Homicidios del INEGI.

VII.- CONCLUSIONES GENERALES

El panorama general planteado en este trabajo expone una interesante reflexión en torno al impacto de la estrategia federal en México en el combate a la criminalidad organizada en los últimos tres sexenios en el gobierno federal, período que se ha distinguido en el terreno político por la alternancia y con ello de cambios distintivos que el partido en el poder integró en la política pública de estudio.

Si bien se esperaría que cada gobierno colocará su sello distintivo a la administración de la seguridad, lo cual es muy válido; para el caso de México las políticas públicas en terreno de la Seguridad Pública se han distinguido en los últimos años por centrarse en disolver parte importante del trabajo realizado en la gestión anterior y volver a construir, lo que ha implicado en los tres sexenios falta de continuidad de las políticas y con ello la pérdida de tiempo valioso en reorganizar las estructuras de seguridad, adaptar los marcos normativos, entre otros. Esto se ha presentado al inicio de cada sexenio, se observa que cuando dichas reestructuras ya están funcionando, entra un nuevo gobierno y de nueva cuenta da vuelta a la página a lo realizado por la anterior administración.

Con lo anterior, se concluye que mientras los gobiernos en turno no planteen estrategias de largo alcance a las cuales se les dé seguimiento independientemente de los cambios políticos, los ajustes que se realicen entre los cambios de las administraciones repercutirán directamente en los resultados, porque no son ajustes de mejora, son reestructuras de fondo.

Esto nos lleva a reflexionar la necesidad de un consenso nacional entre partidos y grupos de interés, enfocado a las políticas de largo alcance en el terreno de la Seguridad y a atacar de manera transversal las causas del problema, de lo contrario, el panorama no es alentador y está destinado a este mismo cambio de acciones cada vez que empieza un nuevo gobierno, ejemplos que por lo menos en estas experiencias se ha observado que no ha sido exitosa como estrategia en el control de la inseguridad y la reducción de la violencia.

BIBLIOGRAFÍA

Casar, M^a. Amparo (2008). Los gobiernos sin mayoría en México: 1997-2006. *Política y gobierno*, 15(2), 221-270. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372008000200001&lng=es&tlng=es

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Historia. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/sistemas/olap/proyectos/bd/continuas/mortalidad/defuncioneshom.asp?s=est>

Soto Zazueta, Irvin Mikhail (2012). Determinantes de la alternancia política en México, 1980-2009: un análisis econométrico a nivel de estados. *Con fines de relaciones internacionales y ciencia política*, 8(15), 77-98. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35692012000100004&lng=es&tlng=es

TRATAMIENTO DE DATOS EN LA TRAMITACIÓN JUDICIAL

María Jesús Ariza Colmenarejo
Profesora Titular de Derecho Procesal
(Universidad Autónoma de Madrid. España)

I.- INTRODUCCIÓN

La reforma de la LOPJ de 2015 ha incorporado un Capítulo I bis dentro del Título III relativo a las actuaciones judiciales que viene a regular una materia ciertamente problemática como es la protección de datos en la Administración de Justicia. En la actualidad se ha puesto especial énfasis en el tratamiento de los datos de carácter personal en todos los ámbitos públicos y privados, como desarrollo del art. 18.4 CE. Pero en el seno de la actividad jurisdiccional, aún no se había tomado conciencia de la repercusión de un tratamiento de información inidóneo, y mucho más desde la incorporación de las herramientas tecnológicas en el seno de la Administración de Justicia mediante el expediente judicial electrónico.

No puede ser ajeno el hecho de que en sede judicial se acumula un sinfín de información de todo tipo perteneciente a las partes procesales y a terceros. Antes de la incorporación de sistemas informáticos al expediente judicial, todo ese material constaba básicamente en papel, lo cual dificultaba el acceso de terceros a la información y permitía controlar físicamente el acceso. Con la llegada del expediente judicial electrónico y la justicia sin papel, los requerimientos para controlar la documentación

virtuales determinan un cambio de paradigma en la protección de datos¹. Además, todo estará en torno a las partes procesales, que bien pueden ser personas físicas como jurídicas, lo que dota de distintos niveles de protección.

Así pues, frente al principio de publicidad procesal como garantía específica del proceso penal acusatorio, y general en el resto de órdenes jurisdiccionales, se contrapone la protección de la información personal de aquellos que intervienen en el proceso². Por ello, es necesario analizar la regulación y adaptarla a las disposiciones específicas en materia de protección de datos previstas en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDP), así como al resto de normas que son de aplicación.

En definitiva, son muchas las cuestiones que se suscitan en el tratamiento de datos de carácter personal (y no personales) en el seno de la Administración de Justicia, si bien, ahora nos referiremos únicamente al marco normativo en que nos encontramos, con algunos problemas derivados de él, como es la identificación del órgano responsable de dicho tratamiento, los datos que están sometidos a especial protección en virtud del art. 18.4 CE, y también algunas cuestiones referidas al tránsito de información y datos entre distintas Administraciones Públicas y entre los órganos judiciales.

II.- MARCO LEGISLATIVO DE LOS DATOS INCORPORADOS AL PROCESO

El desarrollo de la tutela del derecho a la intimidad de las personas físicas ha cobrado especial importancia a partir de la incorporación de la tecnología a nuestras vidas. El art. 18.4 CE reconoce que la informática debe

¹ El expediente judicial electrónico sustituye a los tradicionales «autos», y se crea con la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

² En relación con la publicidad de los actos procesales, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Introducción al Derecho Procesal*, con Moreno Catena, V., 10ª ed., Valencia, 2019, p. 277, señala el valor social de la publicidad del proceso, lo que supone un control social sobre la labor jurisdiccional, y una manifestación del principio de defensa.

limitarse con el fin de garantizar el derecho al honor, y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. La posibilidad de almacenamiento de datos por instituciones públicas y organismos privados es tan ilimitada, como difícil el control que se ejerce sobre el uso de los mismos. La Administración de Justicia no es ajena a esta circunstancia, y por lo tanto, se exige un control de los expedientes judiciales en los mismos términos que se demanda de otras entidades que recopilan información de los ciudadanos.

La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos (LOPD) constituye la norma de tránsito entre la ya lejana L.O. 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y la actual Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDP). En las primeras se reconoce la existencia de ficheros en el ámbito de la Administración Pública, pero sin especificar nada en cuanto a la Administración de Justicia. Sólo se establece la referencia a la protección de datos con sus excepciones en el ámbito de las infracciones penales, sin que se tenga en cuenta nada sobre el resto de procesos judiciales.

No hay que olvidar el Reglamento 2016/679 relativo a la protección de personas físicas (RGPD), normativa procedente de la UE y que ha sido aplicable directamente durante un período de tiempo hasta la promulgación de la LOPDP, y que en la actualidad convive por las continuas referencias que se realizan.

A medio camino, y centrado en el ámbito de la Administración de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial dictó un Acuerdo de fecha 20 de septiembre de 2006, para desarrollar el Reglamento 1/2005 de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, también dictado por la habilitación que se concede a este órgano en su potestad reglamentaria en el art. 230 LOPJ tras la reforma de 1994³. En el Acuerdo de 2006 se ha potenciado la confidencialidad, privacidad y seguridad, pero siempre con salvaguarda de la publicidad de determinadas actuaciones judiciales. En esa fecha todavía

³ Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, por la que se reforma la LOPJ.

se hablaba de soportes automatizados y manuales, en consonancia con la forma de llevanza de los denominados «autos». La responsabilidad en el tratamiento de datos se asignaba al Tribunal Supremo junto con el Ministerio de Justicia, y por ello se crea un Gabinete de Información y Comunicación en coordinación con este último que será quien facilite a terceros, especialmente medios de comunicación, la información que puede colmar el principio de publicidad procesal.

Conscientes de la importancia que la protección de datos estaba cobrando en el ámbito europeo, y de los riesgos que conlleva la insuficiente regulación legal al respecto, se modifica la LOPJ en 2015 para incorporar un Capítulo I bis titulado «Protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia». Además, como debe mantenerse el equilibrio entre la publicidad procesal, como logro histórico del proceso, y la protección de datos personales, en conjunción con el derecho a la tutela judicial efectiva como valores supremos, es preciso canalizar también el flujo de información que se transmite a la sociedad, con el fin de tomar en consideración el derecho de información de los medios de comunicación y otras razones de transparencia institucional.

1. Regulación en la LOPJ

Los arts. 236 bis y siguientes nacen con vocación de crear un marco regulatorio sobre el tratamiento de toda la información de carácter personal que obra en el seno de los tribunales, lo cual abarca tanto datos derivados de la tramitación de procesos judiciales, como datos de carácter administrativo o gubernativo propio de la gestión de la oficina judicial. Con carácter general, el régimen se somete a la LOPD de 1999, lo cual hay que entenderlo referido a la actual LOPDP de 2018. En todo caso, se establece un conjunto de especialidades aplicables al ámbito de los tribunales.

Así pues, la LOPJ eleva a rango legal la existencia de ficheros jurisdiccionales y no jurisdiccionales, en la línea de lo que había establecido el Reglamento 1/2005, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Por ahora nos referiremos a los primeros, ya que presentan ciertas cuestiones que los diferencian de los segundos. La principal característica reside en

los contenidos y repercusiones de los ficheros jurisdiccionales, tanto por la incorporación de los datos a un proceso, como por la identificación de los responsables en el tratamiento de los datos, ya que, en algunas ocasiones, se aparta de la LOPDP 2018.

La peculiaridad de la información que se lleva al proceso, su utilidad, la forma de obtención de todo el material probatorio, su conservación en el tiempo, así como los distintos intervinientes o habilitados para el acceso a los datos, hace que la materia sea especialmente sensible. La LOPJ no da completa respuesta a todos estos interrogantes y tampoco las normas sobre protección de datos. Por ello, es necesario reunir toda la normativa, de muy distinto rango y categoría, para comprender cómo queda el tratamiento de datos dentro del proceso.

En lo que a la LOPJ se refiere, hay que tener en cuenta que es de aplicación a datos de personas físicas, con lo que, en principio, se mantiene al margen de la tutela todo lo que afecta a las personas jurídicas. Ahora bien, conscientes del diferente tratamiento que puede darse en el ámbito de la Administración de Justicia a los datos de las partes en general, cabe traer a colación la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales y la reforma de la LEC de 2017 en materia de acceso a las fuentes de prueba, que de manera específica va a regular cuestiones sobre el ejercicio de acciones civiles en el ámbito del derecho de la competencia. La idea de confidencialidad y privacidad está presente en toda la normativa. Con ello pueden colmarse ciertas deficiencias, si bien, no constituye un marco cerrado en la protección de los datos de las partes procesales.

Además, como nota destacable, con la reforma de la LOPJ se dota a los jueces y letrados de la Administración de Justicia de potestades para limitar la información que obra en el expediente judicial, y a la cual tienen acceso las partes⁴. En realidad, se trata de limitar la publicidad procesal en aras de

⁴ El art. 236 quinquies LOPJ establece que tanto jueces como LAJ pueden adoptar medidas para la supresión de datos personales de documentos a los que pueden acceder las partes, pero siempre teniendo en cuenta que no obstaculice la tutela judicial efectiva. Del precepto se interpreta una supremacía de este último frente al acceso a determinados datos personales. La forma como hacer efectiva puede consistir en facilitar copias de los documentos, pero ocultando aquellos datos de carácter personal que pueden contener. La cuestión de su valoración resulta de gran

los derechos del art. 18.4 CE, pero asegurando la tutela judicial efectiva. Ese equilibrio entre los derechos fundamentales en juego es el principal inconveniente en la labor judicial. El derecho de acceso a la información judicial como manifestación de la publicidad procesal se encontraría limitado en virtud de la preeminencia de la defensa del derecho a la intimidad personal y familiar.

En cualquier caso, hay que adaptar las disposiciones de la LOPJ a la nueva norma sobre protección de datos de 2018.

2. Datos en la Administración de Justicia según la LOPDP 2018

El elenco de normas de aplicación para el tratamiento de datos en el ámbito de la Administración de Justicia se completa con la promulgación de la LOPDP 2018, la cual se dicta con el objeto de adaptar el ordenamiento jurídico al Reglamento 2016/679 (RGPD), sin excluir completamente su aplicación. Del art. 1 se extrae la aplicación conjunta de ambos cuerpos normativos para garantizar los derechos del art. 18.4 CE, y de hecho se hacen continuas remisiones al mismo. Sin llegar a regular expresamente la materia analizada, el art. 2.4 se refiere al tratamiento de datos contenidos en procesos judiciales, para lo cual son de aplicación las anteriores, además de la LOPJ, que, como hemos visto, incorpora un Capítulo I bis específico.

En su desarrollo, la LOPDP tiene como punto de partida el art. 9 RGPD, según el cual, existen categorías especiales de datos personales, entre los que se encuentra el tratamiento de datos necesarios para la «formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial». Son supuestos que quedan exentos de la prohibición de tratamiento de datos personales que se refieran a los establecidos en el art. 9.1 RGPD⁵. Por lo tanto, todos los datos que están en torno al ejercicio de acciones judiciales, sean del tipo que sean, salvo las

complejidad, ya que las partes a las que se facilitan documentos no podrán afirmar una merma en la tutela judicial efectiva si no han llegado a tener conocimiento de la información por estar previamente sesgada.

⁵ El art. 9.1 se refiere a la prohibición de tratamiento de datos personales sobre origen étnico o racial, opiniones políticas, religión, afiliación sindical, datos genéticos, biométricos, salud, vida sexual u orientación sexual.

de carácter penal, que tienen un tratamiento aún más específico, merecen una consideración diferente, y, sobre todo, están sometidos a requisitos de obtención y tratamiento distinto que los de otros ámbitos.

La continua remisión a disposiciones de diferente rango obliga a realizar interpretaciones acordes en cada caso y una adaptación específica, sin que se genere seguridad jurídica en torno al tratamiento de los datos que obran en los procesos judiciales. Así pues, como información que recibe un distinto tratamiento se encuentra aquella que afecta a la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales. En este caso habrá que remitirse a la Directiva 2016/680, de 17 de abril como norma especial frente a las anteriores de carácter más general.

No obstante, parece que la norma de referencia es la LOPJ, en concreto lo relativo a la necesidad de recabar el consentimiento del afectado, las potestades de los responsables de los ficheros jurisdiccionales y no jurisdiccionales, y los derechos de acceso, rectificación, conservación y renuncia. Para todo lo demás, es de aplicación la LOPDP 2018, si bien quedan algunas lagunas de difícil solución.

III.- ÓRGANOS RESPONSABLES EN EL TRATAMIENTO DE DATOS

La LOPJ en el art. 236 sexies, designa como responsable de los ficheros jurisdiccionales al órgano jurisdiccional u oficina judicial. Pero en última instancia se considera responsable de seguridad al letrado de la Administración de Justicia. Estas figuras hay que actualizarlas a las nuevas estructuras de la LOPDP 2018, ya que ahora se incorpora la de delegado de protección de datos. El art. 34 establece las instituciones que tienen la obligación de designar un delegado por parte de los responsables y encargados del tratamiento, delegado que puede ser ajeno a la organización o estar dentro de la misma bajo la idea de independencia. Pues bien, dentro del elenco de instituciones que requieren la designación de delegado de protección de datos no se encuentran los órganos judiciales, por lo que entendemos que se mantiene la aplicación de la LOPJ en los mismos términos.

En este sentido, cabe considerar como órgano responsable del tratamiento de datos de carácter jurisdiccional al juez o magistrado al frente del órgano judicial. En cuanto a los ficheros no jurisdiccionales, la oficina judicial asume dicha función. La responsabilidad sobre la seguridad recae en el letrado de la Administración de Justicia, si bien esta atribución ha de considerarse desproporcionada a la vista del papel que juega esta figura en la planificación, elaboración, y control de las herramientas informáticas que se emplean en el expediente judicial.

En relación con las autoridades de control, en el ámbito de la Administración de Justicia, el lugar de la Agencia Española de Protección de Datos pasa a ser ocupado por el CGPJ cuando afecta al tratamiento de datos con fines jurisdiccionales (art. 236 nonies LOPJ). Con ello se confirma el art. 55 RGPD que señala que «las autoridades de control no serán competentes para controlar las operaciones de tratamiento efectuadas por los tribunales en el ejercicio de su función judicial»⁶. Por su parte, el art. 44.3 LOPDP establece que la AEPD y el CGPJ «colaborarán en aras del adecuado ejercicio de las respectivas competencias que la LOPJ les atribuye en materia de protección de datos personales en el ámbito de la Administración de Justicia». Dicha colaboración queda pendiente de materializar, pero se tendrán que fijar los canales para el ejercicio de los derechos de los particulares, y la gestión de la potestad sancionadora, así como establecimiento de criterios unificadores en muchos aspectos en los que también tienen participación organismos como el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica⁷. Este órgano de cooperación actúa con plena autonomía en el ejercicio de sus

⁶ CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.J., «Protección de datos y Poder Judicial», *Diario La Ley*, nº 9293, 2018, señala en relación con el Considerando 20 del RGPD que la intención del legislador europeo no es dejar fuera de control todo el tratamiento en el seno de la Administración de Justicia, sino asignar el control a un órgano dentro del Poder Judicial con el fin de preservar la independencia en todo caso. Como características del organismo, se entiende que ha de ser independiente, con recursos propios, materiales, personales y financieros, y ajeno a toda influencia externa.

⁷ El Comité técnico estatal de la Administración de justicia electrónica se crea por Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación con la Administración de Justicia. En el art. 6.c) del Reglamento de desarrollo (Real Decreto 396/2013, de 7 de junio) se atribuye la competencia a este órgano para promover la cooperación entre Administraciones Públicas y la de Justicia, para suministrar a los órganos judiciales la información necesaria en el curso del proceso judicial según se establece en la LOPJ y LOPD.

funciones y puede constituir un referente en la responsabilidad y control del tratamiento de datos en la Administración de Justicia.

Cuando estamos ante ficheros con fines no jurisdiccionales, se produce un sometimiento directo a la AEPD con la colaboración del CGPJ⁸. No obstante, se trata de una regulación confusa de cara a los ciudadanos, ya que encuentran dificultades a la hora de identificar la autoridad a la que dirigirse para ejercer sus derechos de acceso, rectificación o cancelación⁹.

IV.- TIPOS DE DATOS OBJETO DE PROTECCIÓN Y CONSENTIMIENTO

A la vista de la información que se incorpora al proceso, tanto los escritos de alegación como especialmente todo el material probatorio, podemos afirmar que cualquier documento contiene datos de carácter personal, y otros muchos, que pueden afectar a la intimidad de quienes aparecen como partes o como terceros. Cuando se habla de datos de carácter personal éstos pueden referirse a las partes procesales si son personas físicas, pero también peritos o testigos. El reciente Reglamento 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales, puede abrir otra vía al tratamiento que se venía haciendo. Se señala en el mismo una realidad evidente, y es que hay datos personales y datos no personales¹⁰. Pero después podemos encontrarnos un conjunto de datos que el Reglamento denomina «inextricablemente ligados», en cuyo

⁸ En esta línea, el Plan Estratégico de la AEPD previsto para 2015-2019 hace hincapié en la necesidad de colaboración entre el CGPJ y la AEPD, dando entrada al Ministerio de Justicia, para sentar las bases y criterios comunes para el ejercicio de los derechos. Por otro lado, existe gran preocupación relativa a las sentencias y resoluciones judiciales, ya que, como sabemos, contienen información personal de diversa índole. La publicación de las resoluciones judiciales se efectúa a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), y muestra especial preocupación en el proceso de anonimización de las resoluciones.

⁹ CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, F.J., «Protección de datos y Poder Judicial», cit., entiende que el LAJ en estos casos está sometido directamente a la AEPD, y asimismo le corresponde el tratamiento y la seguridad de los datos, para lo cual debe adoptar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar el nivel de seguridad adecuado. Si se analizan las funciones asignadas, se comprueba que se excede de la preparación y medios asignados en el sistema judicial.

¹⁰ Los primeros se regirán por las disposiciones del RGPD 2016 y los segundos por el Reglamento 2018/1807.

caso prevalece el RGPD, por mínima que sea la proporción de datos personales que se contengan¹¹.

Por ahora, nos remitimos al Acuerdo de 20 de septiembre de 2006 del CGPJ de creación de los ficheros de carácter personal dependientes de los órganos judiciales que establece el contenido de los ficheros jurisdiccionales¹². Hay que entender que se trata de un acuerdo aplicable en la actualidad, puesto que no se ha producido ninguna modificación al respecto. Entre otras cuestiones, se señala las personas de las que se obtienen datos (Anexo I), que serán los demandantes, demandado, promotores de los procesos civiles en los que interviene el Ministerio Fiscal. También se obtienen datos de denunciante, querellante, denunciado, querellado, perjudicado y responsable civil. En relación con estos, hay que considerar el Estatuto de la Víctima donde existe un conjunto de personas que aparecen como víctimas de delitos y que merecen tutela en cuanto a la información personal. Además, se van a incluir en los ficheros los datos de los profesionales de la defensa y representación procesal de las partes, de los testigos y peritos.

El procedimiento de recogida de datos resulta de la incorporación de todo tipo de documentos, grabaciones, escritos, y cualquier actuación, incluso aquellas diligencias de organismos o terceros requeridos por los órganos judiciales. La mera intervención del órgano judicial exime de recabar el consentimiento del interesado para el tratamiento de estos datos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, tal y como señala el art. 236 quáter LOPJ. El interés público que está presente en la actividad jurisdiccional justifica la exención.

El Acuerdo de 2006 establecía niveles de protección en virtud de la LOPD 1999 vigente en el momento en que fue dictado, si bien en la actualidad se ha suprimido la catalogación.

¹¹ Así se extrae de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 29 de mayo de 2019, relativa a las Orientaciones sobre el Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la UE.

¹² Art. 87 Reglamento 1/2005 sobre Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, señala el contenido de los datos de los ficheros jurisdiccionales.

Especial mención merece la inclusión de datos en las resoluciones judiciales, y en concreto, en las sentencias, no en tanto resoluciones dirigidas y notificadas a las partes, sino como resoluciones que son de libre acceso al público en general. Actualmente, las sentencias están sometidas a un proceso de anonimización, donde se suprimen los datos que permiten identificar a los particulares que intervienen en el proceso. Pero podemos afirmar que ello no constituye una garantía absoluta para preservar la intimidad.

La AEPD ya se ha manifestado sobre el proceso de anonimidad como medida de privacidad¹³. La anonimización consiste en suprimir o enmascarar aquella información que permite la identificación. Es una actividad que se realiza por el responsable del tratamiento, que debe velar porque sea suficiente para garantizar el anonimato. Pero en el momento en que del conjunto de otros datos periféricos pueda identificarse a la persona, la anonimización pierde su eficacia. De ahí la labor del responsable del tratamiento, que debe procurar suprimir o esconder datos que lleven a la identificación.

Si trasladamos la cuestión a las sentencias, que en la actualidad son de acceso público a través del Centro de Documentación Judicial, hay que ver hasta qué punto es suficiente con la labor de borrado del nombre de las partes. La difusión a través de medios de comunicación de procesos de relevancia mediática, hace que con el relato de hechos de la sentencia se logre identificar a la persona y poner en riesgo su intimidad personal y familiar. Por lo tanto, resulta de gran dificultad lograr un perfecto equilibrio entre todos los intereses que están en juego, y es responsabilidad última del CGPJ junto con el Ministerio de Justicia, generar parámetros seguros y uniformes en la protección de los datos contenidos en las resoluciones judiciales.

¹³ <https://www.aepd.es/prensa/2019-06-14.html>

V.- EL RÉGIMEN DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE DISTINTOS TRIBUNALES Y DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Uno de los aspectos problemáticos que se deriva de la protección de datos en el ámbito de las Administraciones Públicas es la existencia de flujos de información entre las mismas. A ello se le añade que la Administración de Justicia es una administración con connotaciones peculiares, y sobre todo con distintas necesidades en virtud de los derechos materiales que se tutelan. En ella puede tener cabida cualquier tipo de información sensible tanto para personas físicas como jurídicas. Es diferente hablar de la jurisdicción penal que hablar del resto de órdenes jurisdiccionales, ya que tiene un régimen específico en lo que a medios para recabar información se refiere, así como de la necesidad de publicidad de las actuaciones procesales.

Como ya se ha señalado, los procesos penales están sometidos a la Directiva 2016/680, de 27 de abril, lo cual engloba información referente, entre otras cuestiones, a datos de carácter médico, datos genéticos o biométricos, o incluso todo lo relativo al Registro de Antecedentes Penales, por poner algún ejemplo. Ese mismo elenco de datos también puede tener repercusión en el orden civil, cuya protección puede verse reforzada¹⁴. Relativo a la transferencia de datos, la LOPDP 2018 regula los casos por los que se procede a transmisión internacional de datos. Para facilitar la comunicación de datos a nivel interno hay que acudir al art. 230 LOPJ y sobre todo al Reglamento 1/2005 de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. En principio, los datos que tienen entrada en un órgano jurisdiccional competente son tratados sólo por éste, y bajo su responsabilidad. El art. 90 del Reglamento señala que podrán ser cedidos únicamente cuando lo exijan las normas de cooperación jurisdiccional, de competencia territorial, objetiva o funcional, o de organización de los servicios, así como cuando es necesario realizar una actuación determinada, como puede ser la tramitación de un exhorto. En ese momento, los datos se transfieren y pasan a formar parte del fichero jurisdiccional del nuevo órgano. El Anexo I del Acuerdo de 2006 amplía las posibilidades de cesión y transferencias al Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal o Tribunal de Cuentas.

¹⁴ En el mismo sentido se pronuncia el art. 10 LOPDP.

Por otro lado, el art. 92 regula los supuestos en que las Administraciones Públicas no pertenecientes a la Administración de Justicia, pueden hacer uso de datos que consten en los ficheros jurisdiccionales. Se prohíbe una cesión íntegra del fichero, pero sí se permite solicitar información concreta, a través de resolución motivada de la Administración que pretende los datos, y justificando el fin para el que lo requiere.

Especialmente relevante ha sido la reforma de la LEC sobre acceso a las fuentes de prueba (R.D-Ley 9/2017, de 26 de mayo), circunscrito al ámbito del derecho de la competencia. A la vista de la información sensible que obra en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y del principio de confidencialidad, se articulan mecanismos de carácter restrictivo para obtener expedientes administrativos para ser incorporados a un proceso civil.

LA INOBSERVANCIA DEL ARTÍCULO 8 DEL CÓDIGO PENAL Y SU CONSECUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

*Gonzalo Barrera Blanco*¹

Doctorando en Desarrollo Inclusivo y Sostenible
(Universidad Loyola Andalucía. España)

Resumen: actualmente hay una práctica judicial ampliamente aceptada consistente en la inobservancia del artículo 8 del Código Penal. Este artículo, que versa sobre los concursos de normas para la calificación jurídica de los hechos, entiendo que es de suma importancia para la aplicación de determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: la calificación jurídica en determinados momentos procesales. Estos supuestos no llaman la atención, pero podrían ser causa de nulidad de las actuaciones, o incluso implicar una vulneración de Derechos Fundamentales.

I.- PRESUPUESTO

En este trabajo vamos a analizar un supuesto que nos hemos acostumbrado a ver y responder en la práctica en los tribunales²:

¹ Abogado no ejerciente, Doble Máster de Abogacía y Derecho Público por la Universidad de Sevilla y doctorando en el programa de Desarrollo Inclusivo y Sostenible de la Universidad Loyola Andalucía; gbarrerablanc@al.uloyola.es.

² Este supuesto lo vemos en CENDOJ, especialmente, en casos de las sentencias de las Audiencias Provinciales resolviendo recursos en los que se pone de manifiesto como sistemáticamente se declara por sentencia en primera instancia la existencia de un concurso ideal entre el delito de atentado y lesiones.

Cuando A pega a B, siendo agente, A es reo de delito de atentado en concurso ideal con el delito de lesiones.

Como ejemplos recientes podemos ver: sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Segovia nº 65/2019, de 25 de marzo, la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Lugo nº 53/2019, de 26 de marzo, o la sentencia de la Sección 3ª Audiencia Provincial de Badajoz (sede de Mérida) nº 48/2019, de 2 de abril.

También, hay que señalar con la misma problemática el caso de los guardias civiles de Alsasua, en el auto del Juzgado de Instrucción Central nº3 de 10 de noviembre de 2016 y el Auto de procesamiento de 21 de noviembre del mismo órgano³.

Para ilustrar el caso en el que me voy a centrar, tomo como referencia el supuesto de la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Segovia nº 65/2019, de 25 de marzo, en sus antecedentes primero y segundo⁴.

II.- CONTENIDO DEL ART. 8 DEL CÓDIGO PENAL. EL CONCURSO DE NORMAS⁵

En este caso, nos debemos plantear dónde queda la aplicación del artículo 8 del CP, que establece los supuestos de los concursos de normas y es bastante claro sobre la forma de realizar la calificación jurídica de los hechos.

Atendiendo a la casi literalidad del artículo, este dice: cuando los hechos sean susceptibles de ser calificados conforme a dos o más preceptos del Código, que no sea uno de los supuestos de los concursos de delitos, se resolverá conforme a los siguientes criterios: especialidad (el precepto especial se aplica con preferencia al general), subsidiariedad (el precepto subsidiario se aplica en defecto del principal, sea la subsidiariedad expresa o

³ Fundamento Jurídico Cuarto del AJCI3 de 21/11/2016.

⁴ Antecedentes de Hecho Primero y Segundo de la SAPSEG1 65/2019, de 25 de marzo.

⁵ Este punto contiene información de Barrera Blanco, G., “Informe Jurídico sobre el Caso de los Guardias Civiles de Alsasua”, Trabajo de Fin de Máster, en Abogacía, Universidad de Sevilla, 2017.

tácita), consunción (el precepto más amplio o complejo absorbe las infracciones consumidas en aquél), y en defecto de las anteriores la alternatividad (el precepto más grave excluye al menos grave).

A priori, puede parecer sencillo, pero la práctica en los juzgados estamos viendo, en los ejemplos señalados, que parece ignorarse este supuesto. Este fenómeno es, desde mi punto de vista, bastante inaudito y peligroso, de ahí que debamos detenernos en su análisis.

Uno de los errores más comunes, a mi juicio, es creer que al haber dos bienes jurídicos protegidos diferentes, la "consumación" de ambos justifica la consideración de concurso ideal de delitos. Esta premisa es, desde mi punto de vista, equivocada.

Primero, el artículo regula cuando un hecho puede ser calificado conforme a dos o más preceptos. Es decir, cualquier tipo de delito y cualquier bien jurídico, basta con que la acción, objetivamente, sea la misma. Este supuesto ocurre siempre en los tipos agravados o atenuados con respecto a los tipos básicos (nadie acusaría de homicidio y asesinato en concurso ideal de delitos); pero, también se pueden incluir los elementos en otro delito diferente (así los elementos de homicidio aparecen en los delitos de terrorismo, magnicidio de la corona española o magnicidio de otro jefe de Estado; aunque el bien jurídico cambie, la acción es el hecho de matar a alguien).

Segundo, el artículo habla de supuestos que no sean concursos de delitos. Debemos entender que el Legislador puede convertir determinados casos que se resolverían en concursos de norma a concurso de delitos. Esa excepción requiere una "clausula concursal", y en ese caso habría un concurso ideal-medial⁶.

⁶ Un ejemplo lo encontramos cuando el artículo 242.1 del CP castiga con pena de prisión "*sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase*" (no dice nada por los actos de intimidación), por lo que los delitos de lesiones que se tienen que producir para que el hecho sea calificado de robo con violencia sobre la persona, es medio necesario para ese "delito fin" de robo. Por eso, la violencia que estaría incluida en el robo y desplazaría en principio el delito de lesiones, el Legislador opta expresamente por crear un supuesto de concurso de delito, dentro de la posibilidad que enuncia el artículo 8 del CP. Igualmente pasa con el artículo 177 del CP sobre "*atentados a la integridad moral y resultado de lesión a la víctima*" o en el artículo 577.2 *in fine* del CP sobre la agravante de los actos de colaboración con el terrorismo cuando se refiere a actos que supongan también delitos contra la libertad sexual.

Para el caso que estamos analizando, el supuesto de "pegar a alguien" y siendo la víctima una autoridad, no existe esa "clausula concursal" que remita expresamente al concurso de delito. En consecuencia, sólo se puede calificar como un delito concreto, aunque pueda incluirse en varios preceptos.

El concurso ideal de delito es, por otro lado, un hecho que produce una multiplicidad de resultados, pero calificados de forma independiente. Es el caso de explotar una bomba; las muertes, los heridos y los daños a cada víctima proceden del mismo hecho, pero en referencia a los heridos no pueden aplicarse simultáneamente el homicidio intentado con lesiones consumadas. De ahí la diferente ubicación sistemática entre el concurso de normas y el concurso de delitos.

Tercero, aunque se refiera expresamente a preceptos "de este Código" el artículo 8 del CP, según el artículo 9 del mismo texto legal dice también que las disposiciones del Título Preliminar serán aplicación a lo regulado en las leyes especiales, y las demás disposiciones del citado código de forma supletoria. En definitiva, no queda limitadas, sus reglas de resolución, los concursos de normas exclusivamente al CP.

La doctrina se ha mostrado clara con respecto al concurso de norma, sin embargo, hay una corriente que parece no entender que no hay que fijarse en el bien jurídico diferente.

Curiosamente, es casi imposible no citar primero en esta cuestión la postura de Rodríguez Devesa sobre el anterior Código Penal, y deberíamos reflexionar cuando decía: *"La importancia de los problemas relativos al concurso de leyes no será nunca suficientemente subrayada, y contrasta con la escasa atención que se les suele dedicar en la teoría y en la práctica. Sin embargo, diariamente los tribunales están haciendo constante uso de las reglas del concurso, previas a toda interpretación y aplicación de las leyes penales en la mayoría de los casos. El procedimiento intuitivo que se sigue tiene el inconveniente de que en los casos límite, dónde se impone un razonamiento que excluya las soluciones defectuosas, la ausencia de claridad de ideas ocasione a veces resoluciones contrarias a la ley"*⁷.

⁷ Rodríguez Devesa, J. M., *"Derecho Penal Español. Parte General"*, Artes Gráficas y Ediciones, 6ª Edición, 1977, páginas 158-159.

Y eso es algo totalmente cierto, y de suma importancia; que si los concursos de normas⁸ no se aplican correctamente pueden ocurrir resoluciones contrarias a las leyes, y en última instancia la violación de Derechos Fundamentales de los acusados, aún siendo estos culpables.

Si bien encuentro ciertas discrepancias, es loable que le dedicara mucho más al tema de lo que le suele dedicar hoy en día la doctrina y jurisprudencia. Por ejemplo, él considera que determinados tipos agravados responden a fórmulas independientes de delitos *sui generis*, como el caso del magnicidio y del asesinato respecto del homicidio (comparándolo por ejemplo con el homicidio con atenuante de estado pasional) y los resuelve como una cuestión de subsidiariedad tácita y expresa respectivamente; para mí tiene sentido el de magnicidio como caso de consunción (es más complejo debido a que hay un nuevo elemento a valorar).

Con respecto autores más cercanos a nosotros en el tiempo nos encontramos a: Polaino Navarrete⁹, Mir Puig¹⁰, y Vázquez Iruzubieta¹¹.

Vázquez Iruzubieta resalta la importancia de la función principal del artículo 8 que es la de la correcta calificación¹², pero no comparto su visión a partir de este punto ni la interpretación de las sentencias del Tribunal Supremo que cita¹³.

No comparto que los delitos tengan que "*no tener una naturaleza heterogénea y que el bien jurídico sea diverso*". Esto se debe a que los concursos de normas, en su redacción literal (tal vez no muy acertada en mi opinión)

⁸ Define: "*Hay concurso de leyes cuando aparentemente vienen en aplicación varias leyes penales, pero una de ellas excluye a las demás*" (Rodríguez Devesa, J. M., "Derecho Penal Español. Parte General...", cit., página 159).

⁹ Polaino Navarrete, M., "*Lecciones de Derecho Penal Parte General. Tomo II*", Tecnos, 2ª Edición corregida y actualizada, 2016, página 277.

¹⁰ Mir Puig, S., "Derecho Penal. Parte General", Editorial Repertor, 10ª Edición, 2015, página 681.

¹¹ Vázquez Iruzubieta, C., "*Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo*", Atelier Libros Jurídicos, 1ª Edición actualizada, 2015, página 77.

¹² Vázquez Iruzubieta, C., "Código Penal comentado...", cit., página 77.

¹³ Vázquez Iruzubieta, C., "Código Penal comentado...", cit., página 77.

no hace ninguna distinción entre los bienes jurídicos; hacer esas distinciones podría ser, desde mi punto de vista, contrario al principio de *in dubio pro reo*. Además, cuando el bien jurídico es el mismo, la lógica de aplicar un tipo u otro se hace bajo la del artículo 8; cuando el bien jurídico es diferente, es precisamente cuando cobra más importancia la aplicación del artículo 8 para calificar los hechos con respecto al menor número de delitos, por ser una interpretación que se ajustará mejor, en mi opinión, a los principios de *in dubio pro reo*, *non bis in idem*, y entiendo que el de legalidad (lo dice la ley).

Por ello, discrepo del autor sobre si la naturaleza de los delitos, o más bien de los bienes jurídicos, la cuál sería, desde mi punto de vista, irrelevante en los concursos de normas.

En referencia a lo dicho antes, precisamente, yo diría que: “es concurso de leyes (o normas) cuando una sola acción delictiva tiene posible encuadramiento en distintas normas punitivas”. El artículo 8 lo que proscribe es, desde mi punto de vista, la calificación simultánea de un mismo hecho u acción que se castiga en diferentes tipos, no estando prohibido que se castigue la comisión de diferentes delitos a raíz de un mismo hecho (concurso ideal de delitos).

La primera consecuencia, que podemos señalar de esto, es que en nuestro supuesto: el hecho es pegar a alguien y que ese alguien sea agente o autoridad, mientras no se establezca una “clausula concursal” no es relevante, el hecho sólo puede ser calificado conforme a uno de los dos preceptos en cuestión, el de atentando si no hay más datos, sea por la idea de la consunción o la subsidiaridad tácita que defendía Rodríguez Devesa.

En el caso de que las lesiones fueran del tipo agravado, y este tuviera más pena que el de atentado, el propio artículo 8 lo resuelve. La primera calificación es la que tenga mayor pena y alternativamente las otras dos siguiendo el orden que corresponde por el artículo 8; es decir, en primer lugar, las lesiones agravadas, alternativamente delito de atentado, y alternativamente delito de lesiones básico.

III.- LA CONCRECIÓN DE LA CALIFICACIÓN EN EL PROCESO PENAL

La inobservancia del artículo 8 del CP está íntimamente relacionado con aquellos escritos o trámites del proceso penal en los que se hace una calificación jurídica de los hechos, y por ello, es ahí dónde se puede producir la vulneración de los principios penales que se han mencionado con anterioridad según el criterio de interpretación que hago. Estos escritos serían aquellos que establecen el objeto del procedimiento e informan a las partes del objeto del proceso¹⁴.

Tomando como referencia el procedimiento sumario, serán: el auto de procesamiento¹⁵, los escritos de calificación provisional¹⁶, auto de apertura de juicio oral, los escritos de calificación definitiva¹⁷ y la sentencia¹⁸.

Estos escritos se caracterizan porque tienen que fijar los hechos y su correspondiente calificación jurídica. Además, despliegan efectos que interesan a la actuación de las partes del proceso; debiendo remarcar la importancia que tienen estos escritos procesales, su estructura y su contenido necesario en cuanto al derecho de información.

Estos escritos delimitan el objeto del proceso con respecto al investigado-acusado, si bien tienen un carácter provisional hasta el momento de las calificaciones definitivas, a diferencia del proceso civil¹⁹, que se determina en la demanda y en la contestación a la demanda.

¹⁴ Armengot Vilaplana A., “El derecho a la información en los procesos penales (Directiva 2012/13/UE) y su incorporación a la Lecrim”, en Tirant Online: disponible por Tol 6.080.375.

¹⁵ De Llera Suárez-Barcena, E., “Los actos de delimitación de la pretensión penal”, Tirant Online: disponible por Tol 20.338.

¹⁶ Moreno Catena, V., “Calificaciones provisionales: concepto y fundamento”, Tirant Online: disponible por Tol 20.227.

¹⁷ Coquillat Vicente, A., “Conclusiones definitivas”, Tirant Online: disponible por Tol 20.253.

¹⁸ De Llera Suárez-Barcena, E., “Los límites de la sentencia penal”, Tirant Online: disponible por Tol 20.257.

¹⁹ De Llera Suárez-Barcena, E., “La identificación de la pretensión penal”, Tirant Online: disponible por Tol 20.196.

Debemos fijarnos en la importancia de diferenciar claramente: la identificación de los hechos punibles²⁰, de la calificación jurídica de los hechos. Es relevante que hay que abstenerse de enunciar los hechos en función de un tipo penal en concreto, puesto que su identificación con un único tipo deberá vincular la opción de calificación, lo cual, en determinados casos imposibilitaría la proposición de calificaciones alternativas sobre el hecho si estos no se identifican con los mismos términos²¹.

En la calificación jurídica, se debe relacionar el hecho presuntamente delictivo con el delito. Por ello, habrá que ofrecer en su caso la calificación más gravosa posible, por que el Derecho penal se basa en el principio de la *ultima ratio*, y alternativamente y de forma sucesiva calificar otras formas menos gravosas²².

En cualquier caso, es contenido necesario que se identifique claramente al sujeto, tiempo y lugar en que se comete el hecho, al que se le vincula una calificación concreta.

1. El auto de procesamiento

Conforme al artículo 384 de la LECRIM, cuando haya indicios de la comisión de un hecho delictivo por parte de un sujeto se ha de dictar un auto de procesamiento, si bien la ley no determina exhaustivamente el contenido de este, es jurisprudencia asentada que es necesario una identificación de los hechos delictivos y la calificación jurídica de los mismos, ya que ello interesa al acusado para ejercer su derecho a la defensa²³.

²⁰ En la identificación se trata enunciar el relato fáctico, carente de toda calificación jurídica, de los hechos que se consideran reprochables por ser identificable con una conducta delictiva que se determinará en el siguiente punto.

²¹ Eso ocurre en el supuesto que estamos analizando. Y es que el delito de lesiones habla de producción de un menoscabo físico, y el de atentado de agresión; por ello, lo recomendable es utilizar alguna descripción o término alternativo que permita considerar varias opciones: como A pegó a B, o A propinó un puñetazo a B, etc.; y que tuvo como resultado: heridas en, o la producción de un hematoma, o un esguince, etc.; necesitando la aplicación de... medida para su sanación.

²² Matizar, que en los escritos que son del órgano juzgador la alternatividad no se produce, y menos en la sentencia.

²³ Como ejemplo, los Fundamento de Derecho 1.B de la STS 363/2016, de 10 de febrero.

El auto de procesamiento, como acto del órgano instructor, no fija el objeto del procedimiento definitivamente, pero cumple unas finalidades: otorgar la condición de parte al procesado en la fase de instrucción, informar de la acusación para poder ejercer los derechos a la defensa y a proponer prueba, y delimitar provisionalmente los hechos delictivos por el que eventualmente podría responder. Por ello, una mala gestión procesal derivaría a una indefensión y una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Si nos encontrásemos que la identificación de los hechos y la calificación no concuerdan. La parte procesada deberá recurrir en reforma el auto en el plazo de tres días y la resolución por apelación (ex art. 384 de la LECRIM).

2. Los escritos de calificación y auto de apertura del juicio oral

Con respecto a los escritos de calificación distinguimos tres momentos consecutivos: calificación provisional²⁴, auto de apertura del juicio oral y calificación definitiva²⁵. Pero la estructura es la misma, y aquí la ley sí especifica la enumeración de los apartados primero y segundo para la identificación de los hechos y su calificación.

a) *Calificación provisional*²⁶

En este momento procesal aún no se ha fijado el objeto del proceso, pero sigue siendo de relevancia para la estrategia procesal de la defensa el conocer de manera clara los hechos y su correspondiente calificación jurídica, respetando la proscripción de calificaciones múltiples del artículo 8 del CP. Este es un acto de parte, por lo que puede ser subsanado a requerimiento del tribunal²⁷. Pero debemos observar dos posiciones diferentes:

²⁴ Moreno Catena, V., “*La formulación de las clasificaciones provisionales*”, Tirant Online: disponible por Tol 20.228.

²⁵ Coquillat Vicente, A., “*Conclusiones definitivas*”, Tirant Online: disponible por Tol 20.253.

²⁶ Moreno Catena, V., “*El contenido del escrito de calificación provisional*”, Tirant Online: disponible por Tol 20.229.

²⁷ Ya sea de oficio o porque se presente escrito de nulidad de actuaciones.

- 1) El escrito de la acusación: como estrategia procesal, la inobservancia podría acarrear el tener que volver a rehacer el escrito para que la fijación del objeto, aunque sea una propuesta provisional, o puede usarse por la defensa posteriormente como elemento de indefensión si no haya coherencia entre lo fáctico y la calificación. Por ello, le interesa no limitar las acciones ni ofrecer una calificación que no sea acorde. Le interesará resaltar las calificaciones alternativas.
- 2) El escrito de la defensa: con respecto al procesado, es el primero que le interesa que su escrito de defensa haga constar la interpretación del artículo 8 del CP para la calificación porque le beneficia al reducir el número de delitos que se le imputa y que en consecuencia implica menos pena para cumplir. Le interesará resaltar, alternativamente, las circunstancias personales para la exculpación y la atenuación. Como su escrito es posterior a la de la acusación, si fuera la parte contraria la que ha inobservado el artículo 8 del CP, deberá manifestarlo al juzgado.

b) *Auto de apertura del juicio oral*

Estaríamos en una situación similar al auto de procesamiento, y deberá ser recurrido principalmente por la defensa si entiende que se ha inobservado la calificación conforme al artículo 8 del CP.

También podría ser que a la acusación le interese recurrirlo pues tema que de alguna forma la defensa pueda valerse del error para solicitar posteriormente la causa de indefensión. Igualmente, pueden las partes pedir revisar la cuestión conforme al artículo 786.2 de la LECRIM por causa de vulneración de derechos fundamentales y la nulidad de las actuaciones. O el órgano juzgador podría hacer uso de la facultad proponer la llamada “tesis del tribunal” ex artículo 787.3 de la LECRIM.

c) *Calificación definitiva*²⁸

Ocurre igual que el escrito de calificación provisional, pero con la fijación definitiva del objeto para la sentencia, por lo que vincularía al juzgador.

²⁸ Coquillat Vicente, A., “Conclusiones definitivas”, Tirant Online: disponible por Tol 20.253.

3. La sentencia

La sentencia es otro acto del órgano juzgador que identifica los hechos, pero aquí se va a situar esa identificación en los "Hechos" o "Antecedentes de Hecho", y la calificación se va a encontrar en los "Fundamentos Jurídicos" y el "Fallo"²⁹. Pero se sigue respetando la idea de identificar los hechos punibles, por un lado, y la calificación jurídica de esos hechos, por otro³⁰. Por ello, una identificación incorrecta del hecho, o una calificación no ajustada a los hechos, o que declare un concurso de delitos improcedente, vulnera los derechos del acusado³¹. En este caso, habrá que plantear un recurso a la Sentencia.

IV.- LA NULIDAD DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

En caso de indefensión, surge la duda de si es entonces de aplicación el artículo 238 de la LOPJ.

El artículo 238.4º de la LOPJ declara la nulidad de las actuaciones judiciales: *"Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión"*.

Lo que tenemos que responder es si la inobservancia del artículo 8 en los escritos procesales de fijación del hecho delictivo y la calificación jurídica, tiene entidad como para suponer un prescindir de normas esenciales del procedimiento o si por el contrario se debe derivar a las causas de nulidad que se encuentran en los recursos de casación de la LECRIM. Desde mi punto de vista, entiendo que sí la tiene³², y, en sentido estricto, debemos entender

²⁹ De hecho, en los Fundamentos Jurídicos se ha de declarar la existencia del concurso de norma antes de poder considerar los eventuales concursos de delitos para determinar las condiciones del cumplimiento de la pena por varios delitos.

³⁰ La identificación de los hechos y la calificación debe seguir respetando la proscripción de calificaciones simultáneas sobre un mismo hecho que no esté legalmente previsto, según el artículo 8 del CP.

³¹ De Llera Suárez-Barcelona, E., *"La correlación entre acusación y sentencia: los principios acusatorio y de contradicción"*, Tirant Online: disponible por Tol 20.258.

³² Decíamos que la inobservancia del artículo 8 del CP supone conculcar los principios de *in dubio pro reo*, *in dubio pro libertas*, *non bis in idem*, y legalidad. Precisamente, es la cuestión de la legalidad lo que implica su carácter de obligatoriedad de observancia en los actos procesales de

que se cumple el presupuesto para la nulidad de actuaciones³³.

Los artículos 240, 241 y 243 de la LOPJ establece que la nulidad puede intentar subsanarse mediante los recursos, y la vigencia del resto de actos procesales independientes del que se reclama nulo. Pero, también establece la posibilidad de declarar la nulidad del procedimiento sin subsanación si a causa de la indefensión, además, se considera vulnerado un Derecho Fundamental³⁴.

También, debemos tener en cuenta el acto que se quiere declarar nulo y el momento procesal³⁵. Esto no se puede reputar como hecho de nueva noticia, pero tampoco puede causar indefensión el no permitir un cambio de estrategia de la parte³⁶.

La inobservancia del artículo 8 del CP, reclamada y no atendida, deriva en posibilidad de recursos de casación³⁷ y de amparo ante el TC y el TEDH (ex artículos 847 y ss. de la LECRIM y 954 de la LECRIM), que puede acarrear, la declaración de nulidad a *posteriori*, una vez producida la prescripción del procedimiento o del hecho delictivo.

calificación; *ergo*, su inobservancia afecta al contenido de las normas procesales, y en este caso son esenciales porque son las que delimitan el objeto y genera derechos para el acusado para defenderse, aunque sea provisionalmente en algunos actos procesales, y esto es imprescindible para que haya procedimiento.

³³ Lo mismo que ocurría con el principio de *nulla poena et nulla crime sine lege previa*, su configuración en el CP se extiende a hasta afectar a las leyes del procedimiento, porque es donde se manifiesta.

³⁴ Aquí nos debemos plantear que la indefensión con vulneración de Derechos Fundamentales sólo puede venir del órgano judicial, cuando reclamado por la inobservancia del artículo 8 del CP este desoye a la parte y vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías.

³⁵ Por ejemplo: la defensa cambia de asistencia legal antes de la sentencia o tras el recurso a la sentencia, y el acto nulo fuera previo como el auto de procesamiento.

³⁶ Como decía, si una de las partes cambia su representante legal, por ejemplo (no ocurre con el órgano juzgador pues siempre puede actuar de oficio), este tiene derecho a revisar las actuaciones y cambiar la estrategia procesal y reclamar la inobservancia previa.

³⁷ Puede ser casación por vulneración de derecho sustantivo, en tanto que el artículo 8 está en la norma penal sustantiva y no la adjetiva, pero también esta incluida en la casación por defecto de forma del acto viciado por la inobservancia del artículo 8 del CP al tener que manifestarse en el acto procesal.

V.- CONCLUSIONES

En definitiva, podemos decir que la ligereza a la hora de llevar la acusación en la práctica, y lo peligroso de no analizar los casos individualmente sin atender a presupuestos pasados, ha llevado a la ya constatada situación de que las calificaciones jurídicas no se hacen de forma correcta.

Esto viciaría de nulidad los procedimientos dejando la puerta abierta a que sujetos potencialmente muy peligrosos sean liberados del cumplimiento de sus penas encaminadas para su reeducación y reinserción social por un mero defecto formal, o incluso darles el derecho a poder reclamar una indemnización por la vulneración de sus derechos.

Polémica aparte, como posibles líneas de investigación, sería analizar si los casos ya sentenciados podrían ser reabiertos, pero no lo parece por el principio de preclusión de los actos procesales, pues sería extemporáneo. Precisamente, no se puede hablar de hecho de nueva noticia, pues las partes conocen el derecho, lo conocían cuando fijaron el objeto del proceso y el juez queda vinculado a las peticiones de las partes; *ergo* no hay incongruencia entre lo pedido y lo ejecutado. Otra cuestión es si procede por otra vía reclamar una indemnización por la vulneración de Derechos Fundamentales, pero habría que determinar en cualquier caso el plazo para la prescripción de la acción desde el momento de la sentencia firme o final de la ejecución de la sentencia.

Finalmente, el artículo 8 del CP para resolver el concurso de normas no puede seguir siendo obviado, y la práctica judicial debe poner fin a esas sentencias como las mencionadas.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENGOT VILAPLANA, A., “El derecho a la información en los procesos penales (Directiva 2012/13/UE) y su incorporación a la Lecrim”, en Tirant Online: disponible por Tol 6.080.375.

BARRERA BLANCO, G., “Informe Jurídico sobre el Caso de los Guardias Civiles de Alsasua”, Trabajo de Fin de Máster en Abogacía, Universidad de Sevilla, 2017.

COQUILLAT VICENTE, A., “Conclusiones definitivas”, Tirant Online: disponible por Tol 20.253.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., “La identificación de la pretensión penal”, Tirant Online: disponible por Tol 20.196.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., “Los actos de delimitación de la pretensión penal”, Tirant Online: disponible por Tol 20.338.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., “Los límites de la sentencia penal”, Tirant Online: disponible por Tol 20.257.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., “La correlación entre acusación y sentencia: los principios acusatorio y de contradicción”, Tirant Online: disponible por Tol 20.258.

MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte General”, Editorial Repertor, 10ª Edición, 2015.

MORENO CATENA, V., “Calificaciones provisionales: concepto y fundamento”, Tirant Online: disponible por Tol 20.227.

MORENO CATENA, V., “La formulación de las clasificaciones provisionales”, Tirant Online: disponible por Tol 20.228.

MORENO CATENA, V., “El contenido del escrito de calificación provisional”, Tirant Online: disponible por Tol 20.229.

POLAINO NAVARRETE, M., "Lecciones de Derecho Penal Parte General. Tomo II", Tecnos, 2ª Edición corregida y actualizada, 2016.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., "Derecho Penal Español. Parte General", Artes Gráficas y Ediciones, 6ª Edición, 1977.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., "Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo", Atelier Libros Jurídicos, 1ª Edición actualizada, 2015.

DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN MERCADOS FINANCIEROS CHILENOS

María Jesús Blanco Sánchez
Contratada predoctoral FPU
(Universidad Pablo de Olavide. Sevilla. España)

I.- INTRODUCCIÓN

La contratación de servicios financieros en Chile se ha incrementado significativamente a partir del desarrollo de políticas de inclusión bancaria y del crecimiento de servicios de inversión. Se desenvuelve en un marco de asimetría informativa cuando una de las partes contratantes tiene condición de consumidor. Por esta razón existen diversas normas que regulan la contratación con entidades financieras y establecen deberes precontractuales de información como herramienta para superar las asimetrías informativas imperantes.

El fortalecimiento del sistema financiero se eleva en elemento capital para el desarrollo económico. Chile habría experimentado una profunda transformación de su sistema financiero, desde la liberalización a mediados de los setenta, pasando por la crisis de la deuda de comienzos de los ochenta y el posterior reordenamiento, hasta el período de crecimiento y profundización que se inició a mediados de los ochenta y continúa hasta hoy. El proceso de liberalización de los mercados financieros chilenos se iniciaría con una fuerte presencia estatal desde la década de 1960 hasta las modificaciones estructurales derivadas del golpe militar de 1973 y la crisis económica de los años que siguieron a 1980. A partir de este momento los servicios financieros se

verían inmersos en un proceso de regulación que tendría por características fundamentales el crecimiento sostenido del sistema bancario y mercado de valores.

Los avances en el sistema permitirían optimizar costes de adquisición de información, incentivos para cumplimiento de contratos, surgimiento de nuevos mercados o actividades de intermediación financiera¹.

Los deberes precontractuales de información en el sentido que aquí se estudian deben considerarse en sede de formación del consentimiento en el desarrollo de una serie de actividades financieras que conllevan la realización de actos jurídicos complejos por consumidores.

Conforme al principio de autonomía de la voluntad toda obligación reposa sobre la voluntad de las partes, siendo así la fuente y medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce. En palabras de ROSENDE SUBIABRE "no debe olvidarse que en materia patrimonial todo el Derecho clásico ha reposado sobre dos pilares fundamentales, cuales son la autonomía de la voluntad, con especiales proyecciones en el campo de la contratación, y, por otra parte, el derecho de dominio, explicado sustancialmente como una relación directa y exclusiva entre su titular y el objeto sobre el que recae"². En Derecho chileno, al igual que en derecho europeo, tomando expresión de VERDUGO BRAVO, puede asumirse que la expresión autonomía privada ha reemplazado a la de autonomía de la voluntad³.

¹ HERNÁNDEZ, L. y PARRO, F., 2005. *Sistema Financiero y Crecimiento Económico en Chile*, Disponible en:

https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093747/r99_hernandez_sistema_financiero.pdf

² ROSENDE SUBIABRE, H., "Algunas consideraciones sobre la nacionalización en relación con los antecedentes legislativos de la reforma constitucional", *Estudios jurídicos*, núm. 1 (1972), p. 91.

³ VERDUGO BRAVO, I., "La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos", *Ars Boni et Aequi*, nº 4 (2008), p. 101. Para hacer esta afirmación se apoya en DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 375.

El Código de Bello⁴, en su artículo 1545⁵ establece que el contrato es ley para las partes. Siendo la voluntad de las partes el eje central de la contratación nos encontramos en la necesidad de considerar el tratamiento jurídico que el legislador chileno hace de la configuración de dicha voluntad. Anticipamos que el legislador no ha dado capital importancia al desarrollo de la etapa precontractual, sino que se limitó al establecimiento de reglas relativas al momento y lugar de formación del consentimiento.

Hubo que esperar al Código de Comercio⁶. El legislador chileno intentó por medio del Código de Comercio, como se señala en el mensaje del mismo cuerpo legal, “llenar un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil” haciéndose aplicables los artículos 97 a 108 del Código de Comercio, relativos a la formación del consentimiento, en materia civil, ya que “a pesar de estar contenidos en un código especial, regulan una materia de aplicación general”⁷.

Cerramos este epígrafe introductorio comentando la estructura del trabajo. Partiremos de la exposición de los aspectos más generales de deber de información, continuando con el análisis de la contratación financiera y ámbito de aplicación de los deberes precontractuales de información en el marco de la norma nacional chilena. Se consideran algunos preceptos concretos de normativa específica del sistema financiero. Se finaliza con unas líneas orientadas a la puesta en común del marco normativo chileno estudiado con la realidad vigente, con carácter general, en Europa.

⁴ Código Civil de la República de Chile, también conocido como Código de Andrés o, simplemente, Código de Bello, fue promulgado por Ley de 14 de diciembre de 1855, durante el gobierno del presidente Manuel Montt. Se dispuso que el Código entrara en vigor el 1 de enero de 1857.

⁵ Título XII. Del efecto de las obligaciones.

Art. 1545. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

A mayor abundamiento, se recomienda la lectura: PIZARRO WILSON, C., “Notas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 de Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 31 (2004), pp. 225-237.

⁶ El Código de Comercio de la República de Chile fue promulgado el 23 de noviembre de 1865 y entró en vigor el 1 de enero de 1867. Fue obra del jurista y abogado argentino José Gabriel Ocampo, siéndole encomendada la redacción del proyecto de código por el gobierno del presidente Manuel Montt.

⁷ PINOCHET OLAVE, R. y AGUIRRE VELOSO, A., “La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte III: El momento de formación del consentimiento electrónico”, *Ius et Praxis*, núm. 11-2 (2005), consulta en ed. Digital.

II.- ASPECTOS GENERALES DEL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

La doctrina chilena ha centrado el estudio de la etapa precontractual en el análisis de las reglas de formación del consentimiento que se contienen en los artículos 98 y siguientes del Código de Comercio, en tanto es el único cuerpo legal que contiene normas específicas dedicadas a la regulación de la materia. No debe obviarse que se trata de normas dictadas aun cuando la autonomía de la voluntad era paradigma imperante en la contratación y no existiría la consideración de que las partes tuvieran deberes de informar al perfeccionamiento del contrato.

Siguiendo a RAMOS PAZOS, dentro del periodo precontractual podemos distinguir una primera fase compuesta por los tratos preliminares, que transcurre entre las primeras aproximaciones de las partes hasta la oferta realizada por una de ellas y una segunda fase de “periodo de oferta” que abarcaría desde la realización de la oferta hasta el perfeccionamiento del contrato⁸. A nosotros nos ocupa esta segunda fase, siendo en ella de aplicación las reglas del Código de Comercio que han sido referidas⁹.

Cabe señalar el papel que el principio de buena fe juega como forma de articular y regular la conducta de las partes contratantes, constituyendo un verdadero principio general de contratación. La doctrina ha alcanzado a distinguir la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva¹⁰. La buena fe abarca el conjunto del *iter* contractual y así ha quedado jurisprudencialmente establecido: “en la etapa de conversaciones preliminares a la celebración de un contrato, las partes intervinientes tienen la obligación de obrar dentro de los límites de la buena fe que se debe manifestar en una conducta leal y honesta”¹¹.

⁸ RAMOS PAZOS, R., *De la responsabilidad extracontractual*, Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 6.

⁹ Se recomienda la lectura de SEGURA RIVEIRO, F., “Algunas cuestiones actuales sobre oferta y aceptación”, *Cuadernos de análisis jurídico*, núm. 3 (2006), pp. 23-60.

¹⁰ LÓPEZ SANTAMARÍA, J., *Los contratos. Parte general. Tomo II*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 395-415.

¹¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 30 de junio de 1999. Sociedad Ruz de la Barra con Comar S.A. Rol 1530-1996, Véase comentario a la misma por DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.,

Sigamos poniendo en relación la teoría clásica del contrato vigente en el Código de Bello con la autonomía de la voluntad imperante en el momento, de modo que la autonomía de la voluntad se constituiría en eje de las relaciones jurídicas. ALESSANDRINI RODRIGUEZ afirmó que el principio de la autonomía de la voluntad es la aplicación en materia contractual de las doctrinas liberales e individualistas de la Revolución Francesa, y que alcanzaron su mayor auge durante el siglo pasado. Si los derechos eran meras facultades que la ley reconocía existir en el individuo y la libertad es la base de toda actividad humana, sería lógico que ella pueda obrar como mejor le plazca, no siendo naturalmente contra el orden público o las buenas costumbres¹².

En el marco de la protección del contratante débil el deber precontractual de informar busca el equilibrio que permita la formación de un consentimiento real e informado. Téngase en cuenta que el deber precontractual de informar no solo tratará de solventar aquellas situaciones carentes de información. Puede darse el caso de que las partes contratantes, teniendo a su disposición la información necesaria para la formación de un consentimiento real no sean capaces de asumirla y comprenderla. En el tema que nos ocupa será frecuente esta situación, en tanto nos encontramos ante figuras complejas y atípicas en numerosas ocasiones. Será el deber precontractual de informar el encargado de corregir esta situación mediante el establecimiento del contenido y forma en que debe ser proporcionada la información¹³.

La búsqueda, como fin último, de la protección de la confianza y la eficiencia de las relaciones contractuales no pueden ser obviadas. El establecimiento del deber precontractual de información protege la confianza desplegada por las partes contratantes mediante la regulación del contenido y forma en la que se entrega la información a la contraparte¹⁴. En lo relativo

“Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones avanzadas. Daños causados”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 204 (1998).

¹² ALESSANDRINI RODRIGUEZ, A., *De los contratos*, Ediar Editores, Santiago, 1988, p. 11.

¹³ DE LA MAZA GAZMURI, I., Los límites del deber precontractual de información, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 149-155.

¹⁴ BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006, p. 1021.

a la protección de la eficiencia de la contratación señala HERNÁNDEZ PAULSEN que el correcto funcionamiento del sistema económico supone que los intercambios entre privados se hagan sobre la base de decisiones racionales. Estas, para ser tales, deben derivar de una información verdadera, principalmente acerca del contenido económico del contrato. Aplicado a los mercados que nos ocupan esta protección se traduciría en un conocimiento veraz acerca del alcance jurídico y económico del contrato que eventualmente se celebre¹⁵.

III.- EN LOS MERCADOS FINANCIEROS: OBLIGACIÓN PRECONTRACTUAL DE INFORMAR

La propia naturaleza de los servicios financieros es razón de la existencia de deberes precontractuales de información. La búsqueda de la comprensión de la información efectivamente facilitada al consumidor permitirá la generación de un consentimiento real e informado.

Téngase en cuenta que el consumidor de servicios financieros se encontrará ante un experto o profesional del servicio que presta. La confianza se alzará en valor paradigmático en la contratación de servicios financieros. El consumidor confía en el profesional para el éxito del negocio pretendido, ya que los servicios financieros cuentan con la consideración de bienes de confianza (*credence goods*), definidos con carácter general como aquellos que apuntan al grado de confianza que los individuos tienen en el desempeño de las empresas productoras y su sistema de control¹⁶.

Serán, además, numerosas las ocasiones en que nos encontremos ante la contratación mediante contratos de adhesión¹⁷. Estos deberes precontractuales de información serán de aplicación a los actos o contratos celebrados

¹⁵ HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 102.

¹⁶ ROSTIÓN CASAS, I., "SERNAC financiero: Nuevos deberes de información y responsabilidad civil", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, núm. 1 (2004), p. 429.

¹⁷ En Chile destaca la aportación de DE LA MAZA GAZMURI, "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 1 (2003), pp. 109-147.

por entidades financieras con consumidores que tengan por objeto la prestación de servicios financieros¹⁸.

Avancemos hacia el ámbito de aplicación subjetivo. Nos ocupamos de describir los sujetos entre quienes se lleva a cabo la operación. De una parte, tendremos al consumidor¹⁹, de otra al proveedor²⁰.

¹⁸ En cuanto a servicios crediticios el artículo 69 del Decreto con Fuerza de Ley nº 3, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y otros cuerpos legales, recoge entre otros: recepción de depósitos, celebración de contratos de cuenta corriente bancaria, emisión de bonos o debentures sin garantía especial, emisión de fondos recibidos al otorgamiento de mutuos amparados por garantía hipotecaria para el financiamiento o refinanciamiento de la adquisición, construcción, reparación o ampliación de viviendas, préstamos con o sin garantía, descuento de letras de cambio, pagarés y otros documentos que representen obligación de pago, emisión de letras de pagos, adquisición, cesión y transferencia de fondos de comercio, otorgamiento de créditos amparados por garantía hipotecaria, podrán efectuar cobranzas, pagos y transferencias de fondos, operaciones de cambios internacionales, emisión de cartas de crédito, aval de letras de cambio, pagaré y otorgamiento de finanzas, emisión de letras, órdenes de pago y giros contra sus propias oficinas, emisión de depósitos de garantía, recepción de valores y efectos de custodia, aceptación de comisión de confianza, actuación como agentes financieros y prestar servicios de asesoría financiera, adquisición, conservación y enajenación de bonos de la deuda interna y cualquiera otra clase de documentos, emitidos en serie, representativos de obligaciones del Estado o de sus instituciones, adquisición, conservación y enajenación de valores mobiliarios de renta fija, incluso letras de crédito emitidas por otros bancos, y encargo de la emisión y garantizar la colocación y el servicio de dichos valores mobiliarios, emisión y operación con tarjetas de crédito, actuación como agentes colocadores de acciones de primera emisión de sociedades anónimas abiertas pudiendo garantizar su colocación, otorgamiento a sus clientes servicios financieros por cuenta de terceros.

A la amplitud de lo recogido en el referido artículo debe sumarse lo establecido en el artículo 17 b de la Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, que al regular materia de contratos de adhesión fija expresamente “servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero”.

En la búsqueda del contenido de la categoría de servicios de inversión acudimos al artículo 56 de la Ley 20.712, sobre administración de fondos de terceros y carteras individuales, recoge, expresamente “todo tipo de instrumentos, contratos o bienes, o certificados representativos de éstos”.

¹⁹ SAN MARTIN NEIRA, atendiendo a la definición dada por la norma general de consumidores puesta en relación con los derechos establecidos en materia financiera entiende que será consumidor financiero: “la persona natural o jurídica que en calidad de destinatario final celebre un contrato de servicios crediticios, de seguro y en general, de cualquier producto financiero, ya sea con un banco, con una institución financiera, una sociedad de apoyo a su giro, un establecimiento comercial, una compañía de seguro, una caja de compensación, una cooperativa de ahorro y crédito, o, en general, con cualquier persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos”, en SAN MARTIN NEIRA, L., “Artículo 3º. Inciso 2º. Derecho del consumidor de servicios financieros”, en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago 2013, p. 143.

²⁰ No existe una definición expresa del mismo. Igual que ocurría en el ámbito del consumidor, el proveedor será encuadrable en el sentido general dado por la Ley nº 19.494, en su artículo 1.2,

IV.- DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA DE LA QUE NACEN DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUALES EN DERECHO CHILENO

Durante su vigencia la Ley 19.496, que establece las normas de protección de los consumidores, ha sido modificada con la finalidad de proteger al consumidor en las diversas áreas del consumo, especialmente en materia de asimetrías informativas, elemento característico de la contratación en mercados financieros. En el año 2011 se dictó la Ley n° 20.555 con miras a fortalecer el rol del Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, SERNAC) en materia financiera.

1. Sobre los derechos y deberes de los consumidores, en general

El artículo 3 de la Ley 19.496 establece los derechos y deberes de los consumidores. Se trata de una disposición de carácter general y por tanto aplicable a las relaciones que se desarrollan en mercados financieros. La información suministrada al consumidor financiero debe caracterizarse por ser veraz y oportuna. En cuanto al contenido de la misma debe entregarse información relativa al precio, condiciones de contratación y otras características relevantes del servicio o producto contratado. Destaca el carácter ambivalente de esta obligación: además de otorgar el derecho a ser informado al consumidor y la consecuente obligación del proveedor de suministrar la información, el texto insta al consumidor a informarse responsablemente, requiriendo así una conducta activa. Siguiendo a BARRIENTOS ZAMORANO incidimos en la finalidad efectiva de la norma: posibilitar que existan mercados competitivos en un ámbito importante para toda la población del país²¹.

entendido como persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que habitualmente desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. Esta definición amplia debe ponerse en relación con lo establecido en la Ley 20.555, que limita el concepto a la prestación habitual de concreto contrato que regula. De nuevo, el Derecho chileno, opta por una consideración amplia del concepto.

²¹ BARRIENTOS ZAMORANO, "Artículo 3º B)", en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago 2013, pp. 94-103.

2. Diferencia entre consumidores generales y consumidores financieros

El apartado segundo del artículo tercero es la manifestación expresa de la distinción que hace la ley chilena entre consumidores generales y consumidores financieros. Esta disposición fue incorporada por la Ley 20.555, estableciendo un catálogo de derechos del consumidor financiero.

3. Deber precontractual de informar del proveedor que celebra el contrato por medios electrónicos

El artículo 12 a exige el cumplimiento de un deber precontractual de informar al proveedor que celebra el contrato por medios electrónicos, y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquiera otra forma de comunicación a distancia. Este artículo es fruto de la modificación introducida por la Ley 19.955²².

4. Análisis de la información que debe suministrarse

El precepto 17 B) de la Ley 19.496, permite que continuemos con el análisis de la información que debe suministrarse.

Hacemos una advertencia en palabras textuales del profesor DE LA MAZA GAZMURI: “tratándose de servicios financieros, el suministro de información no queda limitado a los datos contenidos en el artículo 17 B); tampoco se agota si se entrega la información requerida por otros preceptos integrados a la Ley 19.496 por la Ley 20.555. Es necesario, todavía, considerar que la Ley 19.496 ya disponía de regulación respecto al crédito al consumo (...). En fin, aún habrá que tener presentes los reglamentos pertinentes”.

El apartado a) del precepto que nos ocupa obliga al proveedor a suministrar información sobre valor efectivo de los servicios prestados. Lo describe como un desglose pormenorizado de todos los cargos, comisiones, costos y

²² Modifica la ley nº 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores. Fue promulgada el 29 de junio de 2004 y publicada el 14 de julio.

tarifas que expliquen dicho valor efectivo, incluso aquellos cargos, comisiones, costos y tarifas asociados que no forman parte directamente del precio o que corresponden a otros productos contratados simultáneamente y, en su caso, las exenciones de cobro que correspondan a promociones o incentivos por uso de los servicios y productos financieros. En resumen, el proveedor debe informar previa y concretamente de los cargos y tarifas que se cobrarán una vez perfeccionado el contrato.

Las letras b) y c) hacen referencia al término anticipado del contrato y a su duración. Se informa de las causas que darán lugar al término anticipado del contrato por parte del prestador, el plazo y medio para hacerlo. La letra c) obliga a informar la duración del contrato y las causas que pudieran dar lugar a su término anticipado por la sola voluntad del consumidor y los plazos y costos que el ejercicio de dicho derecho represente.

El apartado d) se refiere a la contratación simultánea o conexas de varios productos o servicios, obligando al proveedor a insertar un anexo en que se identifiquen cada uno de los productos o servicios, estipulándose claramente cuáles son obligatorios y cuáles voluntarios. Además, se establece la firma de los anexos como medida de protección para el consumidor de servicios financieros.

Las letras e) y f) se encuentran en estrecha relación con los artículos 55 y 56 de la norma que nos ocupa, concretamente destinados a informar sobre si la institución cuenta con un servicio de atención al cliente que atienda las consultas y reclamos de los consumidores y señalar en un anexo los requisitos y procedimientos para acceder a dichos servicios, así como sobre si el contrato cuenta o no con sello SERNAC vigente.

La letra g) del mismo apartado del artículo se destina a garantizar la transparencia de la existencia de mandatos en el contrato²³. Se aplica a mandatos

²³ Para profundizar sobre la cuestión se recomienda la lectura de:

SAN MARTIN NEIRA, L., "Artículo 17 B)", en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 399-411.

CAPRILE BIERMANN, B., "La ineficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero

otorgados en virtud del contrato o a consecuencia de este, deben determinarse sus finalidades y los mecanismos mediante los cuales se rendirá cuenta de su gestión al consumidor. Se prohíben los mandatos en blanco y los que no admitan su revocación por el consumidor.

5. Estandarización de las cláusulas del deber de información

Con objeto de facilitar la comprensión de los servicios que se ofrecen, disminuir costos de tiempo en la lectura de la información y, en consecuencia, permitir la comparación del concreto producto con otros que se encuentren en el mercado se incluyó en artículo 17 C a la Ley 19.496 a través de la Ley 20.555. Así se protege la libertad de elección al tiempo que se incrementa la competitividad en el mercado financiero²⁴.

6. Publicidad y protección del consumidor financiero

Para regular la publicidad y otros aspectos fue insertado en la Ley de protección de consumidores a través de la Ley 20.555 el artículo 17 G. Siguiendo a BARQUERO HERRERA y CABALLERO GERMAIN pueden considerarse supuesto de hecho de esta norma tres elementos: la publicidad, las operaciones de crédito y la cuota o tasa de interés de referencia²⁵. Dándose el supuesto de hecho indicado el proveedor de productos y servicios financieros estará obligado a informar a la “carga anual equivalente”. Los incisos segundo y tercero del apuntado precepto regulan ciertos aspectos en materia de cotizaciones.

(Autocontratación, irrevocabilidad y mandatos en blanco)”, en AA.VV., *Estudios de Derecho civil VIII*, Legal Publishing, Santiago, pp. 233-255.

²⁴ FERNANDEZ ACEVEDO, F., “Artículo 17 C”, en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 414.

²⁵ BAQUERO HERRERA, M., y CABALLERO GERMAIN, G., “Artículo 17 G” en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago 2013, pp. 450-452.

V.- CONCLUSIONES

Visto el deber de información con carácter general y considerado en el seno del sistema financiero, podemos advertir que frente a la tendencia europea que ha abandonado la noción general de consumidor y ha preferido nociones concretas que ponen la atención en la desigualdad entre las partes contratantes, el legislador chileno no ha tomado esta opción. Europa se acomoda a sistemas que tratan en leyes distintas la regulación general de las relaciones de consumo y la regulación específica de contratación en el mercado. El sistema chileno ha optado por incorporar la contratación en mercados financieros en una ley general de protección de derechos de consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRINI RODRIGUEZ, A., *De los contratos*, Ediar Editores, Santiago, 1988.

BAQUERO HERRERA, M. y CABALLERO GERMAIN, G., "Artículo 17 G" en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago 2013, pp. 449-467.

BARRIENTOS ZAMORANO, "Artículo 3º B)", en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago 2013, pp. 94-103.

BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica, Santiago, 2006.

CAPRILE BIERMANN, B., "La ineficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, irrevocabilidad y mandatos en blanco)", en AA.VV., *Estudios de Derecho civil VIII*, Legal Publishing, Santiago, pp. 233-255.

DE LA MAZA GAZMURI, "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas", *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 1 (2003), pp. 109-147.

DE LA MAZA GAZMURI, I., Los límites del deber precontractual de información, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., “Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones avanzadas. Daños causados.”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, núm. 204 (1998), p. 187.

FERNANDEZ ACEVEDO, F., “Artículo 17 C”, en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 412-418.

HERNÁNDEZ PAULSEN, G., *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

LÓPEZ SANTAMARÍA, J., *Los contratos. Parte general. Tomo II*. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

PINOCHET OLAVE, R. y AGUIRRE VELOSO, A., “La formación del consentimiento a través de las nuevas tecnologías de la información. Parte III: El momento de formación del consentimiento electrónico”, *Ius et Praxis*, núm. 11-2 (2005), consulta en ed. Digital.

PIZARRO WILSON, C., “Notas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 de Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 31 (2004), pp. 225-237.

RAMOS PAZOS, R., *De la responsabilidad extracontractual*, Legal Publishing, Santiago, 2008.

ROSENDE SUBIABRE, H., “Algunas consideraciones sobre la nacionalización en relación con los antecedentes legislativos de la reforma constitucional”, *Estudios jurídicos*, núm. 1 (1972), pp. 84-101.

ROSTIÓ CASAS, I., “SERNAC financiero: Nuevos deberes de información y responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, núm. 1 (2004), pp. 423-441.

SAN MARTIN NEIRA, L., "Artículo 3º. Inciso 2º. Derecho del consumidor de servicios financieros", en AA.VV., *La protección de los derechos de los consumidores*, Thomson Reuters, Santiago 2013.

SEGURA RIVEIRO, F., "Algunas cuestiones actuales sobre oferta y aceptación", *Cuadernos de análisis jurídico*, núm. 3 (2006), pp. 23-60.

VERDUGO BRAVO, I., "La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos", *Ars Boni et Aequi*, nº 4 (2008), p. 101. Para hacer esta afirmación se apoya en DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 1975.

Otras fuentes:

HERNÁNDEZ, L. y PARRO, F., 2005. *Sistema Financiero y Crecimiento Económico en Chile*, Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093747/r99_hernandez_sistema_financiero.pdf

MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE INVESTIGACIÓN: AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA

Eva María Calvo Pereira

Doctoranda en Desarrollo Inclusivo y Sostenible
(Universidad Loyola Andalucía. España)

El objetivo de esta comunicación es realizar un análisis respecto de la posibilidad de adoptar medidas tecnológicas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución, sin mediar autorización judicial que la habilite.

Estas medidas de investigación vienen recogidas en la LECriminal tras la reforma operada por LO 13/2015 de octubre, de modificación para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

En un primer lugar hemos de dejar sentado que el derecho al secreto de las comunicaciones posé reserva constitucional, por lo que no será posible adoptar ninguna medida sin la debida autorización judicial. Sin embargo, no así el derecho a la intimidad personal, contemplado en el artículo 18.1 de la Constitución Española. Éste viene a proteger la vida privada de la persona como aquel ámbito de ésta, que ella misma excluye del conocimiento de terceros¹.

¹ En este sentido se pronuncian sentencias como la STC 151/1997, de 29 de septiembre, señalándolo como el ámbito que desea mantenerse oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada, y que el mismo articulado relaciona con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Con anterioridad a esta reforma, la Jurisprudencia estableció unos principios rectores de obligado cumplimiento a fin de garantizar la no injerencia sobre los derechos fundamentales. El legislador se hace eco de que su observancia sea efectiva. Por otro lado, la autoridad judicial se erige como garante de la misma. De ahí que, la adopción de cualquier medida que pueda interferir en tales derechos, requiera de su autorización y supervisión. Sin embargo, lo que venimos además a plantearnos a través de este trabajo es, si esta regla general se puede exceptuar en supuestos de urgencia. Y si así resultara, en qué supuestos cabe dicha excepción.

Como regla general, el artículo 588 bis a dispone: 1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Es decir, los llamados principios rectores.

En este mismo capítulo, nos encontramos con el artículo 588 sexies c 4) que introduce una excepción: "En los casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida²...". Recoge la disposición varios conceptos de vital importancia cuales son: urgencia, existencia de interés constitucionalmente legítimo, comunicación inmediata a la autoridad judicial, justificación de la adopción de la medida, forma y resultado, así como la posterior validación judicial o revocación. Todos presupuestos de obligada observancia que pasaremos a estudiar.

Con carácter previo, hay que enfrentarse al principio de proporcionalidad en su concepto amplio. Se trata de un principio inexcusable que ha de regir en todo momento y supuesto. La LECrim, reproduciendo lo dictado en sentencias como STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, donde exige la estricta

² "...prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida".

observancia del principio de proporcionalidad concretado en: “tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto a fin de que ningún derecho fundamental se viese conculcado por el uso de una medida de injerencia”. Requisitos recogidos en el artículo 588 bis a de la LECrim.

Vamos a realizar un somero estudio del artículo 588 bis a), los Principios Rectores con la excepción contemplada en el artículo 588 sexies, así nos encontraremos con:

- I.- El primer elemento, el de la Urgencia, que guarda gran relación los Principios de necesidad y excepcionalidad.
- II.- El Interés constitucionalmente legítimo, como segundo. Guarda gran relación con el principio de idoneidad.
- III.- El tercer presupuesto: que resulte una medida imprescindible para ser adoptada, relacionada con el principio rector de la especialidad de la norma.

I.- URGENCIA CON RELACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE NECESIDAD Y EXCEPCIONALIDAD

Artículo 588 bis a 4) de la LECrim.: “en aplicación de los **principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida de investigación:**

- a) **Con relación al principio de excepcionalidad:** cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho.
- b) **Respecto del principio de necesidad:** cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida”.

Son numerosas las sentencias que establece la regla general, por ejemplo, la STC 70/2002 de 3 de abril³, cuando señala que, para determinar la existencia de injerencia sobre un derecho fundamental, existe la obligación de realizar un juicio de necesidad en orden a establecer que la medida sea necesaria o imprescindible. Es decir, que no existan otras medidas menos gravosas, medidas que no supongan sacrificio, o supongan uno menor en los derechos fundamentales, siendo indistintamente adecuadas para dicho fin. Como dice la sentencia citada: "la regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que solo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judicial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine".

³ STC 70/2002, de 3 de abril. En ella se estudia el supuesto de hecho en el que se detecta la llegada al aeropuerto de Barcelona, de tres paquetes conteniendo sustancias estupefacientes procedentes de Venezuela. La Policía Judicial solicita a Fiscalía del TSJ de Cataluña, autorización para proceder a la entrega controlada de los mismos. Posteriormente se procede a la detención de un sujeto relacionado, el ahora recurrente, al que se le intervienen junto a sus efectos personales, unas hojas manuscritas y dobladas, sin sobre, entre las hojas de una agenda, que la Guardia Civil incorpora a la causa. Se producen una serie de alegaciones formales y procesales a la casación. En cuanto a la posible vulneración del artículo 18.3 C.E., derecho al secreto a las comunicaciones, determina el Tribunal que no resulta conculcado al no existir detención previa de la correspondencia ni apertura posterior de la misma. Estima el Tribunal que unas hojas manuscritas sin sobre no tienen evidencia externa de comunicación postal protegida. No se interfiere en el proceso de comunicación ya que éste se encontraba consumado. Se considera la carta como un documento. Respecto de la posible vulneración del derecho a la intimidad, recogido en el artículo 18.1 C.E., y que pone en relación con el anterior, se entiende en la resolución con respecto al requisito de urgencia, que *"si bien la actuación no se realiza previa autorización judicial, podemos afirmar que estamos en uno de los supuestos excepcionados de la regla general, pues existen y pueden constatarse razones para entender que la actuación de la Guardia Civil era necesaria. Los funcionarios policiales se encontraban investigando un delito de tráfico de drogas, con implicaciones internacionales y en el marco de lo que parecía una red de criminalidad organizada, lo que resulta relevante no tanto por la gravedad del hecho, que la tiene, sino sobre todo por la modalidad delictiva y la enorme dificultad de su persecución penal. La investigación había dado como resultado la detención de varios sujetos, en el curso de una entrega controlada de drogas, pero podía suponerse que había otros implicados o datos relevantes que pudieran extraerse de un primer examen de los objetos intervenidos al recurrente, lo que razonablemente hace necesaria la intervención policial inmediata, pues una eventual espera por el tiempo necesario para obtener la autorización judicial hubiera hecho probablemente inútil la intervención. Por tanto, la necesidad de intervención inmediata en el caso concreto está acreditada"*.

La excepción cabe, cuando existan razones de urgencia en la necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En este sentido nos encontramos con la STS 204/2016 de 10 de marzo, así como la STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 8, respecto a la adopción de las medidas sin consentimiento del afectado ni autorización judicial “...han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios...”.

Asimismo, nos encontramos con una sentencia de trascendental importancia, la STC 115/2013, de 9 de mayo del 2013, donde en el supuesto del examen de una agenda de teléfono móvil, nuestra jurisprudencia admite el examen directo por los agentes de la policía judicial al estimar que no afecta al derecho del secreto de las comunicaciones sino al derecho a la intimidad.

La valoración respecto de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante*, pero como recoge ya nuestro cuerpo legal y la jurisprudencia venía admitiendo, sin embargo, existe la posibilidad del control *ex post*. Cuando se realiza ese control posterior, y en el supuesto de verse vulnerado el derecho fundamental en cuestión, daría lugar a efectos procesales respecto de la ilicitud de la prueba así obtenida. El análisis *ex post* ha de realizarse valorando la decisión policial en el momento que se acordó desde un doble prisma, tanto si la autoridad judicial hubiera acordado la medida de habersele solicitado en aquel momento, como también respecto de la necesidad de adopción de la misma por parte de la policía.

En el sentido tratado, la citada STC 115/2013, de 9 de mayo del 2013, realizó un análisis acerca de los requisitos necesarios para que el acceso policial a la agenda de un teléfono móvil sin autorización judicial previa, no considerándolo en dicho supuesto como unaintolerable injerencia al derecho a la intimidad. En esta resolución se consideró que la exigencia de autorización judicial venía excepcionada por razones de necesidad de intervención policial inmediata para la averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes o la obtención de pruebas incriminatorias⁴. Concurrían pues ex

⁴ Recoge textualmente la STC 115/2013, de 9 de mayo del 2013, lo siguiente: “en el presente caso el acceso policial a la agenda de contactos de los teléfonos móviles que encontraron encendidos

ante, las razones de urgencia y necesidad que legitiman constitucionalmente la intervención policial conforme a nuestra doctrina (STC 70/2002, FJ 10). Razones de urgencia y necesidad que, en este caso, vienen además avaladas por la flagrancia del delito, circunstancia que refuerza la necesidad de intervención inmediata de la Policía Nacional. E igualmente estudia la resolución, junto con este juicio de necesidad, el hecho de que la medida fuera ponderada o equilibrada, “por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, dada la naturaleza y gravedad del delito investigado y la leve injerencia que comporta en el derecho a la intimidad del recurrente el examen de la agenda de contactos de su teléfono móvil”, lo que supone un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Estudiando también la importantísima STC 173/2011, de 7 de noviembre⁵, se llega por el tribunal a una solución similar, muy discutible. Tan discutible que, de hecho, en la sentencia consta el voto particular emitido por la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, respecto de la necesidad de autorización judicial y la valoración que de la urgencia y necesidad se realiza. El ordenador se encontraba en poder de la policía, luego la pieza de convicción esencial y el objeto de prueba se encontraba a salvo. Resulta completamente inverosímil que mediante una conexión a distancia se procediese al borrado de los ficheros ilícitos de ese ordenador o que pudiera tener en la “nube de Internet” sin estar conectado el ordenador a la red. Como dice la Magistrada, “en nada se hubiera puesto en riesgo la labor investigadora de la policía si, estando dicho terminal en su poder, se mantiene apagado hasta lograr la preceptiva autorización judicial”. A mayor abundamiento, el denunciado es detenido y permanece en dependencias policiales desde el siguiente día a la interposición de la denuncia, y durante 24 horas, encontrándose ambos, ordenador y denunciado bajo la tutela de la policía sin poder éste poner en peligro los datos existentes. Y en este sentido se pronunció posteriormente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 30 de mayo del

en el lugar de los hechos constituye una diligencia urgente y necesaria para tratar de averiguar la identidad de alguna de las personas que huyeron cuando fueron sorprendidas, in fraganti, custodiando un importante alijo de droga, evitando así que pudieran sustraerse definitivamente a la acción de la Justicia”.

⁵ STC 173/2011, de 7 de noviembre.

2017, asunto Trabajo Rueda c España, estimando como desproporcionada la medida por innecesaria. Es decir, no existió motivo para excepcionar la regla general, la previa autorización judicial. Así, su utilización en el proceso como única prueba de cargo, resultó haber sido obtenida de manera ilícita por la policía, vulnerando el derecho a la vida privada recogido en el art 8 CEDH.

II.- INTERÉS CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO

Guarda gran relación con el principio de idoneidad.

Dice el art 588 bis a) sobre el principio de idoneidad, que “servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad”. En opinión de Rodríguez Laínz⁶, se trata del “principio con la definición menos acertada del artículo citado. Considera una previsión de que, de la investigación puedan resultar datos relevantes, y, por lo tanto, sean utilizados medios adecuados para tal consecución”.

Entendemos esa idoneidad como la medida más eficaz, útil, conveniente o apta para que, realizado el juicio de valor pertinente, se llegue a la conclusión de que no existan otros medios menos gravosos e igualmente adecuados para la consecución de los fines de la investigación. El más gravoso para los derechos fundamentales en juego, no sería el necesario, y, por consiguiente, tampoco superaría el juicio de necesidad. En este sentido se pronuncia la STC 49/1997, Pleno, de 5 de abril, en su F.J. 7º: “La expresión del presupuesto habilitante de la intervención telefónica constituye una exigencia del juicio de proporcionalidad. Pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, sólo a través de esa expresión, podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental” (SSTC 37/1989, 3/1992, 12/1994, 13/1994,

⁶ RODRÍGUEZ LAÍN Z, J. L., “El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal”, en SEPIN (ed.), pp. 79 y ss.

⁷ En igual sentido se pronuncian las SSTS 986/2011, de 4 de octubre y 982/2013, de 23 de diciembre.

52/1995, 128/1995, 181/1995 y 34/1996). Al Tribunal Constitucional tan sólo le corresponde: "supervisar la existencia de una fundamentación suficiente, y ponderar si la decisión adoptada es acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la medida de que se trate".

Comparto la postura de un sector de la doctrina que considera que la relación o conexidad entre el sujeto objeto de la investigación y el delito, es decir, el presupuesto habilitante, resulta imprescindible en el respeto al principio de proporcionalidad. En este sentido, la STC 14/2001, de 29 de enero, señala que el presupuesto habilitante supone "un prius lógico del juicio de proporcionalidad de la medida".

Otro presupuesto que se ha de estudiar es que la medida, resulte congruente y proporcionada a la finalidad perseguida. Así la sentencia citada, la STC 49/1999, Pleno, de 5 de abril⁸, señala: "tanto la regulación legal como la práctica de las intervenciones telefónicas han de limitarse a las que se hallan dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas y que se hallan justificadas solo en la medida en que supongan un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulten proporcionadas a ese sacrificio".

En el mismo sentido, la jurisprudencia del T.E.D.H., en asuntos como Sunday Times de 26 de abril de 1979⁹, Olsson de 24 de marzo de 1988¹⁰ y

⁸ STC 49/1999, Pleno, de 5 de abril.

⁹ STEDH, Tribunal en Pleno, de 26 de abril de 1979 (Caso Sunday Times; Asunto 6538/74). Esta sentencia examina si es conculcado el artículo 10 CEDH por la orden de la Cámara de los Lores que, en el ejercicio de sus potestades judiciales, prohibía al periódico Sunday Times la publicación de un artículo sobre los niños de la talidomida. El TEDH señala que la apreciación que pueden realizar los Estados no es ilimitada. El TEDH entendió que los hechos producidos por la talidomida, resultaban de interés público. Que, por lo tanto, se tenía derecho a recibir información. Puntualizó también el TEDH, que la injerencia producida no corresponde a una necesidad social tan imperiosa como para primar el interés público sobre la libertad de expresión. No era necesaria tal restricción en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del Poder Judicial.

¹⁰ STEDH, Tribunal en Pleno, de 24 de marzo de 1988 (Caso Olsson; Asunto 10465/83). Igualmente analiza la proporcionalidad entre la libertad de expresión y las sanciones solicitadas de multa y secuestro de los lienzos. Estas medidas no se oponen al Convenio por el mero hecho de que afecten a la libertad de expresión, ya que el ejercicio de ésta puede limitarse en las

Berrehab de 2 de junio de 1988, señalan que la intervención ha de responder a una necesidad social imperiosa y ha de ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

En nuestro país, nos encontramos con una amplia jurisprudencia, donde se cita y describe cuál sea el interés constitucionalmente legítimo. Sentencias como la STC 70/2002, de 3 de abril, recoge como tal: “el interés público en la prevención y la investigación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la recogida de los instrumentos, efectos y pruebas del mismo...”.

Ahora bien, la existencia de esos intereses superiores no puede efectuarse en abstracto o con carácter general, sino que obliga a realizar una adecuada ponderación en el caso concreto. Una vez más entra en juego el principio de proporcionalidad. Y en el mismo sentido se pronunció la renombrada Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2003, de 9 de mayo, sobre la necesidad de existencia de un fin constitucionalmente legítimo, considerando como tal, “el interés público propio de la prevención e investigación del delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal...”. Y esto, “lo constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE” [SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a) y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9].

Igualmente, STS 641/2014, de 1 de octubre, nos ofrece otra definición de este principio, denominándolo también como de “utilidad o funcionalidad”. Señala que, en primer lugar, se ha de determinar “si el investigado utiliza o puede utilizar el medio tecnológico objeto de posible injerencia para llevar a cabo actuaciones delictivas o bien que nos facilite información de entidad para la causa”. Tiene en cuenta más las consecuencias que las causas. La utilización del medio tecnológico. Según el profesor Rodríguez Laínez, “el art 588 quáter b.l b), nos da una definición más acertada de este principio, cuando

condiciones previstas en el segundo apartado del art. 10. Resuelve la sentencia que los tribunales suizos actuaron conforme a derecho al considerar “necesario” para la protección de la moral el secuestro de los lienzos litigiosos, por lo que resulta inexistente la violación del art. 10 del Convenio.

respecto de los presupuestos señala: Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor¹¹.

Los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad comparten elementos comunes respecto de la identificación de los individuos, las tecnologías utilizadas o los tiempos de vigencia de la medida.

III.- MEDIDA IMPRESCINDIBLE: EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD DE LA NORMA HABILITANTE

El artículo 588 bis a), en su apartado 2, exige textualmente: “que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto. No podrán autorizarse medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva”.

El anterior artículo 579 LECrim, resultaba totalmente insuficiente. Si se pone en relación el artículo 10.2 CE¹² con el artículo 8 del CEDH¹³, se podrá deducir la anterior carencia de la norma española en este sentido. Esto llevó a que, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se dictaran numerosas sentencias en este sentido, reprochando al legislador español esta carencia. Así nos encontramos por ejemplo con el Caso Prado Bugallo

¹¹ RODRÍGUEZ LAÍNZ, J. L., “El secreto de las telecomunicaciones y su interceptación legal”, en SEPIN (ed.), pp. 79 y ss.

¹² CE, art. 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹³ CEDH, art. 8: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto 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.

vs España¹⁴ que, al igual que la del caso Valenzuela Contreras¹⁵, ponían de manifiesto que la ley española con respecto a las comunicaciones resultaba de todo punto insuficiente al carecer de norma habilitante. Esta sentencia vino a reformar el sistema jurídico español a imagen del citado artículo 8 del CEDH, resultando de este modo todas las intervenciones anteriores al Caso Naseiro, Auto de 18 de junio de 1992, contrarias a la doctrina europea.

El TEDH indicó que no era suficiente con la existencia de cualquier norma habilitante, sino que ésta debía ser “cierta, accesible, previsible, atender a las finalidades dispuestas en el artículo 8.2 del convenio con respecto de la finalidad que la medida persigue y la previsibilidad de la norma”. Este Tribunal indicó que igualmente, la norma había de recoger cuáles eran los delitos susceptibles de las medidas, su duración, las personas susceptibles de éstas, el procedimiento a seguir en la transcripción de las conversaciones para que permanezcan intactas, así como la destrucción de las cintas, y muy especialmente tras el sobreseimiento o archivo del procedimiento. En definitiva, la norma debía de superar un control de legalidad.

El Tribunal Constitucional, en su STC, Pleno 184/2003, de 23 de octubre, realizó una crítica a la disposición entonces vigente, el artículo 579 LECrim. Se reprochó la indefinición de la norma, el no disponer el plazo máximo de la medida, tampoco se recoge nada respecto de la naturaleza y gravedad de los hechos investigables. Hace referencia igualmente al necesario control judicial. Y así llegó este Tribunal a la conclusión de “no poder plantear ni tan siquiera la inconstitucionalidad de la norma por omisión, ya que se escapa de su competencia. No se puede valorar por este cauce lo que la ley omite, solo la norma que contraviene a la constitución”. Esta labor interpretativa se refleja en normativa hoy vigente.

En conclusión, toda esta jurisprudencia sirve de antesala a la posterior reforma del 2015 de nuestra Ley rituaría. Nos indica la norma claramente, que la autorización judicial es absolutamente imprescindible para la adopción de medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el

¹⁴ STEDH, Sección 4a, de 18 de febrero de 2003, (Caso Prado Bugallo v España; Asunto 58496/00).

¹⁵ STEDH, Tribunal en Pleno, de 30 de julio del 1998, (Caso Valenzuela Contreras; Asunto 27671/95).

artículo 18 de la Constitución Española. Solo cabe la excepción con respecto del art 18.1, es decir, respecto al nuevo derecho al propio entorno virtual, como manifestación del derecho a la privacidad. Únicamente en él puede la Policía Judicial examinar directamente un dispositivo, comunicándolo inmediatamente a la Autoridad Judicial competente, en un plazo máximo de 24 horas, a través de escrito motivado, justificando la adopción de la medida, así como todo lo relacionado y su resultado. Misión de la Autoridad Judicial es resolver dentro de las 72 horas siguientes, revocando o confirmando la medida, a través de resolución motivada, oído el Ministerio Fiscal. El Juez es la figura garante de la legalidad vigente. De la protección de la seguridad de los ciudadanos, valorando las circunstancias concretas, los intereses en juego, ponderando la gravedad de la pena, medios empleados, repercusión social, etc. Protección de los ciudadanos ante todas aquellas injerencias ilegítimas, partan de donde partan, de Policía, de particulares, etc.

LAS AMENAZAS A LA CIBERSEGURIDAD EN AMÉRICA LATINA. MAYOR ACCESO A INTERNET Y BAJO ENFRENTAMIENTO A LA CIBERCRIMINALIDAD

*Paola Iliana de la Rosa Rodríguez*¹
Profesora investigadora
(Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México)

Sumario: I.- Introducción. II.- Acceso a Internet. III.- Cibercriminalidad en la región latinoamericana. IV.- Privacidad digital y seguridad cibernética. ¿Se puede hablar de privacidad digital? V.- La falta de seguridad cibernética. VI.- Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: la llamada revolución tecnológica, que ha acuñado el término la Tercera Revolución, ha cimentado numerosos cambios en las actividades cotidianas del ser humano, al grado que la tecnología llega a ser indispensable en los entornos en los que se ha incorporado. Ha significado además adaptaciones en la forma que trabajamos, nos educamos y relacionamos con los demás. No obstante, al lado de los grandes beneficios como el ahorro de tiempo para la realización de tareas, la facilidad en el manejo de información o la abreviación de distancias para la interacción, se han generado nuevas formas de cometer ilícitos que no están propiamente reguladas en los ordenamientos de los distintos países. Este trabajo presenta

¹ Doctora en Derecho. Miembro del Cuerpo Académico Criminalidad y Ciencias Forenses. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

las principales razones de la falta de seguridad ciberética en la región. Entre ellas se encuentran: los marcos normativos precarios, los bajos mecanismos de seguridad, el uso excesivo de la red sin dispositivos seguros, el desconocimiento de la fragilidad de los datos que suben los usuarios, plataformas digitales poco seguras, así como la falta de responsabilidad de proveedores sobre contenidos de páginas web. Como parte de las conclusiones se advierte que para la reducción de ataques cibernéticos se requiere una concientización de los involucrados, así como el trabajo en sinergia.

Palabras clave: cibercriminalidad, ciberseguridad, privacidad digital, revolución tecnológica.

I.- INTRODUCCIÓN

La aparición de la computadora y la red informática surgen en el seno del incesante proceso tecnológico que viven las sociedades postindustriales². La revolución de la información o tecnológica ha acuñado el término, la Tercera Revolución³ la cual se origina por la llegada de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's), que han ganado cada vez más terreno en las actividades cotidianas a tal grado que llegan a ser indispensables en los entornos en que ya se han incorporado. El uso de la tecnología a su vez es el semillero de la Cuarta Revolución, la Revolución Digital, caracterizada por la fusión de tecnologías que está difuminando las líneas entre las esferas físicas, digital y biológica⁴.

Con la proliferación de nuevos y más modernos dispositivos, así como el abaratamiento de sus costos, surgen nuevas modalidades en la práctica del comercio, la comunicación, el transporte, la educación y la medicina, por mencionar algunas. Este escenario es cuna de nuevos *modus operandi* para los delincuentes quienes llevan a cabo ataques cibernéticos a kilómetros de distancia de las víctimas. Dicha realidad exige enfrentar estos crímenes con ordenamientos jurídicos que los contemplen además

² ABOSO, G. E. y Florencia Zapata, M., *Cibercriminalidad y derecho penal*. Editorial IB de f, 2006, p. 23.

³ Economía, sociedad y cultura: La sociedad Red, México, Siglo XXI.

⁴ SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Editorial Debate, 2016, p. 14.

de mecanismos de protección de usuarios y proveedores de bienes y servicios a través de la red.

II.- ACCESO A INTERNET

México es considerado un país con alta difusión de tecnología, alcanzando significativos niveles de acceso en la región Latinoamericana. El Informe Global de Tecnología de la información y comunicaciones para el crecimiento incluyente, en inglés: *The Global information Tecnhology Report. ICTs for Inclusive Growth*, realizado en 2014 por investigadores del INSEAD y la Universidad de Cornell, ubicó a México en el sitio 79 respecto de 148 países evaluados, para el año 2015, el reporte lo ubicó en el sitio 69. Este reporte muestra un creciente acceso de internet ya que el país avanzó 10 posiciones con respecto de la evaluación del año anterior⁵.

Este Informe reportó que de 143 países analizados en 2015, México ocupó el lugar 66 en relación con la disponibilidad de tecnologías de vanguardia; el país está situado en el lugar 76 en cuanto a productos de avanzada tecnología; tiene el lugar 39 en cuanto a la tasa de cobertura de red móvil; en cuanto al índice de competencia del sector de internet y telefonía México obtuvo número 2 en la escala del 0 al 2 (siendo 2 la mejor escala), obtuvo además el lugar 81 en hogares con acceso a internet⁶.

Por lo que respecta a la región Latinoamérica y el Caribe, el *Networked Readiness Index* -que mide el grado en que una comunidad está dispuesta a participar en el mundo digital-, evaluó a México como uno de los primeros 5 países, tomando en consideración el acceso a las tecnologías y el uso del internet. En consonancia con lo anterior, de acuerdo a la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) del año 2017, se calculó que para este año existían 71.3 millones de personas usuarias de internet en México.

⁵ ISLAS, O., “México en el Informe Global de Tecnología de la Información, razón y palabra”, *Primera revista electrónica en Iberoamérica especializada en comunicación*, núm. 90 junio-agosto 2015, p. 4.

⁶ World Economic fórum, *The Global Information Technology Report 2015 ICT for Inclusive Growth*, 2015.

Por cuanto, a esta misma región, de acuerdo a Cheri F. McGuire, Vice-presidente de Asuntos Gubernamentales y Políticas Globales de Seguridad Cibernética de Symantec Corporation, América Latina tiene una de las poblaciones de usuarios de internet de más rápido crecimiento del mundo. En 2013 se reportó una población de 147 millones de usuarios de internet en América Latina y el Caribe. De igual forma, casi 95% de los usuarios de internet en la región utilizan sitios de redes sociales de forma activa⁷.

Para este mismo año, conforme al Estudio de hábitos y percepciones de los mexicanos sobre internet y diversas tecnologías asociadas de ese año, México tenía 59.2 millones de personas usuarias de internet y de acuerdo a la Encuesta sobre disponibilidad y uso de tecnologías de la información (MODUTI), en ese año fueron estimados 49,458,088 usuarios de computadoras en el país. Octavio Islas realizó un estudio de acuerdo al cual el Área Norte, a la cual pertenece San Luis Potosí en México, tuvo una penetración de internet del 53%, siendo la segunda área con mayor número de usuarios, después del área del entonces Distrito Federal y Área metropolitana⁸.

Esta nueva realidad que abrevia distancias y tiempos de ejecutar operaciones ha potenciado nuevas formas de criminalidad que incluso llegan a traspasar fronteras. En forma preocupante a través de estos medios virtuales la capacidad que ahora tiene una sola persona de dañar o afectar a un gran número de individuos está aumentando exponencialmente. En este sentido, el internet permite cometer más delitos y permite actuar a mayor escala. Debido a ello, debemos de priorizar nuestra privacidad en las redes sociales, pues estas son públicas y nuestra apertura y exposición de datos pueden ser usadas en nuestra contra. En efecto, el mayor peligro que tiene determinada información es la persona misma pues es ella quien expone su propia información.

Enfrentamos ahora una criminalidad asociada a la tecnología, en este sentido, los crímenes informáticos son cometidos a través del ciberespacio y no se detienen ante las fronteras de los Estados. Hoy en día la cibercriminalidad

⁷ Organización de Estados Americanos (OEA), *Tendencias de seguridad cibernética*, 2015, p. 12.

⁸ ISLAS-CARMONA, O., *Cifras sobre jóvenes y redes sociales en México*, 2015, p. 2. http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/419/Islas_O_2015_Cifras_sobre_jovenes_y_red.pdf?sequence=1&isAllowed=y

incluye un número creciente de conductas que vulneran bienes jurídicos de naturaleza individual y colectiva tales como el acceso no autorizado a sistemas informáticos, el sabotaje de información, la reproducción de datos no autorizados, las estafas mediante medios informáticos, la violación de secretos, el espionaje, la difamación, la instigación a cometer delitos, etc. Además, la revolución tecnológica ha multiplicado las posibilidades de cometer infracciones económicas como el fraude, en particular la estafa mediante tarjetas de crédito.

III.- CIBERCRIMINALIDAD EN LA REGIÓN LATINOAMERICANA

Para entender el panorama de las personas afectadas por un crimen cibernético, se presentan los resultados de los Reportes del Observatorio de Delitos Informáticos de Latinoamérica (ODILA) aplicados en los años 2014, 2015 y 2016. El observatorio es una fuente de consulta e información para las personas afectadas por delitos cibernéticos o interesados en investigar con respecto al tema. A través del portal se da a conocer la problemática y fomenta la denuncia para combatir el problema de la cifra negra.

De 18 países analizados en la región latinoamericana, México (con el 4.7%) es el cuarto país con mayor número de denuncias, apenas precedido por Argentina (de donde provienen el 54.7% de las denuncias), Colombia (con 8.73%) y Honduras (con 7.94%)⁹.

Para el año 2013 en la región se ocasionaron violaciones de datos a gran escala, aumentando su incidencia en un 62% con respecto al 2012. Asimismo, en aquel año más de 552 millones de identidades de todo el mundo fueron expuestas lo que dio por consecuencia que ciberdelincuentes pudieran acceder a todo tipo de información personal. Lamentablemente, este constante uso de internet origina un mayor número de víctimas, amenazas y vulnerabilidades para los usuarios ya que también se reportan conductas ilícitas cometidas a través de la red.

⁹ La gran brecha entre denuncias de Argentina con los otros países se debe a que la investigación fue gestionada desde Argentina.

Atendiendo la problemática, la Organización de Estados Americanos (OEA) estima que el cibercrimen en América Latina cuesta más de 113,000 millones de dólares. Específicamente para México y siguiendo el informe: "Tendencias de Ciberseguridad en América Latina y el Caribe", realizado por la Organización de Estados Americanos en colaboración con Trend Micro, los costos por delitos cibernéticos en Brasil fueron de USD 8,000 millones, seguidos por México con USD 3,000 millones y Colombia con USD 464 millones¹⁰. Según dicho informe, en 2014 hubo un aumento de incidentes detectados del 300% más que en el año 2013. Como se puede apreciar, México es uno de los países más afectados por la cibercriminalidad.

En México, de acuerdo a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios financieros (CONDUSEF), en el año 2017 se provocaron pérdidas por más de 3 mil 700 millones de pesos, con un total de 3.3 millones de reclamaciones, en operaciones de comercio electrónico¹¹.

Por su parte, de acuerdo a la investigación del Centro de Investigación y Posgrado (IEXE) de la Escuela de Políticas Públicas se reportó que en 2016 México ocupó el segundo lugar en países de América Latina con intentos de ataques cibernéticos, específicamente de virus, después de Brasil y seguido por Colombia. El informe reporta que el número de intentos de ataque asciende a 15.9 millones de incidentes.

Aunado a lo anterior, el estudio realizado por la empresa Norton, publicado en 2016, trajo como resultado que en México 45% de los consumidores fueron afectados por el cibercrimen, perdiendo sumas que ascendieron a 22.4 millones¹².

Como en los casos de la delincuencia no cibernética, la falta de denuncia de estos delitos y la consecuente cifra negra que hace que estos crímenes pasen desapercibidos, dificulta la serie de acciones que implementen

¹⁰ ISLAS CARMONA, op. cit., nota 5, p. 3.

¹¹ Fraude en el comercio electrónico. Denuncian nuevo modo de fraude en e-commerce. Disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/cartera/finanzas/fraude-en-comercio-electronico-deja-perdidas-por-3-mmdp-condusef>

¹² Norton Cyber Security Insights Report 2016, <https://us.norton.com/cyber-security-insights>

los gobiernos contra este creciente fenómeno delictivo. De igual manera, la falta de tipificación de las conductas en los códigos penales representa una desventaja para los afectados.

IV.- PRIVACIDAD DIGITAL Y SEGURIDAD CIBERNÉTICA. ¿SE PUEDE HABLAR DE PRIVACIDAD DIGITAL?

En primer término, hay que tomar en cuenta que las redes informáticas son lugares intangibles, y que si bien es cierto no podemos decir que una injerencia en las comunicaciones o en la compartición de información personal en el terreno digital es una violación a la privacidad del domicilio, puesto que se dificulta asimilar el espacio cibernético al domicilio tradicional, sí podemos hablar de que los espacios o medios a través de los cuales se almacena o comparte nuestra información deben protegerse, así como se protege el domicilio de las personas, pues existe una expectativa de privacidad en un gran número de operaciones y actividades que llevamos a cabo en sitios electrónicos. Entonces, lo que se debe de considerar para que la norma jurídica proteja esta información, es la expectativa de intimidad que tiene un individuo con respecto a los lugares a los que ingresa -sea física o virtualmente-.

En franca violación a la privacidad de la información, los ciberdelincuentes realizan conductas encaminadas al robo y mal uso de la información personal. El acceso ilícito y el espionaje son claros ejemplos de estos delitos.

Por acceso ilícito de sistemas se entiende la modificación, destrucción o la pérdida intencionada de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, supone así mismo que sin autorización se conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad. El atacante puede estar en algún lugar remoto e incluso desde otro país u otro continente acceder ilegalmente a información de un usuario de la red.

Entre las distintas modalidades del delito de acceso ilícito a sistemas se encuentran:

- Acceso no autorizado a un sistema de computación.
- Acceso no autorizado a información restringida.
- Modificación, destrucción, manipulación o restricción del acceso a la información.
- Guarda o procesamiento de información restringida en sistemas no aprobados para tal fin.
- Intento de circunvenir o vulnerar sistemas de seguridad o de auditoría en forma no autorizada¹³.

Por otro lado, el espionaje es una acción que va unida al engaño, al fraude y en ocasiones a la violencia. Este delito tiene como motivación la avaricia, las necesidades financieras o bien la ambición, el terrorismo, la necesidad de obtener información secreta para tomar decisiones en asuntos comerciales o industriales para competir en forma desleal, en asuntos políticos para desacreditar o atacar a los candidatos, también se ataca a los estados para conocer o robarles información¹⁴.

El espionaje vulnera la privacidad de las personas y supone la escucha en el espectro electrónico. Aunque no en todos los casos, lamentablemente, también llega a provenir de la deslealtad de los que poseen información o acceso a información privilegiada, como los mismos empleados de una institución o empresa. De igual forma, el espionaje no conoce fronteras nacionales y puede verificarse desde un país distinto a aquel en que reside o tuvo acceso el usuario del internet.

Pues bien, como se expondrá más adelante, sin una regulación penal que contemple el acceso ilícito a sistemas de cómputo y el espionaje informático, poco se hará por enfrentar este tipo de delincuencia de carácter transnacional poniendo en riesgo la seguridad de los cibernautas.

¿Cuál es el propósito de esta figura?

¹³ PUENTE DE LA MORA, X., *Los medios electrónicos y el derecho procesal*, México, Universidad de Colima, 2011, p. 185.

¹⁴ GÓMEZ MUJICA, A., "Consideraciones en torno a la ética de la información en el contexto de las redes automatizadas", 2004, *Acimed*, vol 12, num 3, p. 5. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352004000300009

“La seguridad informática busca asegurar que la información procesada por un sistema informático mantenga los requisitos de integridad, disponibilidad y confidencialidad. Estos requisitos son mantenidos a través de políticas, programas y controles que, en forma de proceso continuo y dinámico, tienen como punto de partida, las amenazas existentes y potenciales”¹⁵.

La seguridad cibernética o informática está formada por aquellas medidas de seguridad o barreras, tanto físicas, -contando entre ellas a puertas y cerraduras-, como lógicas como las contraseñas, que los usuarios ponemos a fin de proteger nuestros bienes informáticos y nuestra información, considerada como un bien jurídico tutelado.

Un reporte de Norton Cyber Security reporta que “los ataques contra empresas y países llegan a los titulares con tanta frecuencia que no nos impresiona el volumen ni la velocidad con que se aceleran las amenazas cibernéticas”¹⁶. En el año 2015, los ciberdelincuentes llevaron a cabo más de un millón de ataques contra los usuarios del internet¹⁷. Este informe señala que 76% de los usuarios saben que deben de proteger su información, sin embargo, llegan a compartir sus contraseñas o llevan a cabo acciones riesgosas al estar usando la red. En efecto, se estima que 35% de los usuarios de internet tienen al menos un dispositivo sin controles de seguridad quedando desprotegidos ante las habilidades de los ciberdelincuentes, así como las herramientas y métodos que utilizan tales como la obtención de información confidencial en forma fraudulenta, ransomware, paginas maliciosas, por mencionar algunas. 85% de los usuarios de la red manifiestan haber experimentado una estafa por internet, solo 13% de ellas reportan haber compartido información o haber ingresado a las ligas que solicitaron los estafadores. Adicionalmente, en forma preocupante, 71% de los usuarios manifiestan que utilizan lugares públicos con acceso al internet para checar su correo electrónico, para enviar documentos e ingresar a sus cuentas.

¹⁵ PUENTE DE LA MORA, X., *op. cit.*, nota 13, p. 188.

¹⁶ Norton cyber security insights report 2016.

¹⁷ *Idem.*

Sabemos que vivir en un mundo conectado a través de la red trae como consecuencia inevitable, que estos medios sean utilizados para la comisión de conductas criminales. Los estafadores utilizan el correo electrónico, los mensajes de texto, salas de chat y prácticamente todos los espacios que navegamos para instalar o hacer instalar al usuario software malicioso o bien para obtener de ellos información personal. En forma alarmante la mayoría de la gente no está segura de cómo distinguir entre un mensaje real y un mensaje falso o malicioso por lo que llegan a comprometer su seguridad.

V.- LA FALTA DE SEGURIDAD CIBERNÉTICA

De acuerdo al reporte Norton Cyber Security, entre los mayores riesgos que toman los cibernautas se encuentran:

- 34% no protegen los dispositivos que tienen en sus hogares.
- 39% leyeron su número de tarjeta de crédito o débito en lugares públicos.
- 66% no protegen la red Wi-Fi en sus casas.
- 61% ingresaron información financiera en la red cuando estaban conectados en lugares públicos¹⁸.

En efecto, entre las consecuencias de la falta de seguridad cibernética se pueden distinguir:

- empresas hackeadas,
- pérdida de patrimonio,
- secuestro de datos,
- robo de identidad,
- empresas comprometidas, entre otras, con los consecuentes desgastantes procesos jurídicos.

Pese a los avances normativos -en forma incongruente con los retos de un mundo cada día más conectado y dependiente de las tecnologías-, existe un rezago en materia de seguridad cibernética y los ciberdelincuentes saben

¹⁸ *Idem.*

esquivar debilidades normativas y/o de los sistemas. Además, utilizan los vacíos de las propias leyes como escudo y protección¹⁹.

Es así que, a pesar de los esfuerzos por combatir las transgresiones a la privacidad de los usuarios del internet, el ciberespionaje sigue siendo un tema preocupante pues esta actividad sigue proliferando afectando a gobiernos, empresas y usuarios finales²⁰. Los sectores empresariales que resultan más perjudicados en América Latina por robos de identidad con objetivos específicos también conocidos como ataques spear-phishing son la manufactura la cual representa 30% de todos los ataques en la región seguida por la industria de la construcción con un 23% y los servicios profesionales con el 20%²¹.

De igual manera, en 2013 aumentaron los ataques con ransomware, es decir, secuestro informático. Se trata de un tipo de ataque en que los delincuentes se hacen pasar por funcionarios de seguridad que exigen pagos para desbloquear una computadora supuestamente bloqueada. Este tipo de amenazas incrementaron en un 500% en 2013. Posteriormente surgió un programa conocido como cryptolocker en el que el atacante en vez de fingir ser un agente de seguridad, solicita una recompensa para descifrar archivos de usuarios que han sido atacados. Este tipo de ataques afectan gravemente a las empresas porque dañan los archivos contenidos en unidades de redes compartidas o conectadas²².

Con respecto del año 2012, en 2013 las siguientes modalidades de ciberdelincuencia tuvieron el siguiente comportamiento²³:

- Las ofertas falsas incrementaron en 81%.
- Las estafas con complementos falsos que incrementó en un 6%.
- Las estafas compartidas disminuyeron a un 2%.

¹⁹ RUIZ, P., et al., *Violencia en internet: nuevas víctimas, nuevos retos*, Lima, Liber, vol. 15, núm. 1, p. 112.

²⁰ OEA, *op. cit.*, p. 12.

²¹ OEA, *op. cit.*, p. 16.

²² *Idem.*

²³ Información presentada en el Foro cibercriminales contra niñas, niños y adolescentes: un reto legislativo en septiembre del 2014. México 2014.

- Aplicaciones falsas disminuyó en un 2%.
- "likejacking" o uso fraudulento del botón me gusta disminuyó en 7%²⁴.

El hacktivismo también aumentó en la región en un 32% durante 2013. Asimismo, han aumentado los incidentes relacionados con asaltos troyanos bancarios y financieros que atacan la computadora cuando un cliente está usando su sesión bancaria en línea, consiguiendo interponerse entre el usuario y el sitio web, modificando lo que ve el usuario y alterando la información visible de sus cuentas sin que el cliente lo note.

A partir de este ataque masivo Windows recomendó a los países involucrados en este tipo de criminalidad emergente:

- Actualizar todos los equipos de cómputo con los últimos parches de seguridad de Windows.
- No abrir ficheros, adjuntos o enlaces de correos electrónicos no confiables.
- No dar respuesta a este tipo de mensajes.
- Tener precaución al dar click en enlaces enviados a través de correos electrónicos, mensajería instantánea y redes sociales, sin importar si proceden de contactos conocidos.
- Instalar herramientas antivirus/antimalware y activar el firewall.
- Tener copias de seguridad en dispositivos de almacenamiento externo, siendo que las copias dentro de la computadora pueden verse afectadas.
- Si el equipo está en red y comparte una unidad con otro equipo, se recomienda desconectar rápidamente el ordenador de la red, para frenar la propagación rápida del virus²⁵.

²⁴ En las ofertas falsas se invita a un usuario a participar en un evento falso, compartiendo información personal a cambio de regalos o promociones. En las estafas compartidas los usuarios reciben videos o imágenes atractivas con mensajes falsos, compartiéndolos y distribuyéndolos entre sus amigos. Las estafas con complementos falsos engañan a los usuarios para que descarguen extensiones de navegadores falsas en las computadoras que al instalarse roban información del pc infectado. Mediante las aplicaciones falsas se invita a los usuarios a suscribirse a aplicaciones que se utilizan para recopilar o robar datos personales.

²⁵ *Idem.*

Ahora bien, una inadecuada gestión de las amenazas cibernéticas aumenta los riesgos que afrontan los usuarios, quebrantará la confianza en internet y pondrá en peligro su capacidad para actuar como motor de innovación económica y social. Esta situación pone en riesgo las libertades de uso del internet, sin embargo, es necesario que el usuario tenga conocimiento de ello para poder tomar medidas de protección y seguridad. No se trata de fomentar un clima de temor e incertidumbre entre la comunidad que usa el internet, sin embargo, son necesarios modelos de rendición de cuentas, incentivos y responsabilidad en materia de ciberseguridad, para reducir las vulnerabilidades y garantizar la seguridad del usuario. El objetivo tampoco es desincentivar la economía digital pues es fuente de progreso económico, no obstante, se trata de recuperar la confianza en el uso de la red.

En este tenor, la ciberseguridad se trata de una estrategia conjunta que le interesa tanto a los gobiernos de los países de la comunidad internacional, al sector privado, a las instituciones educativas, organismos no gubernamentales. Las acciones aisladas no son suficientes para reducir o en su caso, eliminar las amenazas cibernéticas. Los ataques en la red son cada vez más frecuentes y más profesionales por lo que las respuestas gubernamentales ante las amenazas no son preventivas, sino que tienden a ser reactivas. Es por ello fundamental, intercambiar información y esfuerzos.

En respuesta a lo anterior, una de las prioridades de la OEA es respaldar los esfuerzos e iniciativas de los Estados miembros relacionados con fortalecer las capacidades necesarias para que el dominio informático sea más seguro, estable y productivo. Desde 2004, la OEA reconoce la necesidad de combatir los delitos cibernéticos y fortalecer la resiliencia cibernética. De igual forma, se reconoce que los usuarios, operadores y reguladores de internet necesitan acceder a información oportuna y precisa para enfrentar de manera eficaz las amenazas y vulnerabilidades cibernéticas en constante evolución²⁶. En atención a lo anterior, uno de los esfuerzos de la OEA es fomentar la cooperación de los sectores público y privado, entidades no gubernamentales, el sector académico y los usuarios finales con el objetivo de fortalecer la resiliencia cibernética y proteger las infraestructuras críticas.

²⁶ OEA, Tendencias de seguridad cibernética en América Latina y el Caribe, 2014.

La Organización reconoce que no existe una cultura de seguridad cibernética y que para fomentarla se requiere la colaboración tanto de sectores público, privado, así como de las entidades de la sociedad civil.

Pese lo anterior, pocos han sido los esfuerzos legislativos por combatir este tipo de delincuencia:

- No está contemplada la responsabilidad de los proveedores de internet en cuanto a la falta de seguridad digital.
- No se han contemplado un sinnúmero de delitos electrónicos.
- No se ha regulado la comisión de conductas ilícitas por medios electrónicos o digitales.
- Tampoco se ha uniformado la regulación de delitos electrónicos en los distintos estados que conforman un país.
- No hay protocolos para proteger la seguridad de los usuarios de la red.
- Aunque se ha creado la policía cibernética, pocos son los trabajos que realiza para combatir este flagelo.

Aunado a ello, tampoco queda claro cuál es el juez que conoce y la ley aplicable en el caso de ciberdelincuencia transnacional.

Como hemos hecho referencia, el medio a través del cual se cometen estos ilícitos da lugar a que se tenga acceso a un sitio web en una parte del globo terráqueo y se produzcan efectos en otros muy lejanos, dando lugar a los delitos transnacionales. En este sentido, un aspecto fundamental es determinar ¿cuál es la ley aplicable al caso? y ¿cuál es el juez que conoce cuando un ciberdelincuente ubicado en un país comete un ciberdelito en territorio de otro país? La solución atiende a principios de derecho internacional privado, específicamente del derecho penal internacional.

Para ello hay que tomar en consideración que:

- La ley aplicable es aquella del lugar en donde fue cometido el hecho ilícito.
- El juez aplica necesariamente su propia ley.

Es menester además anticipar si las naciones involucradas en la ejecución del delito aplican el principio de la territorialidad de las leyes, la extraterritorialidad o la personalidad de las leyes, pues de acuerdo al principio de territorialidad se debe de determinar el lugar de comisión del ilícito, sin embargo, en atención al principio de personalidad activa, se requiere tener en cuenta en dónde se produjo el daño. Cada país aplica sus propios principios por lo que, en este tipo de delitos transnacionales, convergen los jueces y las leyes aplicables al caso.

En este sentido, la ciberdelincuencia es vista desde el punto de vista de la norma vigente en el país en que se cometió y atendiendo a la teoría aplicable en cada país al momento de perpetrarlo. En este sentido, se reconoce que es necesario armonizar las legislaciones de los distintos países en aras de prevenir y reprimir la también denominada delincuencia informática.

Además, debido a que puede ser cometido en un país y tener efectos en otro(s), la ley de cada país debe de contemplar las diversas modalidades delictivas para perseguirlas, juzgarlas y sancionarlas pues una deficiencia legislativa puede conducir a dejar impune el crimen. Cuestiones que no se especifican en forma clara en la ley.

VI.- CONCLUSIONES

El papel de la tecnología moderna en actividades delictivas, así como el constante incremento en el número de incidentes cibernéticos exige nuevas respuestas tales como:

1. Fortalecer la legislación en materia de delitos en donde las capacidades de aplicación de la ley den respuesta al *modus operandi* de sus responsables.
2. Establecer una política de contención y erradicación de amenazas cibernéticas mediante tipos penales claros.
3. Visualizar una estrategia integral de ciberseguridad y ciberdefensa, delinear funciones y planes de acción contra la criminalidad cibernética.
4. Ser conscientes de las tendencias y repercusiones de la ciberdelincuencia.
5. Adoptar Protocolos para proteger la seguridad de los cibernautas, así como adoptar hábitos cibernéticos seguros.
6. Dotar de mayores capacidades a la policía cibernética.

Entre los retos regulatorios que se pueden tomar en la región podemos mencionar:

- Homologar el tipo de conductas consideradas ciberdelitos, con las que se persiguen a nivel internacional pues hay delitos transnacionales que pueden quedar impunes por la falta de regulación en el país de comisión.
- Incluir el uso de nuevas tecnologías en los tipos delictivos. Debido a que no todos los ciberdelitos están contemplados en las entidades federativas y ante la creación constante de nuevas conductas en esta materia, no se recomienda incrementar el catálogo de delitos electrónicos sino incorporar en el tipo penal que la conducta puede ser cometida por medios tecnológicos, sean estos informáticos, electrónicos, digitales, etcétera.

Por otra parte, también se estima necesario diseñar de herramientas y procedimientos tecnológicos que se empleen en la investigación criminal de este tipo de conductas.

BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, G. E. y FLORENCIA ZAPATA, M., *Cibercriminalidad y derecho penal*. Editorial IB de f, 2006.

GÓMEZ MUJICA, A., "Consideraciones en torno a la ética de la información en el contexto de las redes automatizadas", 2004, *Acimed*, vol 12, núm 3, p. 5. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352004000300009

ISLAS, O., "México en el Informe Global de Tecnología de la Información, razón y palabra", *Primera revista electrónica en Iberoamérica especializada en comunicación*, núm. 90 junio-agosto 2015, pp. 3-5.

ISLAS-CARMONA, O., *Cifras sobre jóvenes y redes sociales en México*, 2015, p. 2.

Norton Cyber Security Insights Report 2016 disponible en: <https://us.norton.com/cyber-security-insights>

Organización de Estados Americanos, *Tendencias de seguridad cibernética*, p. 12.

PUENTE DE LA MORA, X., *Los medios electrónicos y el derecho procesal*, México, Universidad de Colima, 2011, p. 185.

RUIZ, P., DORANTES, J., TOVILLA QUESADA, V., *Violencia en internet: nuevas víctimas, nuevos retos*, Lima, Liber, vol. 15, núm. 1, p. 112.

SCHWAB, K., *La cuarta revolución industrial*, Editorial Debate, 2016, p. 14.

World Economic Forum, *The Global Information Technology Report 2015 ICT for Inclusive Growth*, 2015.

EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA EN COLOMBIA: UN REFLEJO DE LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIAS FIRMES ESPAÑOLA

María Luisa Domínguez Barragán
Profesora de Derecho Procesal
(Universidad de Sevilla. España)

Resumen: esta comunicación busca presentar la extensión de jurisprudencia en Colombia, una figura con origen español pero que es absolutamente desconocida en nuestro país. El objetivo de este trabajo es mostrar las similitudes pero, principalmente, las diferencias con la extensión de efectos de sentencias firmes recogida en el artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa en España.

Palabras clave: principio de igualdad, extensión de efectos, extensión de jurisprudencia, situación jurídica individualizada.

Abstract: this paper aims to present the extension of jurisprudence in Colombia, a figure with Spanish origin but which is absolutely unknown in our country. The objective of this work is to show the similarities but, mainly, the differences between the extension of the effects of final judgments contained in article 110 of Law 29/1998, of 13 July, regulating the Contentious-Administrative Jurisdiction in Spain.

Key Words: principle of equality, extension of effects, extension of jurisprudence, particular legal situation.

I.- INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), se llevó a cabo la introducción en el ordenamiento jurídico español de una figura absolutamente novedosa denominada “extensión de efectos de sentencias firmes”, recogida en el artículo 110 de la Ley. La citada institución inspiró a legisladores de otros países para crear figuras muy similares, como la “*extensão dos efeitos da sentença*” en Portugal, introducida a través del artículo 161º del Código de Processo nos Tribunais Administrativos de 2002 (Ley nº 15/2002, de 22 de febrero) o la denominada “extensión de jurisprudencia” en Colombia, que fue introducida en la Ley 1437 de 2011 por la cual se expedía el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La citada extensión de jurisprudencia colombiana será el objeto de atención de esta comunicación donde se analizarán, a grandes rasgos, su configuración y su relación con la extensión de efectos de sentencias firmes española. Si bien poseen un gran parecido, es cierto que el legislador colombiano incorporó una serie de matices que llegan a poder individualizarla dentro de los sistemas de extensión *ultra partem* de resoluciones¹, convirtiéndola en una nueva figura procesal con un objetivo más ambicioso, a caballo entre la rama administrativa y la judicial. A diferencia de lo que ocurre en España donde hasta ahora la extensión de efectos de sentencias firmes simplemente era considerada una figura más dentro de la LJCA, en Colombia la doctrina ha ido más allá, por ejemplo, preguntándose sobre los beneficios o desventajas de la misma, por lo que puede deducirse la importancia alcanzada².

¹ A diferencia de la institución portuguesa que es mucho más parecida a la española.

² Vid. por ejemplo: CASTRO LÓPEZ, Angie, y PEÑA RODRÍGUEZ, Diana Marcela, “La extensión de jurisprudencia como aporte al procedimiento administrativo colombiano”, en *Verba Iuris*, 12 (38), 2017, pág. 113. Lo hacen en los siguientes términos: “*Con la expedición de la Ley 1437 de 2011 se implementaron cambios en el proceso administrativo y se introdujeron nuevas figuras, con el objeto de hacerlo más ágil y efectivo, es el caso de la extensión de jurisprudencia, la cual ha sido objeto de diferentes críticas tanto positivas como negativas, para ello se ha formulado en el presente artículo el siguiente interrogante: ¿Es la extensión de jurisprudencia una ventaja o desventaja en el procedimiento administrativo? Lo anterior con el objeto de identificar si el legislador al crear el nuevo mecanismo judicial le brinda herramientas a la autoridad administrativa para hacer del proceso judicial uno eficaz y ágil, o al contrario podría esto llevar a entorpecer el funcionamiento de la autoridad judicial*”.

II.- SISTEMATIZACIÓN DE LA FIGURA: EXTENSIÓN DE JURISPRUDENCIA

1. Origen

La extensión de jurisprudencia nace en Colombia en el año 2011, trece años después de la incorporación a nuestro ordenamiento nacional de la extensión de efectos de sentencias firmes. Al igual que hizo el legislador español originario, la figura surge primero para un ámbito administrativo, por lo que realmente posee, a diferencia de la española (que ya solo tiene carácter judicial) un carácter mixto, primero administrativo y, posteriormente, judicial.

La Ley colombiana menciona la extensión en tres artículos diferentes. Así, en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 se establece que *“Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos...”*. Como vemos, en este artículo se recoge el procedimiento administrativo mediante el cual se puede llevar a cabo la extensión de los efectos de una sentencia. Si no se produce la extensión por las autoridades, el artículo 269 permite que el interesado pueda acudir al Consejo de Estado (Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso-administrativo de Colombia) y volver a pedir la extensión. Por último, el artículo 303 recoge una peculiaridad de gran interés, pues faculta al Ministerio Público para la solicitud de la aplicación de extensiones de jurisprudencia.

2. Procedimiento administrativo

En Colombia, el artículo 102 establece que la iniciación se llevará a cabo por el interesado a través de petición ante el órgano administrativo competente para el reconocimiento del derecho. Dicha petición, que podrá realizarse siempre que el derecho no haya caducado, debe contener (junto a los requisitos generales) la justificación que evidencie la misma situación de hecho y de derecho entre el solicitante y el demandante que obtuvo la sentencia a extender, el conjunto de pruebas en su poder y la copia de la sentencia de

unificación que pretende extender. Esta solicitud suspende el plazo para la presentación de la demanda.

A diferencia del ordenamiento español, el citado artículo 102 contempla la posibilidad de que se hubiere formulado una petición anterior con el mismo fin sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, que conlleva su resolución si se concede dicha extensión. En Colombia, la autoridad decide y tiene en cuenta la interpretación recogida en la sentencia a extender, estableciendo un plazo de 30 días para resolver. Transcurrido este plazo vuelven a reanudarse los plazos generales.

La denegación puede basarse en alguno de los siguientes motivos: necesidad de apertura de un procedimiento probatorio para alegar que el demandante carece del derecho invocado, falta de identidad o exposición de argumentos que consideren que las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. Puede comprobarse que no se plantean causas de inadmisión, sino causas desestimatorias de carácter menos rígido que en el procedimiento español. La resolución que admite la extensión es irrecurrible en vía administrativa, pero sí puede impugnarse ante la autoridad judicial. Para los casos de denegación o silencio tampoco están previstos los recursos administrativos, pudiendo acudir el interesado al procedimiento establecido por el artículo 269.

3. Procedimiento ante el Consejo de Estado

Para los casos denegados o sin respuesta, el artículo 269 prevé un procedimiento ante el Consejo de Estado que se iniciará mediante escrito razonado acompañado de la copia de la actuación llevada a cabo ante el órgano administrativo (la expresión “escrito razonado” es la misma que utiliza el artículo 110 de la LJCA). De este escrito se da traslado a la Administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que, en 30 días, puedan aportar las pruebas que consideren necesarias. Tanto la Administración como la Agencia pueden oponerse a la extensión por los motivos denegatorios del artículo 102. Tras este trámite, se lleva a cabo una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de 15 días contados a partir de la notificación a las partes, donde el Tribunal resuelve la cuestión planteada.

Para los casos de estimación, el Consejo de Estado ordena la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Al igual que en el caso español, la extensión produce los mismos efectos que la sentencia a extender. En los casos en los que se solicita la nulidad y el restablecimiento del derecho y se deniega la solicitud de extensión por el Consejo de Estado, se envía el expediente al órgano administrativo para que resuelva sobre el fondo del asunto.

III.- RELACIÓN CON LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIAS FIRMES ESPAÑOLA

1. Palabras previas

Debe tenerse en cuenta que la extensión de jurisprudencia al derivar del tronco de la LJCA, posee muchos puntos comunes con nuestra extensión de efectos de sentencias firmes. Sin embargo, el objetivo es distinto: mientras que la extensión española funciona como un *quasi* precedente (busca que los efectos de las sentencias firmes de las materias tributaria, unidad de mercado y personal al servicio de las Administraciones públicas puedan ser directamente aplicables a terceros que no fueron parte en el procedimiento originario), la extensión de jurisprudencia pretende extender a terceros los efectos de las sentencias de unificación emanadas del Consejo de Estado por parte de la Administración, con el objetivo de lograr la armonización y homogeneización de criterios. En Colombia realmente se utiliza como un precedente, acercando un mecanismo del derecho anglosajón a un sistema de derecho de base continental. De todas formas, entendemos que el principio de igualdad es el que está latente en ambas.

2. Principales diferencias

Teniendo en cuenta que las similitudes nos muestran un recorrido común comparado, son las divergencias las que poseen más interés. Si bien hay muchas cuestiones a las que podría aludirse, nos centraremos en las que, a nuestro juicio, son más determinantes en este contexto comparativo.

La primera diferencia destacable es de carácter material: ¿posee la extensión de jurisprudencia una reserva material como sí tiene la extensión de efectos de sentencias firmes? La respuesta es negativa. A pesar de que en España la reserva material es una de las características principales de la extensión (y de las más discutidas también), el legislador colombiano solo ha puesto el límite de las materias que son susceptibles de llegar a conocimiento del Consejo de Estado, por lo que puede afirmarse que nos encontramos más con un límite técnico que de otro tipo. Está claro que las materias más importantes son las que podrán llegar al Consejo de Estado, por lo que no se delimita el contenido a asuntos específicos.

Otra de las diferencias responde a los requisitos necesarios para instar las respectivas extensiones. En España, se requiere el reconocimiento por parte de la sentencia a extender de una situación jurídica individualizada, pero en Colombia la Ley exige que las sentencias determinen un derecho. Aunque podemos encontrar matices, parece claro que la regulación sigue un patrón común en ambos ordenamientos, pues podría considerarse que se está concretando e individualizando un derecho en España cuando un Tribunal determina el reconocimiento de una situación jurídica individualizada que deriva, por tanto, de ese derecho. En cambio, entendemos que el ordenamiento colombiano identifica muy bien los rasgos de la sentencia que se puede extender, pues según el artículo 102, solo pueden extenderse las sentencias que posean la condición de sentencias de unificación jurisprudencial. De ello se desprende la importancia de la institución para el ordenamiento colombiano y, en especial, para el ordenamiento contencioso-administrativo, ya que se está llevando la jurisprudencia al punto de ser considerada fuente del derecho. En España esta situación no se produce, puesto que no se delimitan las sentencias susceptibles de extensión de efectos (salvo por la mencionada reserva material). Por ello puede afirmarse que, aunque pueda parecer lo contrario, la amplitud de funcionamiento otorgada por el legislador español es mayor que la otorgada por el legislador colombiano y vuelve a demostrarse que la razón teleológica o finalista de cada una de las figuras es diferente. Sin embargo, el legislador colombiano utiliza la figura con un fin generalista y no puramente técnico o de carácter agilizador, es decir, va más allá, procurando que la figura posea un sentido coherente dentro de todo el

sistema³. En cuanto a la identidad, el legislador colombiano exige que ésta sea una identidad de hecho y de derecho, mientras que el español solo pide idéntica situación jurídica.

Por último, la tercera cuestión diferencial que queremos destacar es a nivel procedimental y se concreta en el establecimiento del plazo que tiene el solicitante para poder pedir la extensión de efectos. Si en España el legislador establece un año desde la última notificación de la sentencia a extender (con salvedades para los casos de interposición de determinados recursos), en Colombia la determinación que realiza el legislador es negativa, esto es, se podrá instar la extensión de jurisprudencia siempre y cuando no haya caducado la pretensión judicial.

IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Obviamente ambas instituciones se encuentran muy próximas. La extensión de jurisprudencia se revela como un verdadero ejemplo de la importancia del derecho comparado a la hora de mejorar el ordenamiento jurídico de un Estado, incorporando figuras extranjeras pero adaptándolas al sistema interno. Lo que no puede negarse es la relevancia de la identidad de situaciones para las figuras que tienen como objeto la extensión de efectos *ultra partem*. Ahora que las extensiones de efectos parece que empiezan a despegar como figuras con autoridad propia dentro de los ordenamientos, la rigidez o flexibilidad con la que se exija dicha identidad será uno de los marcadores que permitirán su desarrollo y determinarán su éxito.

³ En España son tantos los requisitos para llevar a cabo la extensión que, en muchos casos, se hace imposible su utilización. Además, al ser una figura que podríamos considerar “aislada” en el conjunto del ordenamiento parece que se diluye un poco su importancia. Con algunas mejoras y algún nuevo enfoque podría convertirse en una de las figuras más importantes para paliar el retraso judicial, llegando incluso a extrapolarse a otros órdenes. De hecho, en el ámbito civil ya se empieza a hablar (aunque de manera muy embrionaria aún) de extensiones de efectos en materias como las cláusulas suelo.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA, *El mecanismo de extensión de jurisprudencia: análisis de su naturaleza, trámite y aplicación*, Colombia, 2017.
- BELTRÁN ACOSTA, Elizabeth, “Mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros como escenario de activismo judicial dialógico”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm.20, segundo semestre, 2018.
- CASTRO LÓPEZ, Angie, y PEÑA RODRÍGUEZ, Diana Marcela, “La extensión de jurisprudencia como aporte al procedimiento administrativo colombiano”, en *Verba Iuris*, 12 (38), 2017.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis, *La extensión de efectos de una sentencia a terceros: el artículo 110 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Comares, Granada, 2010.
- PEÑA SÁNCHEZ, Alcides de Jesús, “Beneficios de aplicar la extensión de la jurisprudencia del consejo de estado a temas tributarios”, en *Saber, Ciencia y Libertad*, Vol. 13, núm. 2, Julio-Diciembre, 2018.
- VARGAS FLORIÁN, Sandra Mercedes, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en *Iusta*, núm. 48, enero-junio, 2018.

MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO

Elena Elías Salamanca
Graduada en Derecho
(Universidad de Sevilla. España)

I.- INTRODUCCIÓN

La sobrecarga que actualmente caracteriza a la Administración de Justicia ha provocado progresivamente el colapso en la actividad diaria de los Juzgados y Tribunales. Dicha situación ha propiciado la búsqueda de métodos alternativos al sistema de justicia tradicional. Estos métodos tienen como finalidad proporcionar soluciones consensuadas entre las partes en conflicto, alcanzando una solución más ágil y justa.

En este contexto podemos ubicar la denominada “justicia restaurativa”, la cual ha sido definida por numerosos autores, recalcando la aportación realizada por ZEHR¹, que la define como “un proceso a través del cual el infractor, con remordimiento por su conducta, acepta su responsabilidad hacia quien ha dañado y hacia la comunidad que en respuesta de a ello le permite la reintegración del ofensor en la comunidad”. Destacando, dentro de este concepto, el alcance que conlleva la restauración, ya que a través de ella se pretende reparar, por un lado, la relaciones entre la víctima y el autor, y por otro, su reincorporación en la sociedad.

¹ ZEHR, H., *Changing Lenses: A new focus for crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, Estados Unidos, 1990.

Por su parte, CHRISTIE² argumenta la necesidad de implantar una alternativa al sistema penal tradicional, para obtener así una solución diferente. Este autor defiende la idea de una alternativa, donde las partes en conflicto participen activamente encontrando una solución a sus problemas.

En sentido, la Recomendación del Consejo de Europa (2018) 8, adoptada el 3 de octubre de 2018, sobre la justicia restaurativa en asuntos penales, determina que la justicia restaurativa “hace referencia a cualquier proceso que permita a aquellas personas dañadas por el delito y a las personas responsables del daño participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la resolución de las consecuencias resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente y cualificado”.

Ahora bien, partiendo del concepto de justicia restaurativa ubicamos la mediación como una de sus principales herramientas, y dentro de la mediación, centraremos nuestro estudio en el empleo de este método alternativo de conflictos en el delito de violencia de género.

II.- APROXIMACIÓN A LA MEDIACIÓN PENAL

1. Concepto

Entendiendo la mediación como una de las herramientas que nos ofrece el sistema de la justicia restaurativa, hay que tener presente que actualmente en España no existe una regulación normativa concreta en materia penal. Sin embargo, sí que encontramos algunos precedentes como son, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Aunque anteriormente hemos afirmado que no hay una regulación expresa en materia penal, hay que matizar que se contempla este método alternativo en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la

² GORDILLO SANTANA, L., La justicia restaurativa y la mediación penal, Iustel, Madrid, 2007, pág. 40.

Responsabilidad Penal de los Menores, en cuyo articulado se establece mecanismos desjudicializadores basados en la oportunidad.

Una vez establecido este marco legal, haremos una aproximación a las notas distintivas que definen a esta figura. En este sentido son numerosas las definiciones relativas a la Mediación Penal que la doctrina ha ido aportando.

Ahora bien, una visión general de la Mediación nos la ofrece el artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que "entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador".

Centrándonos en el concepto de Mediación Penal, TARDÓN OLMOS³ la define como "un mecanismo de participación voluntaria del imputado y la víctima del delito o falta cometidos, en un proceso de diálogo y comunicación conducido por un mediador imparcial, con el objetivo fundamental de conseguir la reparación adecuada del daño causado y la solución del conflicto desde una perspectiva justa y equilibrada para los intereses de ambas partes, que situaría el énfasis en los derechos de las víctimas, en una concepción del proceso penal que se ha dado en llamar de justicia reparadora o restauradora, desde la cual, ésta sería sino una alternativa al propio proceso".

Por otro lado, ESQUINAS VALVERDE⁴ entiende la mediación penal "como un proceso no contencioso, informal, voluntario y basado en la confianza entre las partes, a través del cual los participantes tratan de resolver su conflicto de modo autónomo, con la ayuda de un tercero neutral que conoce las condiciones fácticas y jurídicas de los hechos pero que carece de capacidad para decidir".

³ TARDÓN OLMOS, M., *El Estatuto Jurídico de la Víctima*. Revista *Cuadernos de Pensamiento Político*, núm. 19, 2008, pág. 24.

⁴ ESQUINAS VALVERDES, P., "La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?", *Revista Penal*, núm. 18, julio 2006, pág. 57.

Asimismo, en el plano internacional, la establecida en el artículo 1.e) de la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en la que se define a la mediación en causas penales como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente”.

Por lo tanto, la mediación en ámbito penal, no es más que el procedimiento mediante el cual el autor del delito, de forma voluntaria, pretende reparar y compensar a la víctima por los daños sufridos como consecuencia del hecho delictivo, bajo la asistencia de una tercera persona neutral, la cual facilitará la adopción de los acuerdos.

2. Características esenciales

Partiendo del propio concepto y en relación con lo establecido la Recomendación del Consejo de Europa, de 3 de octubre de 2018, sobre la Justicia Restaurativa en el Sistema Penal, podemos extraer las siguientes características esenciales en:

- En primer lugar, es necesario la participación voluntaria y libre de las partes.
- En segundo lugar, confidencialidad.
- En tercer lugar, se le aplica el principio de dualidad de partes, igualdad, y contradicción.
- Por último, además de las partes en conflicto, interviene una tercera persona, el mediador o facilitador⁵.

⁵ “Facilitator” concepto acuñado en Recomendación del Consejo de Europa (2018) 8, adoptada el 3 de octubre de 2018. A lo largo de esta recomendación se hace numerosas alusiones al facilitador: “Antes de iniciarse la justicia restaurativa, el facilitador debe ser informado sobre todos los aspectos relevantes del caso y las autoridades judiciales competentes u organismos de justicia penal deben facilitarle la información necesaria”; “el facilitador debe informar plenamente a las partes sobre sus derechos, la naturaleza del proceso de justicia restaurativa, las posibles consecuencias de su decisión de participar y los detalles de cualquier procedimiento para presentar reclamaciones”; “Los facilitadores deben disponer de tiempo y recursos suficientes para llevar a cabo adecuadamente los trabajos de preparación, evaluación de riesgos y seguimiento con las partes. Si los facilitadores pertenecen a autoridades judiciales y organismos de justicia penal, deben trabajar conforme a los principios de la justicia restaurativa”, etc.

Seguidamente podemos establecer que el empleo de la mediación tiene, entre otras, las siguientes ventajas:

- Flexibilidad, ya que son las partes que intervienen en este proceso los que se encargan de organizarla con total libertad, tanto de entrada como de salida.
- Posibilita el dialogo. Por tanto, ayuda a la víctima a expresar el dolor que ha podido sufrir como consecuencia del delito y esto a su vez potencia la superación de miedos o desconfianzas derivados del mismo.
- Estimula al victimario a desarrollar su capacidad para responsabilizarse del hecho, ya que se tiene que enfrentar a la víctima y al daño causado. Permitiendo, por ello, la reinserción social.

Aunque hay que tener en cuenta que no todos los conflictos se pueden someter a la mediación y que no todas las personas cumplen con las condiciones necesarias para participar. En este sentido, estudiaremos en el siguiente apartado si es factible el empleo de este método en el delito de violencia de género.

III.- ¿ES POSIBLE EL USO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

1. La violencia de género: concepto y tipificación

Una vez establecida la mediación como forma de resolución de conflictos y teniendo en cuenta la carencia de normativa específica que actualmente hay en España, para poder estudiar si es posible la mediación en el delito de violencia de género hay que partir de varias ideas:

En primer lugar, debemos saber que se entiende por "violencia de género". Las Naciones Unidas establecen un concepto de violencia de género en la resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993, declarando en su artículo 1 que "se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las

amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia Género, encontramos que entiende por “violencia aquella que dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

En consecuencia, las notas características de este tipo delictivo, que lo diferencian de otro tipo delictivo como puede ser la violencia doméstica, son tres:

- Es una violencia ejercida por los hombres hacia las mujeres.
- Esta violencia se basa en la desigualdad, tal como se establece en la Ley 1/2004, por ser consideradas carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. Por tanto, se sitúa en una posición inferior a las mujeres respecto de los hombres.
- Tal y como se tipifica en el artículo 172 del Código Penal se ejerce sobre “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. Diferenciándolo de la violencia doméstica.

Por lo tanto, podemos definirla como aquella violencia ejercida por hombres sobre las mujeres, por el mero hecho de serlo y considerándolas, desde su punto de vista, inferiores. Dicha violencia puede ser tanto física como psíquica y se lleva a cabo dentro de una relación, haya o no convivencia.

En segundo lugar, en derecho español se han producido distintos avances legislativos en esta materia, podemos destacar por ejemplo la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e integración Social de los Extranjeros; Ley 27/2003, de 31 de julio que regula la Orden de Protección de las Víctimas, etc. Por lo tanto, los poderes públicos no son ajenos a esta realidad, ya que hay que tener en cuenta que la violencia de género colisiona con derechos fundamentales, tales como la libertad o la igualdad y por tanto tal como se

establece en el artículo 9.2 de la Constitución Española, los poderes públicos deben adoptar las medidas necesarias para hacer reales dichos derechos fundamentales.

En tercer lugar, en el plano internacional podemos destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979 o la Decisión núm. 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupo de riesgo.

En cuarto lugar, establecer una efectiva igualdad y libertad basadas en el respeto debe ser un objetivo fundamental de todos los Estados. En el supuesto de violencia de género, en mi opinión, se puede conseguir a través de la educación, estableciendo para ello medidas de sensibilización y que hagan efectivo dichos derechos fundamentales. Ya que el derecho actúa cuando el daño se ha ocasionado y aunque de soluciones preventivas no termina por erradicar la base que fundamenta la violencia de género, que es sobre todo la desigualdad o la creencia superioridad en cuestión de género.

Por último, hay que destacar algunas características de la mujer víctima de violencia de género tal como establece CASAL DE LA FUENTE⁶ estableciendo que "aunque no existe un único perfil de víctima, pues cada una experimenta el poder y la amenaza de forma distinta y actúa consecuentemente, los trazos fundamentales son los que describen en estas líneas: Estrés post-traumático, depresión y ansiedad; Inhabilidad para distinguir los comportamientos sexuales de los afectivos; Intimidación y evitación de agresiones. Desean agradar desarrollando un comportamiento subyugado, desarrollando estrategias adaptativas, como la hipervigilancia crónica, y usan la manipulación para ganar afecto y neutralizar la agresión. También niegan el maltrato como herramienta de defensa psicológica; Búsqueda de causa externa de lo que les pasa; Dependencia emocional y económica respecto del agresor; Desconfianza sobre el sistema de justicia social; Entre otros: baja autoestima, abuso y dependencia de sustancias adictivas, inadaptación, dificultad de

⁶ CASAL DE LA FUENTE, L., en VV.AA., Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004, Universidad Santiago de Compostela, 2014, págs. 139 a 143.

resolución de problemas, etcétera”. Hemos querido destacar estas características, ya que consideramos que se deben tener en cuenta a la hora de valorar la situación emocional de la víctima para establecer, de este modo, una efectiva igualdad de cara a realizar un proceso de mediación.

Partiendo de este concepto, en nuestro Código Penal este tipo delictivo se halla regulado en los siguientes delitos:

- Lesiones (art. 153.1 CP): “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...)”.
- Amenazas (art. 171.4 CP): “El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...)”.
- Coacciones (art. 172.2 CP): “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, (...)”.
- Violencia habitual (art. 173.2 CP): “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (...)”.

2. Exclusión de la mediación en la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género

En este contexto, se promulga la Ley 1/2004, la cual tiene como objeto tal como se establece en su artículo primero, “actuar contra la violencia de género, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quien estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. Estableciendo medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia”.

Ahora bien, tenemos que tener en cuenta lo que establece el artículo 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, los servicios de justicia restaurativa, encuadrados en la participación de la víctima en el proceso penal, este artículo establece lo que “las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

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

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

Este artículo abre la posibilidad de emplear la mediación para poder obtener una reparación más satisfactoria, dicha reparación deriva del daño producido por el ilícito penal. A su vez, en este artículo se observan claramente las características de la mediación, tales como la voluntariedad, establecida mediante el consentimiento de ambas partes ó la iniciativa por parte del victimario de asumir la responsabilidad por los hechos cometidos.

Ahora bien, siguiendo la lectura de este artículo nos encontramos que establece que la mediación se llevará a cabo siempre y cuando no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

Por tanto, ¿qué ocurre en el caso de que el delito sea de violencia de género? la respuesta la encontramos en el art. 44.5 de la Ley 1/2004, estableciendo que “en todos los casos está vedada la mediación”. Estamos ante una prohibición expresa de la mediación en violencia de género⁷.

La mediación que está prohibida es únicamente aquella referida a la violencia de género que es objeto de la Ley 1/2004. por consiguiente, todos los casos de violencia excluidas del ámbito de aplicación de esta ley pueden ser susceptibles de mediación.

Por ello, entendiendo que una de las finalidades de esta Ley es reforzar los factores preventivos, por consiguiente, se debería apostar, siguiendo la opinión de CASTILLEJO MANZANARES, TORRADO TARRÍO Y ALONSO SALGADO, “por el uso de alternativas que minimicen los efectos de la victimización, que eviten la judicialización, que pertrechen a las partes con dotaciones de equipos psicológicos, etc.”⁸.

Ante los posibles posicionamientos doctrinales, hemos extraídos los que entendemos más relevante. Por un lado, entre los argumentos a favor del empleo de la mediación en violencia de género destacamos:

En primer lugar, el carácter discursivo de la mediación, el cual puede considerarse útil en este tipo de delitos. Esto se debe a que la mediación, como instrumento de la Justicia Restaurativa, pretende además de reparar el daño material que produce el ilícito penal, un análisis del conflicto de forma específica, ya que se investiga tanto las causas como las consecuencias, para buscar satisfacer las necesidades de las partes. De esta forma se anima a las víctimas para que cuente su versión de los hechos ocurridos, es decir se fomenta un dialogo, el cual es informal.

De esta manera aumenta la probabilidad de obtener unos resultados más justos, ya que este carácter discursivo induce a una reflexión basada en la

⁷ A consecuencia de tal prohibición legal, no existe jurisprudencia en nuestro país sobre el empleo de la mediación en el ámbito de la violencia de género.

⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R., en VV.AA., *Mediación en violencia de género. Revista de Mediación*, núm. 7, mayo 2011, págs. 38 a 45.

empatía. Este carácter particular de la mediación, hace que este procedimiento sea diferente al procedimiento judicial, el cual es un más rígido y puede resultar más intimidante y por tanto menos receptivo a las necesidades individuales que tiene cada víctima.

A su vez, hay que destacar que este carácter de "diálogo" puede facilitar el logro de dos objetivos: Por un lado, el agresor es consciente y puede asimilar mejor la situación en la que se encuentra la víctima, ya que, si la mujer se comunica con su maltratador, éste toma consciencia de la situación y por tanto puede percibir a la víctima como una persona con derecho propios, la cual recibe el respaldo de la sociedad. Esto no ocurre en un proceso ante el juez, ya que no existe ese dialogo con la víctima y por tanto el proceso puede resultar menos personal. Lo principal de este punto es que se produzca un cambio de actitud en el hombre, el cual hasta el momento ve a la mujer más como un objeto que como un sujeto activo, dicha visión es la que provoca posteriormente la violencia. Por otro lado, a través del dialogo se pretende que el agresor tome consciencia de que antes de la violencia existen otras vías, por tanto, tiene posibilidad de elección. Con este punto hago referencia a una reeducación, ya que, si los victimarios toman consciencia de que podían haber elegido otra conducta diferente, se hacen responsables y, por tanto, por parte del agresor puede haber una actitud más favorable a cambiar su conducta.

En segundo lugar, durante los encuentros, y con el empleo del diálogo, la mediación puede ayudar al agresor a reconocer su responsabilidad, a través de dinámicas emocionales. Se pretende que el infractor al escuchar la versión de la víctima tome consciencia del sufrimiento que le ha provocado y por tanto genere en él un cierto grado de voluntariedad que se traduce en un intento de compensación.

Por último, otro argumento lo da HÉRCULES DE SOLÁS DE CARDEÑA⁹ diciendo que la mediación facilita el cumplimiento voluntario de la pena y se obtiene, por consiguiente, una solución rápida y eficaz.

⁹ HÉRCULES DE SOLÁS CARDEÑA, M., "La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género". *Revista de Trabajo Social y Acción Social*, núm. 52, 2013, págs. 255 a 272.

Ahora bien, también encontramos argumentos en contra del empleo de la mediación en violencia de género. Podemos destacar los siguientes:

En primer lugar, la mediación no es suficiente para modificar la conducta violenta del agresor. Esto se debe a que la mediación no se constituye a largo plazo. En cambio, el Derecho penal tiene como objetivo evitar la repetición de los hechos delictivos. En el caso de violencia de género, cuando en una relación se remonta la violencia a un largo periodo atrás, es posible que el patrón violento este muy arraigado en el agresor y por tanto un proceso corto en el tiempo no va a obtener un cambio o intento de cambio de actitud en el victimario.

La mediación es imposible cuando existe un claro desequilibrio de poder entre el agresor y su víctima. Este es el motivo que defienden la mayoría de los detractores del empleo de la mediación en violencia de género. Se requiere que las partes que asistan a un proceso de mediación se encuentren en igualdad, de manera que puede lograrse una compensación del daño, la cual será justa para los intereses del agresor y la víctima. En el caso de violencia de género, se puede producir un desequilibrio, esto se puede deber a que la mujer no pueda dar su opinión, ni expresar sus necesidades en presencia del agresor, además cabe la posibilidad de que se adopta un acuerdo de compensación, la mujer se conforme, aceptando por tanto medidas que en realidad no le corresponden. Este riesgo de “coerción psicológica” está muy patente en delitos de violencia, ya que el agresor puede imponer su voluntad de una forma sutil y dirigir por tanto el proceso como mejor le convenga, intimidando por tanto a la víctima. Aunque en mi opinión, esta posible ventaja que puede tener el agresor, al tener una posición de dominio sobre la mujer se puede dar tanto en un proceso judicial como en el empleo de la mediación. Por consiguiente, como cautela se deberá evitar que se produzca esta manipulación psicológica, para poder conseguir un equilibrio entre ambas partes.

Por último, ante situaciones violentas, la mediación resulta improcedente. Ante este argumento hay que tener en cuenta que la normativa internacional no limita los tipos delictivos en los que se puede aplicar la mediación. Por tanto, quedaría en manos del legislador establecer los tipos delictivos en los que se podría emplear la mediación.

IV.- CONCLUSIONES

Para determinar que es posible el empleo de la mediación en violencia de género hay que tener en cuenta las siguientes premisas:

En primer lugar, la mediación tiene que tener una finalidad reparadora no reconciliadora de la pareja. Una vez determinada la finalidad hay que tener en cuenta que no siempre se podrá dar en todos los casos, ya que es determinante que las partes se encuentren en una situación de igualdad y por tanto hay que valorar que grado de afectación psicológica tiene la mujer frente a su agresor.

Pero, ¿en qué casos se podría dar la mediación? Desde nuestro punto de vista, no es lo mismo un caso donde las lesiones se produzcan prolongadas en el tiempo y sean de una gravedad considerable, que en el caso de unas lesiones leves y aisladas. Hay que distinguir estas dos situaciones porque no tendrá el mismo efecto cuando se trate de un hombre que ha tenido un episodio violento puntual, a otro que tenga más arraigada esa conducta violenta. Porque tal como hemos explicado anteriormente, si se pretende, por medio de la mediación, que el agresor se dé cuenta del daño que comete y sea consciente que podría haber elegido otra opción en vez de emplear la violencia, y por lo tanto, que cambie de actitud, no surtiendo el mismo efecto en un caso o en otro.

Dentro del proceso, consideramos que es más idóneo el empleo de este instrumento en la fase inicial del procedimiento penal, es decir en las diligencias previas que se instruyan una vez puesto en conocimiento del juzgado de violencia sobre la mujer correspondiente, bien por denuncia de la propia víctima, bien por el atestado levantado por las fuerzas de orden público, acompañando el protocolo de orden de protección que suele ser habitual en estos casos. El motivo de la oportunidad en esta fase procesal, es que al encontrarse la misma en un inicio cercano al conflicto producido, la posibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes suele ser más factible, consiguiendo dos objetivos, a saber: por un lado que la víctima se vea resarcida del daño producido con plenitud de efectos beneficiosos para ella, y por otro lado, que el presunto agresor pueda

comprender el mal que ha producido y la necesidad de evitar conductas agresivas en un futuro próximo.

Una vez respondida de forma afirmativa que es factible en ciertos casos de violencia de género, pretendemos concluir el estudio de la mediación, proponiendo algunas condiciones que se consideran importantes a la hora de querer establecer una efectiva mediación penal en el delito de violencia de género. En primer lugar, hay que establecer ante qué tipo de violencia nos encontramos y las repercusiones causadas. Y, en segundo lugar, creemos necesaria la participación de psicólogos especializados en violencia de géneros. Los cuales, por un lado, tendrán que valorar la situación psicológica en la que se encuentra la víctima, para evitar que se encuentre en una situación de desequilibrio frente a su agresor. Y, por otro lado, también tendrán que entrar a valorar la situación psicológica del hombre para poder determinar que le impulsó a llevar a cabo dicho acto violento, si hay asunción de la responsabilidad e intención de compensar a la víctima y sobre todo si cabe la posibilidad de una rehabilitación. Estas valoraciones individuales se llevarán a cabo mediante sesiones, las cuales terminarán con la emisión por parte del psicólogo de un informe en el que se establecerán si se recomienda el inicio del proceso de mediación.

Asimismo, entendemos que los mediadores en caso de violencia de género tienen que tener una formación específica en violencia de género, de tal forma que tengan conocimientos sobre el delito de violencia de género y el maltrato, por tanto, podrán entender y saber trabajar con las partes implicadas, víctima y agresor.

Hay que tener presente que la mediación penal puede favorecer el empoderamiento y aumento de la autonomía en la mujer, proporcionándole herramientas que la faculten para prevenir situaciones análogas y a su vez hacer frente a la situación actual. Por lo tanto, se evita la victimización ya que se le dota de una posición más activa, la cual le provoca un análisis más profundo de la realidad y a través del dialogo se fomenta la búsqueda de mecanismos que hagan una efectiva reparación de acuerdo a las necesidades de la víctima. Además, la mediación se recomienda en los casos en que las lesiones no sean graves, por tanto, se descartaría en el momento en que la

violencia ejercida es de forma habitual y por supuesto si el agresor es reincidente. Ya que, en estos casos, pese a la participación de los psicólogos, el proceso de mediación no será suficiente para obtener un cambio de actitud en el agresor.

Por último, sería necesaria una modificación de la regulación actual en materia de violencia de género, respecto a la imposibilidad del empleo de la mediación como instrumento alternativo para la solución del conflicto, en el sentido de facilitar el empleo de tal método, y sin perjuicio de establecer los supuestos, límites, requisitos y finalidades que se persiguen. Con ello consideramos que sería eficaz a la hora de solucionar el conflicto social que subyace, estableciendo una vía para la reeducación del agresor que beneficiaría, en última instancia a la víctima.

LA LUCHA CONTRA LA FALSIFICACIÓN DE MEDICAMENTOS: COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y JUSTICIA PENAL EN EL MODELO DEL CONVENIO MEDICRIME¹

Simona Fanni

Doctora en Derecho

(Universidades de Cagliari -Italia- y de Sevilla -España-)

I.- INTRODUCCIÓN

La falsificación de medicamentos es uno de los fenómenos más alarmantes y complejos que la ciencia del Derecho actualmente afronta. Esto se debe a múltiples factores², entre los que destacan la naturaleza compleja y multifacética del fenómeno, que conlleva a diversas implicaciones legales que van desde el campo del Derecho penal hasta el área del Derecho de autor, y que requieren un enfoque concertado y coordinado a nivel internacional.

De hecho, uno de los fenómenos más complejos y llamativos que caracteriza la falsificación de medicamentos es su naturaleza transfronteriza que, en una realidad globalizada y virtual, trasciende el espacio físico, aprovecha

¹ Traducción de la Dra. Flavia Auad.

² JORDÁ SANZ, C. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., 'El tráfico ilícito de medicamentos: un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, núm. 17-10, pp. 1-22; GONZÁLEZ URIEL, D., 'Falsificación de productos médicos y delitos similares contra la salud pública: influencias internacionales y regulación nacional', *Estudios de Deusto*, 2017, Vol. 65/1, Enero-Junio, pp. 151-183.

las nuevas tecnologías y la dimensión del Internet para ser aún más invasivo y llegar con mayor facilidad a las víctimas, convirtiéndose asimismo en un fenómeno más sutil, cuya evanescencia dificulta las labores de investigación, reconstrucción de los hechos y comprobación de los mismos por parte de las autoridades encargadas de combatirlo.

A nivel mundial, la OCDE ha estimado que existe un mercado anual de medicamentos falsificados que comporta una suma equivalente a doscientos mil millones de Dólares Norteamericanos³. Los países en vías de desarrollo son los más afectados y, en este contexto, los países latinoamericanos no son la excepción: su mercado representa el 30% del mercado mundial⁴. La comunidad internacional no ha pasado por alto los problemas inherentes a la falsificación de medicamentos, comprendiendo el alcance global y las consecuencias que derivan de este fenómeno. Entre los instrumentos adoptados, la Convención Medicrime destaca por su naturaleza innovadora y única.

El propósito de la presente reflexión es proponer un instrumento normativo regional dirigido a la realidad latinoamericana, inspirado en el modelo de la Convención Medicrime, adaptándolo a los desafíos y a las necesidades específicas de la región, y promoviendo la armonización de las normas legales sustantivas y adjetivas, con el propósito de asegurar la coherencia y la efectividad de poder contar con un enfoque común y transversal.

³ En el año 2017, en las fronteras de la Unión Europea, se incautaron medicamentos falsificados por un valor cercano a los 7 millones de Euros. La falsificación de es particularmente atractiva para las organizaciones criminales: se estima que, a nivel mundial, los criminales pueden obtener ganancias que oscilan entre los doscientos mil y cuatrocientos mil Dólares Norteamericanos. Básicamente, en promedio, a nivel global, aproximadamente uno de cada diez medicamentos es falsificado, debiendo acotarse que este fenómeno, que afecta tanto al mercado legal como al ilegal, es a su vez transversal e integral, incluso en relación a la tipología de medicamentos involucrados.

⁴ Véanse los datos correspondientes en la siguiente página: <https://it.euronews.com/2016/02/11/i-farmaci-contraffatti-rendono-20-volte-piu-della-droga>. Se estima que en Venezuela uno de cuatro productos farmacéuticos sea falso o no satisfaga los estándares de calidad requeridos, mientras que el comercio de medicamentos falsificados en México sería de alrededor de seiscientos cincuenta millones de dólares al año, aproximadamente el 10% de las ventas farmacéuticas consideradas en su totalidad. Se destaca, además, la realidad del continente africano, especialmente en el área subsahariana, donde se ha detectado que se producen más del 42% de los casos encontrados en todo el mundo. Asia también es una región que se encuentra fuertemente afectada por este fenómeno, caracterizada por un triste historial de producción de medicamentos falsificados que se concentra en China e India.

Por lo tanto, en primer lugar, se analizará el tema de la falsificación de medicamentos como un fenómeno dañino para la salud global. En esta perspectiva, se reparará la evolución del enfoque de este fenómeno desarrollada por la comunidad internacional y, en este escenario, se contextualizará el análisis realizado por la Convención Medicrime. Luego será examinada la correspondiente normativa contemplada en el ordenamiento legal español, así como la implementación de las medidas previstas en la Convención y, a la luz de esta reflexión, se desarrollará una propuesta inspirada en este acuerdo para ser aplicado a la realidad sudamericana.

II.- LA DEFINICIÓN DE LA FALSIFICACIÓN DE MEDICAMENTOS EN RELACIÓN CON LA SALUD GLOBAL

Desde una perspectiva jurídica, la falsificación de medicamentos constituye un *vulnus* para la salud global: en este sentido, por ende, no es posible ignorar la naturaleza global y transfronteriza del fenómeno, que viene ligada a cuestiones de justicia social y equidad, las que a menudo se encuentran en crisis debido a cuestiones tales como el complejo -y muchas veces costoso- acceso a la atención médica, a la sanidad y a los medicamentos adecuados⁵.

Conforme ha sido adecuadamente destacado por los profesores Pons y García San José, la salud global forma parte de la esfera de los *global commons*, constituyendo así un bien “de carácter intangible de la especie humana”⁶, a la luz de su “noción holística, transversal e internacional por su propia naturaleza”⁷. A nivel ontológico, este criterio ayuda a describir su especificidad con respecto a la categoría de la salud pública en la que se ubica, por lo que a menudo se trata de enfatizar la dimensión de los derechos

⁵ Véase GARCÍA SAN JOSÉ, D., ‘El derecho de acceso a los medicamentos como corolario de la acción internacional contra medicamentos ilegales’, *Anuario Español De Derecho Internacional*, 2017, vol. 33, pp. 269-305, 270.

⁶ FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., ‘De los espacios de interés internacional a los global commons’, en ALCAIDE FERNÁNDEZ J., PETIT DE GABRIEL E. (eds.), *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 833 y ss.

⁷ PONS RAFOLS, X., ‘International Law and Global Health: an overview’, *Paix et Sécurité Internationales*, 2015, nº 3, pp. 33-60, 36; GARCÍA SAN JOSÉ, D., cit., p. 270.

humanos a la que pertenece este bien jurídico, “en una filosofía altruista, política y ética”⁸, en el ámbito internacional.

Teniendo en cuenta la naturaleza global, tanto del bien jurídico a proteger como de la falsificación de medicamentos, con el tiempo la comunidad internacional ha intentado desarrollar su propio enfoque, tratando de dar una definición y un marco jurídico-legal al fenómeno⁹.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) propuso una primera conceptualización en 1992, dentro del marco del First International Meeting on Counterfeit Drugs: el “medicamento falsificado” fue definido como el “producto fabricado indebidamente de manera deliberada y fraudulenta en lo que respecta a su identidad u origen. Puede incluir productos con los ingredientes correctos o con los ingredientes incorrectos, sin principio activo, con principio activo insuficiente o con envase falsificado”¹⁰.

En el año 2002 la OMS elaboró una definición, actualmente aceptada a nivel internacional, que se puede resumir en el acrónimo “SSFFC”, que resume las distintas tipologías de falsificación como “substandard/spurious/false-labeled/falsified/counterfeit”¹¹, a la que se añade, en el marco de la legalidad, el binomio: medicamentos de marca y medicamentos equivalentes.

A nivel europeo, la definición de “medicamento falsificado”, adoptada por el artículo 1 de la Directiva 2011/62/UE, destinada a prevenir la

⁸ FRANCO-GIRALDO, Á. y ÁLVAREZ-DARDET, C., ‘Salud pública global: un desafío a los límites de la salud internacional a propósito de la epidemia de influenza humana’, *Revista Panamericana de Salud Pública*, 2009, Vol. 25(6), pp. 540–547.

⁹ De hecho, en 1988, la Asamblea Mundial de la Salud invitó al Director General de la OMS a iniciar programas para la prevención y la detección de la exportación, de la importación y del contrabando de preparaciones farmacéuticas con etiquetas falsas, falsificadas o de baja calidad. Véase: JORDÁ SANZ, C., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., cit.

¹⁰ En el mismo año, esta definición se articuló aún más, efectuándose una distinción entre las medicinas falsificadas y las medicinas inferiores, constituyendo estas últimas medicinas o medicamentos producidos por sujetos autorizados pero que, por diversos motivos, como errores humanos o falta de recursos para producirlos, no satisfacen los estándares de calidad requeridos. A nivel operativo, en 1998, se constituyó la International Medical Products Anti-Counterfeiting Task Force.

¹¹ JORDÁ SANZ, C., GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., cit.; GARCÍA SAN JOSÉ, D., cit.

introducción de medicamentos falsificados en el mercado legal, es congruente con los parámetros *supra* indicados¹². Y es justamente en este escenario que el Consejo de Europa ha adoptado el enfoque innovador establecido en la Convención Medicrime.

III.- UN ENFOQUE NOVEDOSO: EL CONVENIO MEDICRIME

El 28 de octubre de 2011, el Consejo de Europa (CdE) adoptó el Convenio Medicrime, que entró en vigor el 1 de enero de 2016, con la ambiciosa intención de traducir los esfuerzos de la comunidad internacional en la lucha contra los medicamentos falsificados en obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados Partes¹³.

Se trata de un instrumento inédito y sin precedentes que supera el enfoque tradicional de falsificación de medicamentos centrado en la tutela y protección de la propiedad intelectual¹⁴: la Convención Medicrime tiene como objetivo proteger la salud global en virtud de un enfoque basado en los derechos humanos.

A través de la técnica de criminalización, no solo se promueve una cooperación judicial internacional entre los Estados Partes, sino que también se realiza una cooperación jurídico-legal internacional¹⁵, que viene expresada a través de la armonización de los ordenamientos penales nacionales en un plano sustancial, con la adopción de un marco legal común relativo a delitos que se presenten dentro del territorio de dichos Estados.

¹² Esta definición normativa se centra en la representación falsa con respecto a la identidad, al origen y a la historia del medicamento en sí. Con respecto a las innovaciones introducidas, véase la siguiente página: https://ec.europa.eu/health/newsletter/123/focus_newsletter_es.htm.

¹³ La Convención Medicrime también está abierta a terceros Países no miembros: actualmente, la convención ha sido firmada por Bielorrusia, Israel, Marruecos y Costa de Marfil, mientras que Benin, Burkina Faso y Guinea han procedido a su ratificación.

¹⁴ Como, por ejemplo, el “TRIPS” y el “ACTA”.

¹⁵ GONZÁLEZ URIEL, D., p. 159. NEGRI, S., “The MEDICRIME Convention: Combating Pharmaceutical Crimes through European Criminal Law and Beyond”, *The New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3, 2016, pp. 350-367.

El marco establecido por la Convención Medicrime se encuentra en línea con el enfoque de la definición internacional descrita anteriormente. También la Convención, en su artículo 4.j, define la falsificación como “una representación engañosa de la identidad y/u origen” del producto sanitario¹⁶.

La noción de “producto sanitario” comprende tanto a los medicamentos de marca como a los genéricos, una decisión que resulta coherente al haber sido superado el enfoque centrado en la protección y la tutela a la propiedad intelectual. Las conductas sancionadas son: la producción de medicamentos falsificados, su suministro o la oferta de su suministro y su tráfico, la falsificación de documentos y una serie de “delitos similares”¹⁷, casos contemplados respectivamente en los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Convención, que se encuentran catalogados por su naturaleza como delitos de peligro y, desde el punto de vista de la culpa, por su intencionalidad¹⁸.

Además, la Convención Medicrime se caracteriza por un interesante enfoque procesal. El Capítulo III de la Convención está dedicado a las investigaciones, a las acciones penales y al derecho procesal, estableciendo la posibilidad de actuar de oficio en los casos previstos en el artículo 15. Ello se trata de una garantía para las víctimas¹⁹: se las quiere proteger de las presiones que

¹⁶ Artículo 3 de la Convención Medicrime. La expresión “producto sanitario” incluye los medicamentos para uso humano e veterinario y “los accesorios destinados a ser utilizados con dispositivos médicos, así como las sustancias activas, los excipientes, los componentes y los materiales destinados a ser utilizados en la producción de estos”.

¹⁷ En este sentido, se incluyen conductas como la producción, el almacenamiento, la importación, la exportación, el suministro, la oferta de suministro o la comercialización de medicamentos sin autorización, si así lo exige la legislación nacional, o de dispositivos médicos que no cumplen con los requisitos exigidos por la legislación nacional, así como el uso de documentos originales para fines distintos de aquellos para los que están destinados. Además, la Convención Medicrime sanciona la complicidad, la instigación y los delitos cometidos en grado de tentativa contemplados en el artículo 9. También es relevante subrayar que el artículo 11 establece la responsabilidad de las personas jurídicas. Véase GARCÍA SAN JOSÉ, D., cit., p. 273.

¹⁸ De conformidad con el artículo 12 de la Convención Medicrime, se requieren sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, no necesariamente de naturaleza penal sino también administrativa. Por ejemplo: a) la inhabilitación temporal o definitiva para desarrollar actividades comerciales; b) la sujeción a supervisión judicial; c) la disolución judicial. Se admite también la extradición en los casos contemplados en los artículos 5 y 6. Además, será posible adoptar medidas tales como el secuestro y la confiscación.

¹⁹ Explanatory Report, párrafo 106.

los sospechosos o los acusados podrían someterles a través de amenazas y chantaje, para que abandonasen la querrela o la demanda judicial.

El artículo 16 se centra en las actividades de investigación, con el objetivo de plasmarlas y adecuarlas de modo tal que respondan a las necesidades peculiares que las averiguaciones y la actividad probatoria plantean con respecto a tales supuestos criminales, que resultan ser bastante insidiosos desde el punto de vista investigativo.

En primer lugar, este propósito se materializa en la obligación estatal de adoptar “medidas legislativas y de otro tipo” para garantizar la especialización de las personas, de las unidades y de los servicios responsables de efectuar las investigaciones relativas a la falsificación de medicamentos, proporcionándoseles los recursos adecuados. En este sentido, se puede pensar, por ejemplo, en una capacitación especializada en el campo informático o financiero. En el primer caso, esto parecería deseable debido al rol determinante que desempeñan las nuevas tecnologías en el desarrollo de este fenómeno, así como por las dificultades que se presentan al momento de efectuar investigaciones de conductas y acciones efectuadas en línea, que se destacan por su capacidad de evolucionar rápidamente.

Además, tales técnicas pueden ser particularmente intrusivas e insidiosas para las víctimas potenciales, como, por ejemplo, a través del spam o de la proliferación de farmacias ilegales en línea.

Del mismo modo, la reconstrucción de las operaciones financieras puede ser estratégica para la investigación de casos que parecen casi “evanescentes” en su determinación y en su definición probatoria. Piénsese en las operaciones de lavado de dinero proveniente de la falsificación de medicamentos y en el mercado negro en el que se colocan estos productos.

La misma Convención Medicrime hace mención expresa a las investigaciones financieras, tanto en el párrafo 1 del artículo 16, como en el párrafo 2 de la misma disposición legal. En este sentido, la Convención establece el deber del Estado de garantizar la efectividad de las investigaciones y el enjuiciamiento de los delitos contemplados en este documento, que, a modo

de ejemplo, cita una serie de actividades adicionales que el Estado podría autorizar para alcanzar este objetivo, como actividades encubiertas, envíos controlados y otras técnicas especiales de investigación²⁰.

De la lectura conjunta de los artículos 16 y 17 de la Convención Medicroime, sobre las “Medidas nacionales para la cooperación y el intercambio de información” se desprende que deberá existir el debido intercambio de información y la correspondiente cooperación entre las autoridades sanitarias, las aduanas, las fuerzas policiales y las autoridades competentes. En esta perspectiva, por ejemplo, sería invaluablemente útil la creación de una base de datos especial en la que se reuniera información relevante, la que además podría ser de mucha ayuda para recabar información dentro del cauce de las investigaciones procesales.

En particular, sería particularmente beneficioso asegurar el intercambio de información relacionada con sentencias anteriores emitidas a nivel nacional, así como en otros Estados Partes²¹. Además, ello también facilitaría la aplicación de la disposición contenida en el artículo 14 de la Convención, que prevé la posibilidad de que el juez nacional utilice sentencias extranjeras ejecutoriadas con el fin de determinar correspondiente la sentencia.

El Capítulo VI de la Convención Medicroime está dedicado a las “Medidas de Protección” dirigidas a las víctimas de los delitos contemplados. El artículo 19 define la protección que los Estados deben proporcionar a las víctimas, garantizándoles el acceso a la información relevante para su caso y necesaria para la protección de su salud, ayudándoles en su recuperación física, psicológica y social y proporcionando, en el Derecho interno, el derecho al resarcimiento por el daño sufrido, a ser pagado por la parte culpable. Esta protección se encuentra reafirmada por el artículo 20, haciendo alusión a la misma en la fase de investigación y en sede procesal, en cada fase y grado

²⁰ En cualquier caso, los Estados deben actuar “de conformidad con los principios del derecho interno”, que también debe entenderse que incluye los derechos fundamentales que se encuentran protegidos a nivel internacional, tales como los recogidos por el artículo 6 de la Convención Europea sobre los Derechos del Hombre (CEDH). Explanatory Report, párrafo 108.

²¹ *La Convention MEDICRIME en 10 questions et réponses*, Conseil de l’Europe, 2019.

del juicio, proporcionando así una serie de medidas de tutela, de carácter no exhaustivo²².

Estas garantías se expresan, de acuerdo con el párrafo 1) lett. a), a nivel informativo, y se refieren a los derechos y a los servicios puestos a disposición de las víctimas, así como al seguimiento dado a sus *complaints*. Para poder ejercitar sus propios derechos e intereses, las víctimas deben asimismo ser informadas sobre el “progreso general de las investigaciones o de los procedimientos”, aunque coherentemente con las exigencias y los requisitos relacionados con la confidencialidad de las investigaciones y el delicado equilibrio de la *discovery*²³.

En el modelo incorporado por la Convención Medicrime, la víctima también juega un papel importante en relación con el aspecto probatorio, ya que se le permite presentar evidencia y distintos elementos de prueba. Además, su contribución al proceso se ve reflejada mediante el ejercicio del derecho a ser escuchada²⁴.

Asimismo, a través de la adopción de medidas adecuadas, se debe garantizar la protección de las víctimas, de sus familias y de testigos, para lo cual se deberá tener en cuenta las amenazas, las presiones y las repercusiones a las que podrían estar expuestas.

La disposición legal contenida en el artículo 20(5) reviste una importancia particular, ya que pone de relieve y valoriza el rol de asistencia y apoyo brindado a las víctimas de grupos, fundaciones, asociaciones u organizaciones gubernamentales o no gubernamentales que, por ejemplo, puede expresarse en forma de asesoramiento y orientación, ya sea desde el

²² Explanatory Report, párrafo 122.

²³ El artículo 20(2) también especifica que las garantías de información también se refieren a los procedimientos administrativos, ya que algunos Ordenamientos legales establecen que las víctimas podrán activar la tutela resarcitoria en tal sede, siendo también posible que determinadas medidas de protección sean ordenadas por el juez en materia penal.

²⁴ En cada etapa y grado del proceso, la Convención Medicrime requiere a los Estados que establezcan servicios de apoyo adecuados. Además, debe garantizarse el acceso al patrocinio jurídico gratuito, de acuerdo con las condiciones contempladas por la propia legislación nacional de los Estados.

punto de vista jurídico como médico. Probablemente habría sido aún más significativo definir con mayor claridad su función procesal, dado que tales funciones podrían constituir un “filtro” de protección para las víctimas en la práctica procesal y, de este modo, se podría contar con recursos organizativos y económicos más importantes.

Podemos preguntarnos cómo el modelo de la Convención Medicrime resulta ser tan interesante como efectivo en la práctica. Se pueden encontrar algunas respuestas en el sistema español, que también ofrece valiosos puntos de contacto, así como sugerencias para evaluar si la Convención podría constituir un paradigma adecuado también para la realidad de América Latina y sus desafíos particulares.

IV.- EL MODELO DEL CONVENIO MEDICRIME EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

El panorama normativo español se destaca por varias razones en el escenario de la lucha contra la falsificación de medicamentos: por un lado, porque, al constituir una parte de la frontera de la Unión Europea, España desempeña un papel de importancia primordial en la represión del fenómeno a nivel continental. Por otra parte, en el ámbito internacional viene puesta en evidencia la experiencia española por haber -este País- adoptado un enfoque pionero en relación con la regulación relativa a la falsificación de medicamentos, a la luz de las garantías establecidas en el marco regulatorio nacional, así como aquellas adoptadas bajo el impulso de la Convención Medicrime -ratificada sin reservas- y de la Directiva 2011/62/CE.

Asimismo, en mérito al alcance de las actividades que involucraban la realidad nacional²⁵, se emprendió un proceso de renovación normativa que

²⁵ En 2012, una operación realizada por la INTERPOL detectó un mercado ilícito por un importe equivalente a 1.500 millones de Euros, que corresponde a alrededor del 14,3% del mercado europeo total. JORDÁ SANZ, C. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., cit., p. 21. Sin embargo, en España no se ha detectado ningún caso de venta o administración de medicamentos falsificados dentro de la cadena de comercio legal. Sobre este punto, véase la nota del 2 de diciembre de 2015 de la Agencia de Medicamentos.

condujo, en el año 2015, a una reforma del sistema regulatorio, tanto en materia administrativa²⁶ como penal.

En cuanto a materia penal se refiere, el Real Decreto Legislativo 1/2015 ha dado paso a una profunda reconfiguración del marco regulatorio incorporado por el Código Penal, misma que se caracteriza por una extensión del objeto material del delito y por una extensión de los casos penales tipificados, tanto a nivel cuantitativo como cualitativo. De esta manera, los anteriores artículos 361, 361-bis y 362, han sido sustituidos por los vigentes artículos 361-362-sexies, que reflejan la amplia gama de delitos contemplados por la Convención Medicrime y que, por lo tanto, abarcan desde la “producción, comercialización y expendición de medicamentos y productos sanitarios ilegales” a su falsificación o alteración y a su tráfico ilegal, contemplando así también los casos que constituyen falsedad documental, adoptando, en línea con la Convención Medicrime, una concepción amplia de “documento”²⁷.

Desde el punto de vista procesal, es interesante reflexionar sobre cómo la figura del *acusador particular* se encuentra dotada por sí misma de una función procesal que satisface las garantías que la Convención prevé; esto es, que pretende garantizar a las víctimas de delitos relacionados con la falsificación de medicamentos.

Por un lado, de hecho, al poder calificar tales casos como delitos de acción pública, el deber de la Fiscalía de ejercitar la acción penal parece satisfacer, sin duda alguna, el requerimiento contemplado por la Convención, referido a que el proceso penal pueda ser iniciado y seguido de oficio. Por otra parte, al

²⁶ En cuanto concierne la materia administrativa, el artículo 3(5) del Real Decreto Legislativo 1/2015, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos, ha dispuesto la prohibición de la venta electrónica de medicamentos para los que se requiere la receta o prescripción médica, estableciendo además un conjunto complejo de infracciones administrativas en el artículo 111. Dichos delitos se distinguen y clasifican por casos que parten de infracciones leves, como “[d]ispensar medicamentos transcurrido el plazo de validez de la receta”, hasta casos que conllevan a infracciones “muy graves”. El marco regulatorio administrativo se ha enriquecido aún más con la transposición de la Directiva 2011/62/UE a través del R.D.L. 870/2013, que establece que la venta de medicamentos a distancia solo puede llevarse a cabo mediante farmacias “abiertas al público, legalmente autorizadas” que hayan notificado el desempeño de esta actividad de conformidad con el artículo 4 del mismo Decreto.

²⁷ GONZÁLEZ URIEL, D., pp. 180, 181.

no contemplarse el monopolio del ejercicio de la acción penal a favor del Ministerio Público, se permite al *acusador particular* proteger directa e incisivamente sus propios derechos e intereses, independientemente de la iniciativa de la Fiscalía, garantizando así que la víctima disponga de las herramientas de protección necesarias para afrontar las fases de instauración del proceso, de instrucción probatoria y la participación directa en los periodos de juicio y ejecutorio, incluyéndose la facultad de que éstas puedan impugnar cualquier sentencia absolutoria. Esto también incluye la posibilidad de llevar a cabo las actividades de investigación contempladas por la Convención Medicrime, así como la posibilidad de solicitar la aplicación de una medida cautelar contra el sospechoso, tanto de naturaleza personal como real, como el secuestro y la confiscación de bienes con el propósito de preservar el patrimonio de los autores de estos delitos para satisfacer las demandas de resarcimiento de daños por parte de las víctimas.

Por otro lado, desde este punto de vista, puede destacarse el papel significativo de las asociaciones que operan en apoyo de las víctimas, contempladas en el artículo 20(5) de la Convención, que pueden desempeñar funciones similares a las de los *acusadores populares*²⁸. Esta es una posibilidad de protección que enriquece, en el plano procesal, las garantías consolidadas en la Convención Medicrime. Conforme se analizará a continuación, los perfiles resaltados del modelo procesal-penal español parecen interesantes también con respecto a la realidad latinoamericana, a la luz de su vínculo con la realidad española y a sus desafíos propios y peculiares a los que se actualmente enfrenta.

V.- ¿UN MODELO VIABLE PARA LATINOAMÉRICA?

La intensidad con la que el fenómeno de la falsificación de medicamentos está afectando la realidad de Latinoamérica ha hecho que sea extremadamente urgente buscar soluciones concertadas y con visión de futuro. En este sentido, la Convención Medicrime podría ofrecer un modelo interesante, aunque con algunas variaciones, que la convertirían en un paradigma más adecuado. De este modo, parecería más adecuado el referirse a un esquema

²⁸ Según lo previsto en el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Penal y en el artículo 135 de la Constitución española.

basado o inspirado en acuerdos elaborados en materia ambiental, como el Protocolo de Kioto, que prevé una intensificación periódica y progresiva de las obligaciones a asumir, y como el Acuerdo de París, que combina *hard* y *soft obligations*, en línea con la “nueva [...] normatividad gradual para abordar cuestiones especialmente delicadas”²⁹.

El *noix dur*, representado por la promoción de la aproximación en la tipificación de las conductas penalmente relevantes, así como por la definición de los perfiles procesales relacionados con la investigación, el enjuiciamiento y la protección de las víctimas, debería tener la naturaleza de *hard obligations*. Ello también es válido a nivel sancionatorio: la escasa efectividad disuasoria de las sanciones previstas constituye a menudo un punto de vulnerabilidad que afecta a los sistemas latinoamericanos en la lucha contra los medicamentos falsificados.

En cuanto se refiere a la protección de las víctimas, la definición de los estándares mínimos de protección que viene siendo compartida, parece ser fundamental en el contexto de la administración de justicia penal. La realidad regional es compleja: si bien por un lado algunos países adoptan un sistema codicista basado en el modelo español y contemplan, por lo tanto, la figura del *acusador particular*, por otra parte, otros Estados han establecido su propio sistema de justicia penal basado en el modelo francés napoleónico del “sistema mixto o inquisitorio reformado” fundado en el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Además, en la experiencia regional, se ha resaltado la importancia del criterio independiente del Ministerio Público respecto al Poder Ejecutivo³⁰, aspecto que conlleva a que sea aún más significativo garantizar a las víctimas un estatuto procesal que sea lo más pervasivo posible. En este sentido, resultaría fundamental la valorización de las funciones brindadas por las asociaciones dedicadas a la protección de las víctimas descritas en la Convención

²⁹ ANDORNO, R., *Principles of international biolaw. Seeking common ground at the intersection of bioethics and human rights*, Bruylant, Bruxelles, 2013.

³⁰ Véase PASTOR, D. R., Texto del informe presentado en la conferencia “Víctimas del delito y la justicia penal”, celebrada los días 9 y 10 de octubre de 2014 en la Universidad de Milán, pp. 2, 3.

Medicrime, que podrían incluir actividades de asesoramiento y orientación a las víctimas, así como la prestación gratuita de patrocinio jurídico.

Sería deseable que un futuro Acuerdo también proporcionara indicaciones relativas al rol procesal de las asociaciones, las cuales deberían ser apoyadas con los medios y las garantías adecuadas. Esta herramienta podría ser particularmente estratégica para los sistemas de justicia penal basados en el estilo francés, que no incluyen la *acusación popular*.

Un elemento de armonización común a la dimensión regional podría tener como punto de partida y derivar de la jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativa a la posición procesal de la víctima³¹. Dicho método de cooperación internacional, tanto judicial como jurídico, debería enriquecerse con herramientas adicionales de coordinación y colaboración, como la creación de una base de datos regional latinoamericana, así como a nivel estatal, en el que converjan los datos y la información, fruto de los esfuerzos conjuntos de las Fiscalías, de las aduanas, de la policía, de las Agencias de medicamentos y de otras autoridades competentes, lo que permitiría contar con recursos tales como el conocimiento y la experiencia necesarias y estratégicas, fácilmente disponibles, para enfrentar las dificultades de establecer una conexión con la falsificación de medicamentos.

Del mismo modo, deberían converger y ser fácilmente consultables tanto la información sobre los procedimientos en curso como las sentencias ejecutoriadas emanadas por los Tribunales nacionales. Además, sería aconsejable incluir una sección accesible al público, que ponga a disposición de la población en general información necesaria, real y actualizada relativa a la prescripción y al uso consciente y seguro de medicamentos, incluyéndose asimismo información inherente a medicamentos que pueden ser adquiridos en línea y listas de aquellos sitios *web* que no sean seguros, así como de aquellos sitios y farmacias que sean confiables se encuentren autorizadas para ejercer sus actividades *online*³².

³¹ OSORIO OSPITIA, O. P., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los mecanismos de reparación víctimas*, Trabajo de Grado, Universidad Católica de Colombia, 2018.

³² En este sentido, la Directiva 2011/62/UE también podría ofrecer un modelo útil.

En particular, sería deseable que las Agencias de medicamentos efectuaran sus labores de forma coordinada y, que, a largo plazo, se procediere a la creación de una Agencia de medicamentos a nivel regional, tal como ocurrió en Europa con la Agencia Europea de Medicamentos, o en África, donde la cooperación entre la Unión Africana (UA) y el NEPAD han creado la Agencia Africana de Medicamentos.

El establecimiento de una Agencia Regional de medicamentos, en primer lugar, garantizaría una concertación entre las autoridades nacionales, fortaleciendo el desempeño de sus importantes labores, por ejemplo, en términos de orientación *-guidance-* y definición de directrices o líneas guía, que también podrían utilizarse en la justicia penal en el ámbito de las propias actividades del Ministerio Público, inherentes a la investigación de delitos y a la determinación de la responsabilidad penal de sujetos involucrados en actividades ilícitas.

En segundo lugar, el establecimiento de una Agencia Regional de medicamentos ayudaría a la adopción de un enfoque más independiente, tomando en cuenta la frecuente y actual dependencia de muchas *Agencias Reguladoras* nacionales a la esfera política de los Ministerios de Salud.

Finalmente, la realidad africana y la sinergia entre la UA y el NEPAD ofrecerían un modelo interesante que podrían servir de inspiración para dar vida al marco propuesto, postulándose una cooperación análoga entre la Organización de los Estados Americanos (OEA), en cuyo centro se coloca el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y la Organización Panamericana de la Salud (OPS). La OEA cuenta con una experiencia consolidada en la promoción de acuerdos internacionales, pero, a diferencia del CdE, no dispone de dicha experiencia en el campo biomédico. Esta falencia podría ser superada gracias a las labores que, eventualmente, podrían ser desempeñadas por la OPS, Organismo éste que, por otro lado, puede presumir de una competencia focalizada y de un compromiso consolidado en la lucha contra los medicamentos falsificados³³, así como un conocimiento profundo del fenómeno a nivel

³³ Véase: https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=1583:2009-grupo-trabajo-combate-medicamentos-falsificados&Itemid=41776&lang=en.

regional gracias a su interacción con la Conferencia Panamericana de Armonización de la Reglamentación Farmacéutica.

VI.- CONCLUSIONES

La falsificación de medicamentos se ha convertido en un fenómeno de proporciones globales y transfronterizas, que, con la finalidad de preservar la salud mundial, solamente puede ser abordado a través de un enfoque internacionalmente concertado. La Convención Medicrime ha incorporado un paradigma innovador, capaz de abordar también importantes perfiles de carácter procesal. La vocación global de la Convención, que también busca abordar las realidades extraeuropeas, la convierte en un modelo apropiado para abordar las necesidades de latinoamérica, pero las peculiaridades de esta región hacen deseable la adopción de un instrumento aún más específico. De esta manera, podrían establecerse recursos aún más adecuados para refinar los instrumentos de ayuda puestos a disposición de los sistemas de justicia penal y de la protección procesal de las víctimas.

CARACTERIZACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA DEL CONSUMIDOR: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS COLOMBIA - ESPAÑA

María Angélica Ferrer Herrera¹

Profesora asistente. Área Derecho privado
(Universidad del Atlántico. Colombia)

Resumen: Antes de la promulgación de la Constitución Nacional Colombiana de 1991 no existía una disposición constitucional que de manera expresa se pronunciara a favor de la protección de una categoría específica de ciudadanos como lo son los consumidores. A partir de ella, se desprende un marco jurídico de protección a sus derechos, con acceso a una justicia basada, no sólo en un equilibrio formal sino también en una igualdad social y real. El presente escrito caracterizará el judicial que se desarrolla en Colombia para la protección y defensa de los derechos de los consumidores, así como también los puntos de convergencia y divergencia con el acceso a la administración de justicia de los consumidores en España.

Palabras clave: derecho de los consumidores, acceso a la justicia, consumidor en Colombia, consumidor en España, acciones de protección al consumidor.

Abstract: Before the promulgation of the Colombian National Constitution of 1991 there wasn't constitutional law expressly pronounced in favor of the protection of a specific category of citizens such as consumers. Because

¹ Abogada. Magíster en Derecho Comercial. Máster en Economía y Derecho del Consumo.

the promulgation of Law 1480 of 2011, now exists a legal framework of protection of their rights, with access to a justice based, not only on a formal balance but also on a social and real equality. The present document characterizes the judicial processes that are developed in Colombia for the protection and defense of consumer rights as well as the points of convergence and divergence with access to the consumer justice in Spain.

Keywords: consumer rights, access to justice, consumer in Colombia, consumer in Spain, consumer in the European Union, consumer protection actions.

Para Colombia, la primera referencia de orden constitucional que garantiza la protección de los derechos de los consumidores, llegaría a partir de la Constitución Política (CP) de 1991 en su artículo 78, el cual dispone que el control de la calidad de bienes y servicios que le son ofrecidos o prestados a los consumidores, debe ser regulado por la ley. Asimismo, será la ley la que determine la información que se le debe suministrar a los consumidores (Const., 1991).

Analizar el artículo 78 de la CP conlleva a resaltar que el Estado es el garante de la protección de los derechos de los consumidores, en aspectos relevantes como su salud, vida y seguridad, entre otros. Asimismo, presupone que el ordenamiento colombiano debe brindar las herramientas jurídicas eficaces para que los consumidores puedan acceder a la justicia y garantizarles un debido proceso. A pesar que el artículo ibídem dentro de la CP hace parte del grupo de derechos de carácter colectivo, es decir, aquellos cuya tutela jurídica se dirige a proteger los intereses generales, no es óbice para ser considerados de una categoría menor o que no gozan de total protección. Por el contrario, a través de su garantía constitucional de protección cuando resalta que la ley regulara el control de la calidad de bienes y servicios y la información que reciben los consumidores. Envía un mandato directo a legislador: desarrollar normas sustanciales y procedimentales que garanticen el respeto y la protección constitucional del consumidor.

Colorario de lo anterior, se destaca la posición de la doctrina constitucional de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-1141 de 2000, la cual manifestó:

“(...) La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución. Con el derecho del consumidor se presenta algo similar de lo que se observa con otros derechos constitucionales” (...) “La Constitución delimita un campo de protección, pero el contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado, es el que se desarrolla y adiciona por la ley y por otras normas y fuentes de reglas jurídicamente válidas. En particular, trazado el marco constitucional, a la ley se confía el cometido dinámico de precisar el contenido específico del respectivo derecho, concretando en el tiempo histórico y en las circunstancias reales el nivel de su protección constitucional. El significado de un determinado derecho y su extensión, por consiguiente, no se establece sólo por la Constitución a priori y de una vez para siempre”.

De esa manera el consumidor colombiano tiene mecanismos judiciales y alternativos para la protección de sus derechos, desarrollados por las leyes internas. Entre esos mecanismos podemos mencionar el establecido por el Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011, un cuerpo legal relativamente joven, que responde a un tiempo histórico y circunstancia actuales de un mercado globalizado, digital y dinámico. En igual sentido, la autoridad nacional para proteger, investigar y sancionar conductas contrarias o que vulneren los derechos de los consumidores es la Superintendencia de Industria y comercio, entidad eminentemente administrativa de la rama ejecutiva, pero a quien se le han otorgado por expresa disposición de la ley de funciones jurisdiccionales. Y en virtud de dichas funciones,

puede fungir como juez natural de los consumidores y ante ella, éstos, pueden dirimir sus controversias contractuales derivadas de la relación de consumo².

Es así como el artículo 56 de la ley 1480 de 2011 señala que el consumidor cuenta con unas acciones de carácter jurisdiccional a las que puede recurrir cuando se ve afectado por un producto o servicio deficiente o dañoso (Ley 1480, 2011).

Contemplándose, como primera opción, la posibilidad de recurrir a las llamadas acciones populares o acciones de grupo, de creación constitucional (artículo 88 CP) y cuyo tratamiento se encuentra regulado por la ley 472 de 1998. La acción popular, como una acción pública que protege derechos colectivos, puede ser ejercida por cualquier persona de la colectividad, de esa manera, tendría legitimación para acudir a la jurisdicción y propender por la defensa de la comunidad afectada. Este tipo de acción no persigue el resarcimiento del daño, su carácter principal es preventivo. Lo anterior significa que la acción se ejerce frente a esas situaciones de amenaza o riesgo para el interés jurídico que protege. No es requisito para su ejercicio que exista un daño o perjuicio para esa colectividad, basta que se genere un riesgo. Razón por la cual, el particular que promueve la acción judicial en defensa del interés colectivo, no puede recibir un resarcimiento pecuniario por ello. La ley prevé solamente un reconocimiento de ciertos gastos en los que habría podido incurrir o recompensa por la salvaguarda del interés general; pero que en ningún momento puede convertirse en la motivación que genere o despierte el interés de protección colectivo de los ciudadanos (Corte Constitucional, C-215, 1991).

Por su parte la acción de grupo o también llamada acción de clase, se origina en daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir a la justicia incoando una única acción y a través de ella lograr la reparación de sus intereses comunes. Por ejemplo, un grupo de consumidores que ha resultado afectado en su salud, vida o bienes como consecuencia de una relación de consumo. Están legitimados para incoar la acción judicial y

² Ley 446 de 1998.

obtener la reparación del daño; el cual, a pesar de la colectividad, se individualiza para efectos de la indemnización pecuniaria que se persigue.

Por su parte, la Ley de enjuiciamiento civil española, en su artículo 1; en concordancia con el artículo 24 del real decreto legislativo – Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios³, recogen armónicamente, la legitimación de ciertas instituciones para la defensa de derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Es decir, que si bien los consumidores individualmente considerados tienen legitimación para incoar acciones conducentes a la reparación del daño causado por los productores o proveedores de bienes y servicios; el ejercicio de defensa del interés colectivo, a diferencia de Colombia, en ciertas situaciones⁴, debe ser provocado exclusivamente por las asociaciones de consumidores y usuarios.

Siguiendo con las acciones jurisdiccionales que prevé el Estatuto del Consumidor colombiano para la defensa de los derechos del consumidor, se puede recurrir a la *acción de responsabilidad por daño por producto defectuoso*. Busca la indemnización del daño causado. Figura novedosa en la legislación colombiana, instaurada a partir de la Ley 1480 de 2011 -Estatuto del Consumidor-. Como lo menciona Giraldo., et. al (2012) “el derecho de protección al consumidor distingue entre la responsabilidad por los defectos del producto, que corresponde a la acción en *garantía*, y la responsabilidad por los *daños* que se causen al consumidor con ocasión del uso de un producto” (p. 161).

Esta acción se produce bajo los supuestos que el bien o el servicio adquirido por el consumidor le ha causado daños a su salud, a su patrimonio e incluso la muerte. La jurisdicción y competencia de esta acción no estaría en cabeza de la Superintendencia de Industria y comercio, sino en cabeza del

³ Real Decreto Legislativo 1/20007, de 16 de noviembre.

⁴ Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Vigencia Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 28 de marzo de 2014.

juez civil y la normativa procesal que la reglamenta sería el Código General del Proceso colombiano.

Nótese que en esta acción el consumidor cambia de cuerpo legal. Deja de regularse por las normas sustanciales y procesales del Estatuto del Consumidor y se rige por el ordenamiento judicial civil ordinario. Aplicándose la fundamentación clásica de un derecho de daños y presupuestos de responsabilidad civil.

Convergencia que comparte con la Ley de defensa de los consumidores y usuarios de España, cuando en su Libro 3 sobre la responsabilidad por daños defectuosos, cuando hace referencia a los daños indemnizables, los cuales darán derecho al consumidor o perjudicado a que sean resarcidos de conformidad con la legislación civil y mercantil vigente. Es decir, un cuerpo normativo y procedimiento diferente.

Algo realmente novedoso en materia accionaria y que consagra esa garantía constitucional señalada en la Constitución Política colombiana, es la acción de protección al consumidor. La cual puede ser incoada ante la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud de sus funciones jurisdiccionales o ante el juez civil, a prevención. Tal acción agrupa todos los supuestos de vulneración a los que pueden ser sujetos los consumidores en la relación asimétrica de consumo. En ella se incluye, reclamación por la efectividad de la garantía, es decir, se ataca la calidad, idoneidad y seguridad de los bienes; la protección, es decir, todas aquellas vicisitudes que plantean los negocios jurídicos como lo son la imposición de condiciones generales, cláusulas abusivas, validez y aplicación de condiciones en operaciones de crédito, ventas a distancia o que utilizan métodos no tradicionales, controversias en el comercio electrónico, la especulación, acaparamiento y usura. Así mismo, los daños ocasionados por la violación al derecho de información al consumidor que se deriva en una publicidad engañosa, independiente del sector de la economía en que se haya vulnerado el derecho del consumidor.

El procedimiento establecido para esta acción se concreta en el artículo 58 de la ley 1480 de 2011, mediante un proceso verbal sumario en la que la

competencia es asumida por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el Juez civil a prevención.

Si lo que se está reclamando es la efectividad de la garantía de un bien o producto, ésta debe presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía o si se trata de garantías derivadas de relaciones contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato. En todo caso, la demanda contra el productor o proveedor del bien o servicio deberá presentarse dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron su acción.

En este punto cabe resaltar, que las asociaciones o ligas de consumidores, constituidas legalmente, pueden representar a los consumidores en el trámite de esta demanda.

Como requisito de procedibilidad al ejercicio de la acción de protección al consumidor, se encuentra haber realizado previamente una reclamación directa, por el derecho vulnerado o el daño ocasionado, al productor o el proveedor del bien o del servicio. Reclamación que no revista de solemnidad alguna, bastara un simple reclamo verbal, telefónico o escrito; pero la ley impone la observancia de determinadas reglas, que son:

“a) Cuando la pretensión principal sea que se cumpla con la garantía, se repare el bien o servicio, se cambie por uno nuevo de similares características, se devuelva el dinero pagado o en los casos de prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, cuando el bien sufra deterioro o pérdida, la reposición del mismo por uno de similares características o su equivalente en dinero, se deberá identificar el producto, la fecha de adquisición o prestación del servicio y las pruebas del defecto. Cuando la reclamación sea por protección contractual o por información o publicidad engañosa, deberá anexarse la prueba documental e indicarse las razones de inconformidad.

b) La reclamación se entenderá presentada por escrito cuando se utilicen medios electrónicos. Quien disponga de la vía telefónica para recibir reclamaciones,

deberá garantizar que queden grabadas. En caso de que la reclamación sea verbal, el productor o proveedor deberá expedir constancia escrita del recibo de la misma, con la fecha de presentación y el objeto de reclamo. El consumidor también podrá remitir la reclamación mediante correo con constancia de envío a la dirección del establecimiento de comercio donde adquirió el producto y/o a la dirección del productor del bien o servicio.

c) El productor o el proveedor deberá dar respuesta dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la recepción de la reclamación. La respuesta deberá contener todas las pruebas en que se basa. Cuando el proveedor y/o productor no hubiera expedido la constancia, o se haya negado a recibir la reclamación, el consumidor así lo declarará bajo juramento, con copia del envío por correo.

d) Las partes podrán practicar pruebas periciales anticipadas ante los peritos debidamente inscritos en el listado que para estos efectos organizará y reglamentará la Superintendencia de Industria y Comercio, los que deberán ser de las más altas calidades morales y profesionales. El dictamen, junto con la constancia de pago de los gastos y honorarios, se aportarán en la demanda o en la contestación. En estos casos, la Superintendencia de Industria y Comercio debe valorar el dictamen de acuerdo a las normas de la sana crítica, en conjunto con las demás pruebas que obren en el proceso y solo en caso de que carezca de firmeza y precisión podrá decretar uno nuevo.

f) Si la respuesta es negativa, o si la atención, la reparación, o la prestación realizada a título de efectividad de la garantía no es satisfactoria, el consumidor podrá acudir ante el juez competente o la Superintendencia.

Si dentro del término señalado por la ley el productor o proveedor no da respuesta, se tendrá como indicio grave en su contra. La negativa comprobada del productor o proveedor a recibir una reclamación dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en la presente ley y será apreciada como indicio grave en su contra.

g) Se dará por cumplido el requisito de procedibilidad de reclamación directa en todos los casos en que se presente un acta de audiencia de

conciliación emitida por cualquier centro de conciliación legalmente establecido” (Ley 1480, art. 58).

Continuando con el desarrollo del ejercicio de la acción de protección al consumidor, es pertinente manifestar, que la demanda deberá identificar plenamente al productor o proveedor. O en caso de no tener la posibilidad de ubicarlo, por lo menos, indicar el sitio donde fue adquirido el bien o contratado o prestado el servicio por parte de ese productor o proveedor. Asimismo, señalar el medio por el cual se adquirió y método de pago y todos los detalles y circunstancias necesaria que lleven a la Superintendencia o al juez a identificar o individualizar al productor o proveedor.

La decisión que emita el juez o la Superintendencia de industria y comercio, deberá resolver las pretensiones del consumidor, atendiendo a un criterio de justicia para las partes según lo probado en el proceso, pudiendo fallar infra, extra y ultrapetita. Si la decisión final es favorable al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio y/o el Juez adicionalmente, puede podrán imponer al productor o proveedor que no haya cumplido con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legajes mensuales vigentes⁵ a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de la condena que corresponda.

Para la imposición de esta multa se atenderán a circunstancias como la gravedad del hecho cometido, la reiteración de la mala praxis o constante denuncias pro incumplimiento de garantías o del contrato, o de normas legales. La única vía de librarse el productor o proveedor de la multa, es que el proceso se termine por conciliación transacción, desistimiento o cuando se allane a los hechos en la contestación de la demanda. Pero el productor y/o proveedor no el único que puede ser multado, también el consumidor cuando su reclamación sea temeraria.

⁵ Salario mínimo legal mensual vigente año 2019 en Colombia es \$828.116 -valor en euro aproximado €222-.

Ahora, ¿cómo el Estado garantiza el cumplimiento y la efectividad de las sanciones impuesta en la sentencia de una acción de protección al consumidor? La respuesta es a través de más sanciones pecuniarias, tales como:

“a) Sancionar con una multa sucesiva a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, equivalente a la séptima parte de un salario mínimo legal mensual vigente por cada día de retardo en el incumplimiento.

b) Decretar el cierre temporal del establecimiento comercial, si persiste el incumplimiento y mientras se acredite el cumplimiento de la orden. Cuando lo considere necesario la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar la colaboración de la fuerza pública para hacer efectiva la medida adoptada”.
(Ley 1480/2011, art. 58 núm. 11).

De esta manera se garantiza en el ordenamiento colombiano el acceso a la justicia al consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Constitucional (30 de agosto de 2000), Sentencia C-1141 de 2000, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (14 de abril de 1999), Sentencia C-215 de 1999, M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

Constitución política de Colombia, Const. (1991), Artículo 78, Título II, Ed. Legis.

Congreso de Colombia (12 de octubre de 2011), Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011, DO: 48.220.

Congreso de Colombia, Ley 446 de 1998.

Ley de Enjuiciamiento Civil española (7 de enero de 2000), Ley 1 de 2000.

Ley de Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 28 de marzo de 2014.

GIRALDO, A., et. al. (2012), Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Editorial Legis, (161), 44-56.

PINZÓN CAMARGO, M. (2013). Los derechos colectivos y las acciones populares: elementos para la comprensión de un mercado. *Con-Texto*, (40), 59-86. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/3674>

GUAL, J. y VILLALBA, J. (2013). Derecho del consumo. Problemáticas actuales, Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, D. C.

SHINA, F. (2014). Daños al consumidor. Análisis de la ley 1480 de Colombia.

LA ABOGACÍA COMO OPERADORA JURÍDICA EN EL PROCESO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN ESPAÑA: ALGUNOS ASPECTOS DEL EJERCICIO PROFESIONAL

Jackeline Flores Martín

Profesora de Derecho Procesal y abogada
(Universidad de Sevilla. España)

Sumario: I.- Función y asociación profesional. II.- Preparación y acceso a la Abogacía. III.- Acceso a la asistencia letrada y a los servicios jurídicos: el turno de oficio. IV.- Modelos de ejercicio profesional. V.- La Abogacía independiente.

Resumen: Para la efectividad de los principios proclamados sobre la función de la Abogacía en la Administración de Justicia, es primordial que todas las Administraciones Públicas e instituciones del Gobierno sean conscientes realmente de sus necesidades. Los Colegios y asociaciones profesionales juegan un papel primordial a fin de exigir la implementación de medios y dotaciones necesarios para el adecuado ejercicio de la Abogacía. Los abogados y abogadas son operadores jurídicos y como tales deben ser tratados. La falta de inversión en recursos judiciales producirá un bloqueo y colapso de la administración de justicia. Todo ello repercute en perjuicio de la defensa de los intereses de los ciudadanos justiciables con menos recursos económicos y muy negativamente en la propia consideración y dignidad del ejercicio profesional.

Abstract: It is a fundamental question that all Public Administrations and Government institutions are really aware of the needs of the role of the legal profession in the administration of justice, in order for it to be effective. The Professional Colleges and Associations play a fundamental role in order to demand the implementation of means and endowments necessary for the proper practice of the Law. Lawyers are legal practitioners and they must be treated as such. The lack of investment in judicial resources will produce a blockade and collapse of the administration of justice. All this affects the defense of the interests of just citizens with fewer economic resources and very negatively on the consideration and dignity of professional practice.

Palabras clave: Abogacía, Administración de Justicia, dignidad profesional, operador jurídico, recursos y medios judiciales.

Keywords: Advocacy, Justice Administration, professional dignity, legal practitioner. resources and judicial means.

I.- FUNCIÓN Y ASOCIACIÓN PROFESIONAL

La cuestión sobre una Abogacía asentada en valores, libre e independiente, nos conecta necesariamente con su proyección social en el marco de la Administración de Justicia en España. El Consejo General de la Abogacía Española es el órgano representativo, coordinador y ejecutivo superior de los 83 Colegios de Abogados de España¹. No podemos dejar atrás los viejos tópicos sobre las personas que desempeñan este oficio y debemos reconocer la existencia de enormes cambios que nos llevan a la desafiante transformación a la que se ve abocada esta profesión hoy día.

Si tratamos argumentos como el acceso a esta profesión, las condiciones y las exigencias de todo tipo requeridas para el ejercicio, la competencia, las nuevas tecnologías y las circunstancias en que se prestan ciertos servicios, llegaríamos a replantearnos la dimensión de las barreras sobre

¹ Agrupa a un total de 154.583 abogados ejercientes y 100.329 colegiados no ejercientes (datos a 31 de diciembre de 2018). Sus orígenes se remontan al año 1942, cuando se precisaba una actuación coordinada ante la grave situación de los abogados españoles en plena posguerra. *Vid.* <https://www.abogacia.es/>

las que actúan estos operadores jurídicos. Las comparaciones entre la actualidad y el pasado son reveladoras y denotan esos grandes retos a los que se enfrentan los abogados como tales operadores intervinientes en la interpretación, aplicación y cumplimiento de las normas jurídicas².

En el ámbito del orden penal, partimos de que la figura del abogado³ tiene su razón de ser en el cumplimiento de la función que se le atribuye para garantizar unos principios básicos como son⁴:

- a) la igualdad ante la ley y la presunción de inocencia;
- b) el derecho de toda persona acusada de un delito a todas las garantías necesarias para su defensa (asistencia letrada adecuada en todas las etapas del proceso, comunicación confidencial y consulta);
- c) el derecho de las personas a ser juzgadas sin demoras injustificadas y a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley; y
- d) el acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente.

² La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, incluye a los abogados dentro de la regulación de su libro VII como aquellas «demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia». En su art. 542, se les atribuyen funciones como la dirección jurídica, la defensa técnica en los procesos, y, en general, asesoramiento y consejo jurídico.

³ Esencial e indispensable desde el primer momento de la instrucción del proceso penal. Resulta obligatorio citar aquí las fuentes que regulan el derecho de defensa. Así, las normas constitucionales recogidas en los arts. 24.1º y 2º, 117, 118 y 124 CE; los arts. 520 y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sus reformas sufridas por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, y la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Resaltar igualmente la Circular 3/2018, de 1 de junio de 2018, de la Fiscalía General del Estado, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales.

⁴ Así fue declarado por la “Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito” en su “Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal”. La cuarta parte del texto se dedica al título de “La buena gobernanza, la independencia del poder judicial y la integridad del personal de la justicia penal: Principios Básicos sobre la Función de los Abogados”. Cfr. el sitio web de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: www.unodc.org.

Con la finalidad de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, se ha apelado al marco de las legislaciones y la práctica de los distintos países para que se proceda a respetar los principios básicos de su oficio y actuación. Y todo ello debe ser garantizado en conjunción con la labor del resto de operadores jurídicos como los juristas, jueces, fiscales, demás funcionarios de justicia y el público en general⁵.

A los Colegios Profesionales se les encomienda la función esencial de velar por las normas y la ética profesionales, proteger a sus miembros contra restricciones o injerencias indebidas y facilitar servicios jurídicos a todos los que los necesiten. En tal contexto, se apela a la cooperación con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar los fines de la justicia y el interés público.

En este aspecto, debe de cobrar especial relevancia el empeño en colaborar en la organización y prestación de servicios y medios materiales para hacer efectiva la asistencia jurídica gratuita a las personas pobres o menos favorecidas. Entre estos recursos se encuentra la elaboración de programas para informar al público acerca de sus derechos, obligaciones y de la importante función que desempeña la abogacía en la protección de sus libertades fundamentales.

No obstante, y pese a todos estos principios expuestos, en los últimos años, han ido aumentando los ánimos frustrados de muchos colectivos de abogados⁶, que piden una mejora real de sus condiciones de ejercicio

⁵ VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.91.IV.2), cap. I, secc. B.3, anexo.) Véase también ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

⁶ Sirva como ejemplo, la convocatoria a una concentración realizada por la Asociación de Letrados y Letradas por un Turno de Oficio Digno (ALTODO) en enero de 2019, al colectivo de letrados ejercientes, a fin de reivindicar los derechos de dicho colectivo:

«19) Porque, pese a ser el órgano representativo, coordinador y ejecutivo superior de los Ilustres Colegios de Abogados de España, entre cuyas funciones se encuentra la de “proponer las reformas legislativas que estime oportunas” (Art. 68, letra “e”, del Estatuto General de la Abogacía Española), el CGAE, inexplicablemente, no ha formulado iniciativa legislativa alguna durante las dos últimas décadas para reformar de una vez por todas el injusto, irracional y abusivo Art. 30 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, de forma que quede garantizado en todo caso el pago al abogado designado de oficio (...)

profesional. Con seguridad, ese nivel de crispación profesional se ha visto alentado por los efectos de la crisis económica que arrasa el país desde el año 2008.

II.- PREPARACIÓN Y ACCESO A LA ABOGACÍA

Las cuestiones relativas a la formación y preparación de los profesionales de la abogacía, incumben a las instituciones de los gobiernos y de las asociaciones de abogados. El objetivo debe pasar por dar forma a la consecución de una adecuada cobertura de los servicios jurídicos adecuados a la población.

En este punto incluimos los Másteres de Abogacía y los muchos cursos de formación, webinars, seminarios, charlas y prácticas ofrecidas tanto en el ámbito universitario como en el profesional. Los centros homologados por

-
- 29) Porque con su inexcusable pasividad y su falta de conexión con la realidad, ha permitido la esclavización y precarización del colectivo, no solo consintiendo el impago a los profesionales designados de oficio en caso de denegación o archivo de la justicia gratuita, sino también promoviendo la reforma legislativa operada por Ley 2/2017, de 21 de junio, por cuya virtud, el Turno de Oficio pasó a ser obligatorio para todos los abogados salvo dispensa colegial motivada “cuando existan razones que la justifiquen”, reduciendo de ese modo la posibilidad de adoptar medidas de conflicto colectivo cuando la contraprestación ofrecida por el Estado sea claramente insuficiente, injusta, o incluso inexistente.
- 39) Porque pese a que entre sus funciones se encuentra la de “defender los derechos de los Colegios de Abogados” (Art. 68, letra “s”, del EGAE), e “impedir la competencia desleal entre los colegiados”, (Art. 5, letra “k” de la Ley 2/1974 de 13 de febrero, de Colegios Profesionales), el CGAE no ha ejercitado acción alguna en defensa de la exclusividad que a los Colegios otorga la LAJG para gestionar la prestación de servicios jurídicos gratuitos con fondos públicos, permitiendo la usurpación de sus funciones, la privatización “políticamente correcta” y el troceamiento de la Asistencia Jurídica Gratuita al consentir que Asociaciones privadas, Corporaciones Locales y otras entidades presten servicios jurídicos gratuitos merced a los fondos públicos que perciben o gestionan, y permitiendo e incluso fomentando la no menos desleal competencia de la llamada abogacía “pro bono”, recientemente organizada e institucionalizada en forma de Fundación que agrupa a varios de los principales bufetes de abogados.
- 49) Porque pese a que entre sus funciones se encuentra la de “adoptar las medidas conducentes a evitar el intrusismo profesional” (Art. 5, letra “L” de la Ley 2/1974 de 13 de febrero, de Colegios Profesionales), el CGAE viene permitiendo que la mediación en cuestiones de índole jurídica sea ejercida por personas y entidades ajenas a la abogacía, no habiendo puesto objeción alguna al respecto cuando fueron promulgadas las leyes reguladoras de la mediación, ni habiendo promovido en ningún momento una reforma normativa que evite estos actos de evidente y desleal intrusismo que perjudican no ya a los profesionales de la abogacía sino, sobre todo, a los usuarios». *Vid.* sitio web <http://altodo.com/>.

el Consejo General de la Abogacía y las escuelas de práctica jurídica, son entidades creadas expresamente para encauzar este tipo de formación. A tales efectos es de resaltar la función de los Colegios Profesionales, como corporaciones de derecho público, de ofrecer a sus colegiados un adecuado aprendizaje a través de este tipo de jornadas. En esta coyuntura es útil la creación de secciones especializadas en las distintas ramas del Derecho que encaucen ese “adiestramiento”.

En la actualidad, la formación «on-line» y el «streaming» llegaron para quedarse, dada las especiales características que ofrecen para su acceso, rango de cobertura y facilidades de adaptación a la agenda diaria de los profesionales.

El marco normativo de acceso a la profesión lo constituyen:

- La Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el Acceso a las Profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (que entró en vigor el 31 de octubre de 2011) y el Reglamento de la Ley de acceso aprobado por Real Decreto 775/2011, de 3 de junio.
- La Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en su Disposición Final Cuarta, que modifica la Ley 34/2006. Su objetivo es regular el título profesional de Abogado.

Con esta normativa se pretendía mejorar la capacitación de los abogados, estableciendo un sistema de excelencia con dos pilares básicos. Por un lado, la realización de un curso formativo específico para adquirir un conjunto de competencias profesionales específicas que contiene el desarrollo de un periodo de prácticas externas. Y, por otro lado, la realización de una evaluación de la aptitud profesional, cuya superación es requisito previo a la inscripción en el correspondiente colegio profesional⁷.

⁷ En la prueba de evaluación de aptitud profesional para el ejercicio de la abogacía del año 2019, se presentaron más de seis mil aspirantes, de los que el 57,2 por ciento eran mujeres. La prueba se pudo realizar en las diferentes lenguas cooficiales del Estado y se hacía referencia a materias comunes al ejercicio de la profesión y otras relacionadas con las especialidades de Derecho Civil y Mercantil, Penal, Laboral y Derecho Administrativo y Contencioso-Administrativo. *Vid.* sitio web <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramites-gestiones-personales/acceso-profesion-abogado>.

III.- ACCESO A LA ASISTENCIA LETRADA Y A LOS SERVICIOS JURÍDICOS: EL TURNO DE OFICIO

Uno de los puntos que debe ser tratado con la mayor diligencia por parte de los gobiernos para una eficaz administración de justicia es el relativo al establecimiento de unos procedimientos eficientes y unos mecanismos adecuados que hagan posible el acceso real a la asistencia de la labor de los abogados.

Sobre la asistencia jurídica gratuita a las personas más desfavorecidas, resulta prioritaria la premisa de facilitar los fondos y recursos suficientes. Dentro del proceso penal, si las personas investigadas o detenidas, con o sin acusación penal, carecen de medios suficientes para pagar los servicios de un abogado con la experiencia suficiente, tendrán derecho a que se les asigne.

La norma legal que ha constituido el marco básico que desarrolla el art. 119 de la Constitución española ha sido la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. En virtud de esta norma, el pilar o sostén fundamental de la gratuidad de la Justicia lo constituye la Abogacía. A Colegios de Abogados se les encomendó la gestión de este sistema, por lo que se crearon las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita de las Comunidades Autónomas, en aquellas autonomías que asumieron las competencias en materia de Justicia para hacer el seguimiento de los requisitos regulados en la Ley.

Pero la otra cara de la moneda la encontramos en el trabajo desempeñado por esos hombres abogados y mujeres abogadas. La vocación al servicio público es una connotación que subyace en la profesión. No obstante, entiendo que es un error entender que simplemente realizan una labor social o someterlos mayormente a obligaciones, sin contemplarse ningún tipo de reconocimientos reales por la labor desarrollada. La realidad es que cumplen con un trabajo profesional para hacer efectivo y real el servicio a la prestación pública del derecho a una asistencia jurídica. Siendo así, es un trabajo que debe ser remunerado como tal, en tiempo y forma.

Para lo dicho anteriormente, el Estado debe implementar un sistema lo suficientemente estructurado para cubrir las necesidades profesionales/laborales de este sector. Igualmente, se debe de contar con unos medios suficientes para permitir el sostenimiento de una infraestructura y una logística eficiente, que hagan posible el funcionamiento adecuado de la prestación de los servicios jurídicos.

La forma y la competencia para gestionar los servicios de orientación jurídica, ha sido igualmente objeto de debate en los últimos meses. Y ello es así porque se han alzado voces poniendo de manifiesto los riesgos de su privatización y los efectos que ello tendría⁸.

IV.- MODELOS DE EJERCICIO PROFESIONAL

Los cambios tecnológicos, sociales y comerciales son factores que condicionan de forma evidente el lugar y el modo de ejercer la abogacía del siglo XXI. La era del internet, las comunicaciones informáticas, los medios telemáticos⁹ e, inclusive, la inteligencia artificial moldea hoy por hoy la forma del trabajo del sector legal. De ahí, que podamos afirmar la existencia de un abanico de modelos que están implantándose ya y otros que están por llegar, dentro de los cuales se desplegará la actividad de los abogados en sus diferentes perfiles y especialidades¹⁰.

⁸ Me refiero aquí a los temas de justicia «Pro Bono Legal» y a decisiones como la del Ayuntamiento de Madrid de sacar a concurso el Servicio de Orientación Jurídica Generalista para Personas Usuarias de los Centros de Servicios Sociales y para las personas socias de los centros municipales de mayores del Ayuntamiento de Madrid, sin contar con un convenio con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

⁹ Es especialmente significativo el efecto que ha tenido en la vida del abogado de toga y estrado, el sistema procesal de notificaciones a través de la plataforma LEX-NET; así como todos los requisitos que se le exigen para ejercer como un operador desde su propio despacho/casa en el sistema de la Administración de Justicia. Exigencias, que, por otro lado, no han sido las mismas para otros operadores jurídicos.

¹⁰ A modo de ejemplo, referiré términos que suenan cada vez más en los sectores de los negocios, la resolución de conflictos o conceptos que se extrapolan al ámbito de la eficiencia del abogado como de productividad: *smart contracts*, *legal tech*, *big data* o ciberseguridad, *blockchain*, *machine learning*, etc.

Dentro de las oportunidades laborales, se habla cada vez más de la especialización de los profesionales del sector jurídico en las diversas áreas legales¹¹.

La variada tipología del ejercicio de la abogacía nos lleva a la forma de organización colaborativa de las grandes firmas multidisciplinarias, que conviven en esta década con el tradicional ejercicio por parte de los profesionales en solitario o compartiendo despacho junto con unos pocos compañeros. En este marco se habla de “grandes despachos” y “pequeños despachos”. Evidentemente la logística, la forma de operar y el margen de competitividad son elementos con rasgos muy distintos en cada uno de ellos. Al igual que también es diferente la forma de acceder a ellos por parte de la ciudadanía, en función de los distintos problemas para los que buscan asesoramiento.

V.- LA ABOGACÍA INDEPENDIENTE

En el entorno de este escenario, se ha forjado un movimiento denominado #RED¹² y que ha aglutinado a centenares de abogados y abogadas de España, a priori, de forma “no institucional”. Fruto del descontento generalizado del sector y los problemas del ejercicio presente y futuro de la profesión, se celebrará el I Congreso de la Abogacía Independiente en la ciudad de Córdoba, los próximos días 29 y 30 de noviembre de 2019.

Sus demandas pasan por crear cauces de resolución ante los enormes retos que se encuentran presentan en la profesión. De esta forma, son puntos que preocupan a los profesionales los relativos a las mejoras para el ejercicio de su actividad, entre otros muchos:

- La conciliación efectiva entre la vida familiar y profesional.
- El estatuto jurídico del abogado del turno de oficio y su dignificación.

¹¹ Considero muy interesante a este respecto, el artículo titulado «Dónde (y cómo) trabajarán los abogados en la próxima década» publicado el pasado mes de junio en <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2019/06/13/5d0277af468aeb76798b4763.html>

¹² Nace en las redes sociales (#RED y #TO) y actualmente proyecta sus opiniones en las mismas, así como a través de la web <https://abogaciaenred.net/>

- Propuestas para una ley de asistencia jurídica gratuita y pública.
- Una Ley del mercado de servicios jurídicos.
- La precarización del ejercicio profesional.

ANÁLISIS PROCESAL DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

Iván Flores Romero
Investigador en formación
(Universidad de Sevilla. España)

Resumen: después de más de siete años desde su aprobación la conocida como «Ley antidesahucios» ha supuesto un intento por parte de los distintos gobiernos centrales por remediar los lanzamientos de viviendas que se venían produciendo con bastante asiduidad desde el inicio de la crisis hipotecaria de 2008. Con esta comunicación que tiene como objetivo resumir y comentar, desde un punto de vista procesalista, distintos aspectos de la mencionada ley y posibles soluciones a los problemas que se han detectado en la aplicación de la misma en los juzgados y Tribunales españoles. Para terminar, se pondrán una serie de mejoras en la aplicación de la Ley antidesahucios.

I.- INTRODUCCIÓN

En el año 2008 el inicio de la crisis económica y financiera internacional dio como resultado, entre otras cosas, el impago de multitud de préstamos hipotecarios que produjeron una alarma social como consecuencia del aumento de desahucios e incluso de suicidios. Con retraso el Gobierno de Espa-

ña aprobó un Real Decreto-ley¹ a finales del año 2012 con medidas urgentes para proteger a los deudores hipotecarios. Este R.D.-ley se ha derogado de forma tácita por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social en adelante LPDH². Esta LPDH, vigente desde el 15 de mayo de 2013, ha soportado hasta siete modificaciones desde su redacción original. La última de ellas, que afecta en exclusiva al art. 1 de la LPDH, fue realizada el pasado mes de marzo por el nuevo Gobierno de coalición en virtud del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública³. En esta modificación el párrafo primero del apartado 1 del art. 1, queda redactado de la siguiente forma:

«1. Hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a cualquier persona física o jurídica la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo».

Con esta alteración del ámbito de aplicación temporal de la LPDH, se impide que se pueda lanzar de su vivienda habitual a ningún colectivo especialmente vulnerable, si los ejecutados cumplen y acreditan una serie de requisitos, hasta el 28 de junio de 2024. En resumen, se amplía esta regla de protección transitoria en el plazo de suspensión de los lanzamientos cuatro años más, se aplica a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución

¹ Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. Fecha de entrada en vigor el 16 de noviembre de 2012. Mediante resolución de 29 de noviembre de 2012, el Congreso de los Diputados acordó convalidar el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» número 276, de 16 de noviembre de 2012. El real decreto-ley, sin alterar el procedimiento de ejecución hipotecaria, impide que se proceda al lanzamiento que culminaría con el desalojo de las personas.

² Véase. JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «La derogación tácita del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley anti- desahucios». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 742, 2014, págs. 748-764. ISSN 0210-0444.

³ BOE núm. 62, de 11 de marzo de 2020, páginas 24169 a 24177.

hipotecaria ya iniciados a fecha 16 de noviembre de 2012, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.

La letra b) del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactada del siguiente modo:

«b) Unidad familiar monoparental con al menos un hijo a cargo».

En esta corrección se amplía el ámbito de aplicación subjetivo a las familias monoparentales de un solo hijo para poder acogerse a las medidas de la LPDH.

Por último, la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, queda redactado como sigue:

«a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral. El límite definido para cada caso se incrementará por cada hijo a cargo dentro de la unidad familiar en:

- i. 0,15 veces el IPREM para las familias monoparentales;
- ii. 0,10 veces el IPREM para el resto de las familias.»⁴

Con esta tercera modificación en el art. 1 de la LPDH sobre las circunstancias económicas familiares, se amplían los ingresos mínimos de los miembros

⁴ Téngase en cuenta que, aunque la literalidad del apartado tres del artículo segundo del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, establece que se modifica la letra a) del apartado 1 del artículo 3, debe entenderse que se refiere a la letra a) del apartado 3 del artículo 1.

de la unidad familiar para poder acogerse a las medidas que establece la LPDH y se añade un incremento económico al conjunto de ingresos por hijo tanto a las familias monoparentales como al resto de familias que se acojan a la LPDH.

II.- PROBLEMAS DETECTADOS EN LA APLICACIÓN DE LA LPDH

La LPDH, en nuestra opinión, padece de una serie de cuestiones que desde el punto de vista del deudor pueden perjudicarlo de forma clara. El primero de los inconvenientes se refleja en el art. 2 de la LPDH «Acreditación», en este artículo en su apartado a) 5.º se solicita como justificación en caso de trabajador por cuenta propia un certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, esto es que se le requiere un documento que indique lo que ingresa un autónomo por su trabajo. Este certificado es realmente la declaración del IRPF del ejecutado, que es donde aparecen las rentas obtenidas por rendimientos de actividades económicas, y eso ya se aporta en el 1.º apartado «Certificado de rentas».

Otra cuestión es la del certificado de empadronamiento para acreditar el número de personas que habitan la vivienda, que no queda bien aclarado de la literalidad del precepto que lo que realmente se está solicitando es un certificado histórico colectivo de la vivienda del deudor ejecutado, que es el documento administrativo realizado por los Ayuntamientos donde se puede apreciar claramente si está empadronado en esa vivienda el deudor, el tiempo que lleva y el número de habitantes que conviven actualmente en la misma. El concepto de «unidad familiar» también habría que aclararlo específicamente porque no parece que una persona soltera y que viva sola pueda acogerse a la paralización transitoria del lanzamiento de su vivienda habitual en un proceso de ejecución hipotecaria.

Por último, en el apartado d) como cláusula de cierre se establece la entrega por parte de los deudores o deudor de una declaración responsable pero no se incluye un modelo. Esto supongo que quedará para su posterior desarrollo reglamentario.

Con respecto a la permanencia del ejecutado en la vivienda hipotecada en el segundo párrafo del apartado 1 del art. 1 se establece:

«Durante ese plazo, el ejecutado situado en el umbral de exclusión podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo a dicho Código».

En este párrafo del apartado 1 del art. 1, en resumen, es una norma que reenvía al deudor a la legislación de buenas prácticas para que abone al acreedor hipotecario un alquiler social. Entendemos que antes de reclamar la medida extrema del desahucio, los propietarios de la vivienda subastada en la ejecución hipotecaria tienen la obligación de ofrecer un alquiler social a las familias afectadas. El párrafo añadido del apartado 1 del art. 1 entro en vigor a partir del 19 de marzo de 2017⁵, hasta esa fecha no existía referente al pago de un alquiler en la LPDH, por lo tanto, el deudor o los deudores no tenían que pagar ningún tipo de arrendamiento, y es lógico pues si no tienen para pagar las cuotas de la hipoteca no van a poder hacer frente tampoco al pago del alquiler. La forma de calcular el importe del alquiler social en el Código de Buenas Prácticas haciendo referencia al valor de tasación de la vivienda tampoco parece muy lógico puesto que puede ser una vivienda en un municipio con valores de tasación altos (Madrid, Barcelona o Sevilla) entonces el importe del alquiler social se dispararía además de que el deudor hipotecario tiene que hacer frente al coste de la tasación. No queda muy claro quien realizaría el contrato de arrendamiento con el ejecutado, puesto que si el acreedor ejecutante, por ejemplo, una entidad bancaria, cede el remate a un fondo de titulización hipotecaria sin

⁵ En 2017 Luis de Guindos, por entonces ministro de Economía, anunció en la Moncloa un real decreto ley (R.D.- ley 5/2017, de 17 de marzo) que ampliaba tres años más la moratoria antidesahucios. El año de la prórroga el Consejo General del Poder Judicial informó de 30.094 ejecuciones hipotecarias, un 37% menos respecto a 2016. En los tres primeros trimestres de 2019 se registraron 12.419 ejecuciones.

personalidad jurídica y administrado a su vez por una sociedad anónima de gestión de fondos, la cuestión del alquiler social se complica. No obstante, el juez del procedimiento de ejecución hipotecaria podría matizar estos aspectos del alquiler mediante el auto que dicte en virtud de la LPDH. Este Auto puede ser recurrido en la Audiencia Provincial correspondiente.

En el ámbito constitucional el PSOE interpuso en agosto de 2013 un recurso de inconstitucionalidad contra la LPDH⁶. En primer lugar, se recurre la totalidad de la referida Ley y, subsidiariamente, el recurso se dirigió contra determinados preceptos de la misma. Entre otros: los plazos y supuestos de suspensión de lanzamientos, los requisitos para considerar deudores hipotecarios en el umbral de exclusión y la referencia al procedimiento de venta extrajudicial. La STC 213/2016, de 15 de diciembre, declara la pérdida sobrevenida del objeto⁷ en relación con: los plazos y supuestos de suspensión de los lanzamientos, los requisitos para considerar deudores hipotecarios en el umbral de exclusión, la referencia al procedimiento de venta extrajudicial, la alteración de dos preceptos de la Ley recurrida que modifican la Ley de Enjuiciamiento Civil y la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades financieras. En todo lo demás el Tribunal Constitucional desestima el recurso de inconstitucionalidad. En resumen, durante el curso del proceso de inconstitucionalidad presentado por el PSOE se han efectuado numerosas reformas legislativas sobrevenidas que han provocado que la mayor parte de las disposiciones impugnadas no se encuentren hoy vigentes.

La falta de transparencia y de publicidad de la LPDH provoca que el deudor en ocasiones desconozca sus derechos y facilita el abuso por parte de entidades financieras y fondos de inversión. El asesoramiento por parte de un abogado es indispensable en estos procedimientos y la asistencia jurídica gratuita es la solución más demandada al carecer casi siempre el deudor hipotecario de medios para litigar. Para que sea de aplicación la suspensión del lanzamiento sobre la vivienda habitual del deudor han de concurrir los dos

⁶ Recurso de inconstitucionalidad núm. 4985/2013, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados. Mediante escrito presentado el día 16 de agosto de 2013.

⁷ El Tribunal no se pronuncia sobre normas que el mismo legislador ha expulsado del ordenamiento jurídico (STC 134/2011).

tipos de requisitos, tanto el de vulnerabilidad como el de las circunstancias económicas. Acreditar estas dos vertientes de la LPDH para un ciudadano medio se convierte en un camino largo y complicado, por la documentación que hay que solicitar en varias administraciones publicas de diferentes ámbitos territoriales⁸.

La dispersión legislativa de la normativa vigente en ejecución hipotecaria de la vivienda habitual es un hecho que conviene mejorar con una posible unificación por parte del legislador estatal. Sobre este asunto se puede consultar el interesante artículo del Letrado de la Administración de justicia RUBIA SÁNCHEZ⁹.

III.- MEJORAS PROPUESTAS EN APLICACIÓN DE LA LPDH

La LPDH es un instrumento eficaz para la tutela jurídica de los Derechos sociales amparados en nuestra Constitución de 1978, sin embargo, el sistema judicial esta muy quebrantado por la crisis económica e hipotecaria y las malas soluciones que se adoptan han aumentado mas la incertidumbre y el buen funcionamiento de la justicia.

Una primera propuesta sería la de agilizar el procedimiento para solicitar la adhesión a la LPDH. Desde la oficina judicial se pueden solicitar directamente a las administraciones publicas los documentos que el deudor hipotecario debe acreditar. Con una simple autorización para el cumplimiento de la ley orgánica de protección de datos. Se podría desarrollar una plantilla al estilo de los modelos que se pueden retirar de las sedes judiciales para demandas de juicios verbales o monitorios.

⁸ En España, en virtud del artículo 148.1.3 CE, todas las CCAA han asumido competencias en materia de vivienda regulando las condiciones de acceso a la vivienda y las ayudas para facilitar el ejercicio del derecho. Asimismo, a tenor de las disposiciones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los municipios han adoptado competencias en material relativas al derecho a la vivienda (art. 25.2.a).

⁹ Véase. RUBIA SÁNCHEZ, Daniel de la. «La ejecución de vivienda habitual», Revista Acta Judicial, nº 4, julio-diciembre 2019, págs. 2-18.

En segundo termino hay que aclarar el concepto de unidad familiar¹⁰ y especificar todas las que existen y si se pueden o no acoger a la LPDH y cambiar la forma del calculo del importe del alquiler social que debería ser, en mi opinión, en función de la capacidad económica del deudor hipotecario y su unidad familiar. Puesto que un alquiler alto propiciaría otro procedimiento de desahucio esta vez por impago de la renta del alquiler de la vivienda ejecutada.

Una tercera propuesta sería la de crear un turno de oficio específico para ejecuciones hipotecarias y en el ámbito de las administraciones públicas un ente de defensa de deudores hipotecarios en las diferentes CC.AA. e incluso a nivel de asistencia social en los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales.

Por último, el desarrollo de un reglamento estatal en base a la LPDH reduciría la dispersión normativa en esta materia y podría agilizar los procedimientos de ejecución hipotecaria en los juzgados para que el juez pueda descargarse de la revisión de la documentación netamente administrativa y se dediquen al ejercicio de la potestad jurisdiccional tal como establece nuestra Constitución.

¹⁰ Cfr. VV.AA. *Memento procesal civil*, Madrid: Francis Lefebvre, 2019. «Se considera unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar».

BIBLIOGRAFÍA

DE LA RUBIA SÁNCHEZ, D., «La ejecución de vivienda habitual», *Revista Acta Judicial*, nº 4, julio-diciembre 2019, págs. 2-18. ISSN 2603-7173.

JIMENEZ PARÍS, T. A., «La derogación tácita del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, por el Capítulo I (Suspensión de los lanzamientos) de la Ley anti- desahucios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 742, 2014, págs. 748-764. ISSN 0210-0444.

VV.AA., *Memento procesal civil*, Madrid: Francis Lefebvre, 2019. ISBN 978-84-17985-13-4.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LA ELECCIÓN DE LOS JUECES QUE INTEGRAN LAS CORTES SUPREMAS Y TRIBUNALES SUPERIORES

María Dolores García Sánchez

Máster en Derecho Público. Doctoranda en Derecho Procesal
(Universidad de Sevilla. España)

I.- PALABRAS PREVIAS

La independencia judicial se erige como un principio basilar del Estado social y democrático de Derecho, consecuencia necesaria de la separación de poderes y nota característica de la Jurisdicción frente a los demás poderes del Estado. En efecto, como se apunta por la profesora MARTÍN RÍOS, la independencia judicial constituye una cuestión capital vinculada a dos grandes principios esenciales en la teoría constitucional: el principio de división de poderes y el principio de legalidad o juridicidad, encarnado en la idea del Estado de Derecho¹.

Dado su carácter esencial, aparecerá recogida en diversos textos internacionales y europeos -tales como el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos- como garantía de imparcialidad y adecuado ejercicio y defensa de los derechos de los ciudadanos.

¹ MARTÍN RÍOS, PILAR, Independencia y responsabilidad disciplinaria judicial: especial mención a las “diligencias informativas”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 2020, nº 118, pág. 80, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.118.03>

Si bien en torno al concepto de independencia judicial no existe una noción unívoca-pues dependerá de las dimensión o el marco de referencia tomado en consideración al efecto-, acudiendo al Diccionario del Español jurídico, puede ser definida como: *Uno de los principios básicos que garantizan el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, que exige que el juez no esté sometido a voluntad alguna distinta de la de la ley. La independencia está estrechamente unida a la exigencia de imparcialidad, y se garantiza principalmente con la inamovilidad de los jueces y magistrados, y con las reglas sobre abstención y recusación.*

Este no sometimiento *a voluntad alguna distinta de la de la ley* ha de ser abordado desde una doble perspectiva: *ad intra* y *ad extra*. La primera, asegura que las decisiones judiciales se adopten en base a la Constitución y la legalidad vigente, y no en orden a las instrucciones dadas por las altas instancias judiciales. La segunda, por su parte, hace referencia a la protección de los jueces frente a la influencia de otros poderes estatales, erigiéndose como un elemento esencial para garantizar la primacía de la ley². En particular, será este aspecto externo el que abordaremos.

En este sentido, si bien en la actualidad la independencia judicial es reiteradamente puesta en tela de juicio, será la elección de los jueces que integran los órganos judiciales superiores, así como la de sus órganos de gobierno, una de las cuestiones que mayores suspicacias sociales suscite, en lo que se percibe como un atisbo de politización de la Justicia, una fisura en el aspecto externo de la independencia judicial, a resultas de los sujetos u órganos encargados de tal elección.

En el plano nacional, la así concebida como una injerencia del poder legislativo en el judicial, vendrá referida, fundamentalmente, al nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) y de su presidente, quien también lo será del Tribunal Supremo.

² *Informe sobre la independencia del sistema Judicial. Parte I: La independencia de los Jueces*, elaborado por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), marzo de 2010. Consulta online: [https://web.archive.org/web/20100625023314/http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)004-e.pdf](https://web.archive.org/web/20100625023314/http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)004-e.pdf). Fecha de consulta: 7/7/2019.

La razón de esta percepción estriba, por un lado, en el hecho de que el CGPJ se compone de 20 vocales, nombrados por el rey y elegidos por las Cortes Generales, correspondiendo a cada una de ellas la elección de 10 vocales por mayoría de tres quintos de sus miembros, 4 de ellos entre juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio en su profesión y 6 correspondientes al turno judicial de entre los Jueces y Magistrados en servicio activo en la carrera que presenten su candidatura, pudiendo elegir entre aportar el aval de 25 miembros de la carrera judicial en servicio activo o el aval de una Asociación judicial legalmente constituida en el momento en que se decreta la apertura del plazo de presentación de las candidaturas.

Podrán, asimismo, ser elegidos por el turno de juristas aquellos Jueces o Magistrados que no se encuentren en servicio activo en la carrera judicial y que cuenten con más de 15 años de experiencia profesional, teniendo en cuenta para ello tanto la antigüedad en la carrera judicial como los años de experiencia en otras profesiones jurídicas (arts. 566 y ss. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ).

Por su parte, en cuanto al Presidente, será designado por el Pleno del Consejo en su sesión constitutiva, entre miembros de la Carrera Judicial con la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo y que reúnan las condiciones exigidas para ser Presidente de Sala, o juristas de reconocida competencia con más de 25 años en el ejercicio de la profesión (art. 586 de la LOPJ).

Teniendo en cuenta esta elección de los miembros del CGPJ, -esto es, los encargados del gobierno del Poder Judicial y de velar por su independencia conforme a los arts. 122 CE y 14 LOPJ respectivamente- por el poder legislativo, la apreciación de esta injerencia se hace aún más patente si tenemos presente las importantes atribuciones encomendadas a este órgano. Estas vendrán referidas no solo a la propuesta de nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, sino también -entre otras- a la de Jueces, Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo y de dos miembros del Tribunal Constitucional y a su intervención en la selección de los jueces y magistrados, en los términos legalmente previstos (art. 560 LOPJ).

Siendo este el supuesto español, en las siguientes líneas analizaremos la forma de elección de los Jueces de las Cortes Supremas y Tribunales de Justicia en una serie de países americanos, a los efectos de apreciar si esta reputada injerencia entre diferentes poderes del Estado se hace igualmente patente, con el consiguiente compromiso de la independencia judicial *ad extra*.

II.- PAÍSES AMERICANOS CONSIDERADOS

1. Argentina

Conforme al art. 108 de la Constitución Nacional Argentina (en adelante C.N), el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores establecidos por el Congreso, siendo el primero el más alto tribunal de la República.

Configurado como un órgano mixto e integrado por 5 miembros³ -que conforme al art. 111 C.N han de ser abogados de la Nación con un mínimo de 8 años de ejercicio y reunir las cualidades requeridas para ser senador, es decir, tener 30 años y haber sido durante 6 años ciudadano de la nación (art. 55 C.N)-, su misión reside en asegurar la supremacía de la Constitución, ser su intérprete final, custodiar sus derechos y garantías y participar en el gobierno de la República. Igualmente, como instancia final, le corresponde la resolución de los conflictos suscitados entre ciudadanos o entre estos y el Estado, la interpretación y sistematización del ordenamiento jurídico y el control constitucionalidad de las normas y actos estatales⁴.

Respecto a la forma de elección de tales miembros, acudiendo al art. 99.4 C.N, entre las atribuciones del Presidente de la Nación se encuentra el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado

³ Ley 26.183 promulgada el 15 de diciembre de 2006, relativa a la reducción del número de Jueces que integran la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Consulta online: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123154/norma.htm>. Fecha de consulta: 7/07/2019.

⁴ Consulta online: <https://www.csjn.gov.ar/institucional/historia-de-la-corte-suprema/el-tribunal>. Fecha de consulta: 7/07/2019.

por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto⁵ y conservando su cargo mientras tengan buena conducta, hasta los 75 años (con posibilidad de extensión quinquenal conforme al art. 110 C.N⁶). Por su parte, de conformidad con el art. 79 del Reglamento de Justicia Nacional, el Presidente de la Corte y el vicepresidente serán elegidos por mayoría absoluta de votos de los ministros del Tribunal y durarán 3 años en el ejercicio de sus funciones, integrando, además, el primero de ellos la línea de sucesión presidencial en el supuesto de acefalía y, presidiendo la Cámara de Senadores en los casos en los que la Cámara de los Diputados formule acusación en juicio político al presidente de la República.

2. Chile

La Corte Suprema de Justicia se configura como el máximo tribunal dentro de los que integran el Poder Judicial chileno.

En relación a sus funciones, le corresponde la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, con la excepción del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales; y, de oficio o a instancia de parte, en las materias que conozca o que les fuesen sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución (arts. 79 y 80 de la Constitución Política).

Se estructura como un órgano colegiado compuesto por 21 miembros denominados ministros -16 de los cuales han de proceder de la carrera judicial, y 5 han de ser abogados extraños a la administración de justicia, tener al menos 15 años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional (art. 75

⁵ Esta facultad ha sido reglamentada por el decreto 222/03 del Poder Ejecutivo de la Nación, en el que se establecen criterios para la selección del candidato propuesto: valoración de sus aptitudes morales, idoneidad técnica y jurídica, trayectoria y compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos.

⁶ Pueden no obstante ser removidos (a través del ejercicio de la acusación por la Cámara de Diputados ante el Senado), por juicio político, mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones o por crímenes comunes (art. 53 C.N).

de la Constitución Política)- siendo uno de ellos el Presidente. Este último es designado por sus pares, teniendo el cargo una duración de 2 años (art. 93 de Código Orgánico de Tribunales).

Los ministros permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento, es decir, no se establece límite temporal alguno, con la salvedad del supuesto de cese al cumplir los 75 años⁷.

En cuanto a su designación, se llevará a cabo por el Presidente de la República, quien los elige de una nómina de cinco personas que en cada caso propone la Corte Suprema, con acuerdo del Senado (art. 75 de la Constitución Política de la República de Chile y art. 263 del Código Orgánico de Tribunales). En ella deberá figurar el ministro más antiguo de la Corte de Apelaciones que esté en lista de méritos. Los otros cuatro lugares se cubrirán conforme a lo establecido en el inciso primero del art. 281 del Código Orgánico de Tribunales⁸. No obstante, podrán integrar la quina abogados extraños a la Administración de Justicia elegidos por los méritos.

3. El Salvador

En el caso de El Salvador, el máximo órgano jurisdiccional será la Corte Suprema de Justicia. La misma se compone de 15 magistrados⁹ elegidos por la Asamblea Legislativa, siendo uno de ellos su Presidente (art. 173 de la Constitución de la República de El Salvador y art. 2 Ley Orgánica Judicial de la República de El Salvador, Decreto n° 123). Este último será igualmente el presidente del Órgano Judicial -integrado por la Corte Suprema de Justicia,

⁷ Sin embargo, la Corte Suprema por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de la parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido un buen comportamiento y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso, acordará su remoción por la mayoría total de sus componentes (art. 77 de la Constitución chilena).

⁸ Conforme a tal artículo, los incluidos en lista Sobresaliente tendrán derecho preferente para figurar en terna frente a aquéllos que se encuentren incorporados en la lista Muy Buena, éstos preferirán a los incluidos en la lista Satisfactoria, y éstos a los incorporados a la lista Regular. Los incluidos en las otras listas no podrán figurar en terna.

⁹ El art. 176 de la Constitución establecerá los requisitos exigidos para ser Magistrado de la Corte Suprema.

las Cámaras de Segunda Instancia y los demás tribunales que establezcan las leyes secundarias- (art. 172 de la Constitución).

Entre las atribuciones de la Corte, se encuentran las relacionadas en el art. 182 de la Constitución salvadoreña, detentando asimismo funciones de naturaleza constitucional por medio de la Sala de lo Constitucional¹⁰, compuesta por 5 magistrados designados por la Asamblea Legislativa, y su Presidente lo será también de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial.

La elección de sus integrantes -de entre una lista de candidatos que formará el Consejo Nacional de la Judicatura¹¹ en los términos que determine la ley, proviniendo la mitad de los aportes de las entidades representativas de los Abogados de El Salvador y donde deberán estar representados las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico- lo será por un periodo de nueve años con posibilidad de ser reelegidos, renovándose por terceras partes cada tres años.

Tanto para esta elección como para su destitución -que podrá tener lugar por la Asamblea Nacional por causas específicas previamente establecidas por ley- deberá contarse con el voto favorable de, al menos, dos tercios de los Diputados electos (art. 186 de la Constitución).

4. Estados Unidos

La Corte Suprema de EE.UU. será el tribunal de mayor rango existente en el país y cabeza de su Poder Judicial. Se compone de un Presidente (*Chief Justice of the United States*) y un número de Jueces Asociados (*Associate Justices*) que

¹⁰ Éste será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, pudiendo hacerlo a petición de cualquier ciudadano.

¹¹ Conforme al artículo 187 de la Constitución, el Consejo Nacional de la Judicatura es una institución independiente, encargada de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz, siendo sus miembros elegidos y destituidos por la Asamblea Legislativa con el voto calificado de las dos terceras partes de los Diputados electos.

es fijado por el Congreso, siendo actualmente de 8 (28 U.S. *Circuit Judges Act* de 1869)¹².

Por su parte, la potestad para nombrar a los jueces (*Justices*) corresponde al Presidente de los Estados Unidos, debiendo ser confirmados a través del *consejo y consentimiento* del Senado¹³. Estos, ya lo sean de la Corte Suprema o de las Cortes inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta -lo cual se traduce en un servicio de por vida- y recibirán en fechas determinadas, una remuneración por sus servicios que no será disminuida durante el tiempo de su encargo (artículo III de la Constitución estadounidense, Sección Primera). Aspectos ambos que se contemplan como mecanismos que permitan asegurar su independencia.

Los jueces designados solo pueden ser destituidos por el Congreso a través de lo que se denomina *impeachment* -también conocido como "acusación formulada contra un alto cargo"-. Facultad ésta que de conformidad con el Artículo I, Segunda Sección, Cláusula Quinta corresponde únicamente a la Cámara de Representantes (...) en los casos de responsabilidades oficiales.

Entre las funciones de la Corte, se encuentran la revisión judicial¹⁴ y la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y actos de los poderes ejecutivos federales y estatales, sin que sus decisiones puedan ser apeladas. Además, cuando emite un juicio sobre una cuestión constitucional, es prácticamente definitivo, pues sus decisiones solo pueden ser modificadas mediante el procedimiento de enmienda constitucional o por un nuevo fallo sobre la materia emitido por la propia Corte Suprema.

¹² Consulta online: <https://www.supremecourt.gov/about/about.aspx>. Fecha de consulta: 9/07/2019.

¹³ Consulta online: <https://www.supremecourt.gov/about/about.aspx>. Fecha de consulta: 9/07/2019.

¹⁴ Facultad de revisión judicial que no se confirmó hasta 1830, año en que fue invocada por John Marshall en el caso *Marbury vs Madison*, afirmándose que la responsabilidad de la Corte Suprema de dejar sin efectos una legislación anticonstitucional era una consecuencia necesaria de su deber jurado de hacer respetar la Constitución (<https://www.supremecourt.gov/visiting/foreigntranslations/spanishtranslation.pdf> (Pág. 7)).

5. México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se configura como el Máximo Tribunal Constitucional del país y cabeza del Poder Judicial, sin que contra sus resoluciones quepa recurso. Entre sus responsabilidades figura defender el orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mantener el equilibrio entre los distintos Poderes y ámbitos de gobierno a través de sus resoluciones judiciales y, solucionar de manera definitiva, asuntos que son de gran importancia para la sociedad¹⁵.

Conforme al art. 94 de la Constitución de los Estados Unidos de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de 11 Ministros¹⁶, cuya duración en el cargo será de 15 años, pudiendo ser únicamente removidos en los términos del Título Cuarto de la Constitución -relativo a la responsabilidad de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción y patrimonial del Estado-, y ello, sin posibilidad de reelección, salvo que se hubiese ejercido el cargo con carácter provisional o interino.

En particular, este nombramiento se llevará a cabo por el Senado a través de una terna que le será sometida por el Presidente de la República. La designación se realizará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de 30 días. No obstante, en el supuesto de que el Senado no resolviese en dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que dentro de dicha terna determine el Presidente de la República. Designación que también le corresponderá en el supuesto de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la segunda terna sometida por el Presidente tras el rechazo de la primera (art. 96).

Por su parte, el Presidente de la Suprema Corte de la Nación será elegido cada 4 años de entre sus miembros por el Pleno, sin poder ser reelecto para el periodo inmediato posterior.

¹⁵ Consulta online: <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte/que-es-la-scn>. Fecha de consulta: 10/07/2019.

¹⁶ En el artículo 95 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se recogerán expresamente los requisitos que han de reunirse para ser ministro de la Suprema Corte.

6. Perú

En el caso de Perú, la Corte Suprema de Justicia será el máximo órgano jurisdiccional cuya competencia se extiende por todo el territorio del país (art 28 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Se compone de 18 Vocales Supremos Titulares¹⁷ ¹⁸ y de Vocales Supremos Provisionales para los supuestos de vacancia, licencia e impedimentos de sus titulares o la creación de Salas Especializadas Transitorias.

De entre los primeros, reunidos en Sala Plena y por mayoría absoluta, será elegido el Presidente de la Corte Suprema -que lo será también del Poder Judicial (art. 144 de la Constitución)- por un periodo de 2 años y sin reelección. Estos Vocales permanecerán en el servicio mientras observen buena conducta e idoneidad propias de su función, asegurándose la inamovilidad de sus cargos, su independencia y una remuneración que les garantice un nivel de vida digno de su misión y jerarquía, la cual, será igual a la percibida por los Senadores o Diputados (art. 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

A diferencia de los supuestos anteriores, no se establece específicamente la forma de elección de los miembros que integran la Corte Suprema de Justicia, sino que el ascenso o ingreso como Vocal (primer grado de la carrera judicial) se lleva a cabo en base a un cuadro de méritos y antigüedad. En particular, en el caso que nos ocupa, será el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial¹⁹ el que organice estos cuadros (art. 219 Ley Orgánica del Poder Judicial).

¹⁷ Consulta online: <https://idl.org.pe/elecciones-para-la-presidencia-de-la-corte-suprema-y-de-las-cortes-superiores-de-justicia-del-pais-reformas-con-continuidad/>. Fecha de consulta: 10/07/2019.

¹⁸ Los requisitos para ser miembro de la Corte Suprema serán los exigidos en el artículo 147 de la Constitución Política.

¹⁹ Este Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se configura como un órgano de dirección del Poder Judicial (art. 72 Ley Orgánica) y se integra por el Presidente del Poder Judicial, 2 Vocales Supremos Titulares elegidos por la Sala Plena, un Vocal Superior Titular elegido por los Presidentes de Cortes Superiores de Justicia de la República, un Juez Titular Especializado o Mixto y un representante elegido por la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados de Perú (art.81 de la Ley 27465, que modifica diversos artículos del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Por su parte, de conformidad con el art. 150 de la Constitución de Perú, el Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando provengan de elección popular. No obstante, este organismo resultó formalmente disuelto en 2019 (como consecuencia del caso CNM Audios -*Los cuellos blancos del Puerto*-, en el que se mostraba a varios miembros del Consejo Nacional de la Magistratura involucrados en actos de tráfico de influencias y corrupción) y reemplazado por la Junta Nacional de Justicia, que asume las funciones de nombramiento, ratificación y destitución de jueces y fiscales^{20 21}.

A diferencia de la redacción original del art. 154 de la Constitución peruana, en el reformado vigente, además de establecerse el nombramiento de los jueces y fiscales de todos los niveles a través de un concurso público de méritos (evaluación de conocimientos, evaluación curricular y pruebas de confianza -arts. 30-32 de la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia-) y evaluación personal (art. 33), previa convocatoria realizada por el Presidente de la Junta Nacional seguida de la solicitud de los postulantes a la Junta Nacional para ser considerados candidatos (arts. 28 y ss. LO de la Junta Nacional), y disponer que dichos nombramientos requieren el voto conforme de dos tercios del número legal de sus miembros, se añade que este ha de ser *público y motivado*, sin alterar los resultados del concurso público de méritos (art. 2.a de su Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia). Requisito de votación pública y motivada que, igualmente, se añade a la ratificación que de los jueces y fiscales de todos los niveles ha de hacerse cada siete años.

²⁰ La modificación constitucional para su creación fue promulgada el 9 de enero de 2019 bajo la designación de Ley de Reforma Constitucional sobre la Conformación y Funciones de la Junta Nacional de Justicia (N 30904), por la que se modifican los arts. 154, 155 y 156 de la Constitución Política y siendo creado oficialmente el organismo el 19 de febrero de 2019 al promulgarse la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia.

²¹ Conforme al reformado art. 155 de la Constitución Política de Perú, la Junta Nacional se conforma por 7 miembros titulares seleccionados mediante concurso público de méritos, por un periodo de 5 años y estando prohibida la reelección. Los mismos podrán ser removidos por causa grave mediante acuerdo del Congreso adoptado por el voto de los dos tercios del número legal de miembros (art. 6 de la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia). Por su parte, en el reformado art. 156 se dispondrán los requisitos para ser miembro de la Junta Nacional de Justicia.

7. Venezuela

El Tribunal Supremo de Justicia es el máximo órgano judicial del país, y en este carácter, le corresponde la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Contra sus decisiones, de acuerdo con el art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en cualquiera de sus Salas, no se oirá, ni admitirá acción o recurso alguno, salvo lo previsto en los arts. 5.4 y 5.16 de esta ley²².

En cuanto a su elección, de conformidad con el art. 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y el art. 264 de la Constitución, se dispone que los Magistrados²³ que la integran serán designados por la Asamblea Nacional²⁴. En todo caso, podrán postularse candidatos ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, que llevará a cabo una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, recibida la cual, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, hará la selección definitiva.

Estos magistrados serán elegidos por un único periodo de 12 años (art. 264), pudiendo ser removidos por la Asamblea Nacional mediante una mayoría cualificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado en caso de faltas graves calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca.

²² Es decir, la revisión de las sentencias dictadas por una de las Salas cuando se denuncie fundamentalmente la violación de principios fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación, e igualmente podrán revisarse las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas.

²³ Los requisitos para ser magistrado del Tribunal Supremo de Justicia se establecerán en el art. 263 de la Constitución.

²⁴ En base al art.186 de la Constitución venezolana, la Asamblea Nacional se integra por diputados elegidos en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional.

III.- BREVE CONSIDERACIÓN FINAL

Como hemos podido apreciar al analizar los supuestos anteriores, es posible vislumbrar evidencias de intervención del poder legislativo o ejecutivo -dependiendo del país considerado- en la selección de los miembros que integran sus máximos órganos jurisdiccionales.

Tal injerencia se articula en cada ordenamiento examinado de manera más o menos patente -siendo el nuevo modelo peruano el que, a nuestro juicio y desde un punto de vista teórico, teniendo en cuenta la forma de elección de tales magistrados y la composición de los órganos encargados de tal menester, presenta una menor intervención de otros poderes, sin implicar, no obstante, la inexistencia de corruptelas-. Así, en algunos casos se admitirá con naturalidad la selección y nombramiento de tales miembros por instancias políticas, mientras que, en otros, se establecerá que corresponde a un órgano entre cuyas funciones se encuentra esta facultad de designación, si bien, al examinar su composición, es posible advertir la intervención de otros poderes, y, en consecuencia, la injerencia continúa estando presente.

Apreciado lo anterior, es fácilmente entendible que esta forma de elección -junto con las relevantes funciones que se encomiendan a tales Tribunales superiores-, implique una suspicacia social y una merma de la confianza ciudadana en torno a la independencia con que estos magistrados adoptan sus resoluciones. Este extremo presenta una sustancial relevancia pues, tal y como señala DIEZ PICAZO: *“la percepción por parte de los ciudadanos de que sus Jueces actúan con independencia es una de las circunstancias necesarias para que asuman y aprecien los valores en que se funda el Estados de Derecho. Como suelen decir los juristas ingleses, no basta con que se haga justicia, sino que ésta debe ser vista”*²⁵. En el mismo sentido, tal y como recalca la profesora MARTÍN RÍOS, la preservación de la independencia judicial conforma una pieza esencial en nuestro ordenamiento, de la que depende la credibilidad del sistema de justicia, y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones de los jueces (Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986)²⁶.

²⁵ DIEZ PICAZO, LUIS MARÍA, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12. Núm. 34 Enero-Abril 1992, pág. 20.

²⁶ Vid., MARTÍN RÍOS, PILAR, ob. cit., págs. 79-80.

En el caso español, para tratar de paliar esta suspicacia social y dotar de mayor independencia al CGPJ, asociaciones judiciales tales como la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria y la Asociación de Jueces y Juezas para la Democracia, instan a que la elección de los 12 vocales de este órgano, que conforme al texto constitucional han de ser elegidos entre jueces, sean designados por los propios jueces. Es más, una reforma de este tipo redundaría no sólo en una mayor independencia *ad extra* del Poder Judicial en su conjunto y, en consecuencia, en una mayor confianza ciudadana en sus resoluciones judiciales, sino que supondría igualmente un importante paso en la lucha contra la corrupción política. En efecto, atendiendo al sistema actual, los miembros de las Cámaras continúan teniendo la posibilidad de incidir en el nombramiento de aquellos magistrados que, en su caso, les juzgarán por los hechos realizados en el ejercicio de su cargo (arts. 56 y 57 LOPJ).

IDENTIFICACIÓN DE ESTEREOTIPOS RESPECTO DE MUJERES USUARIAS DEL SISTEMA PENAL CHILENO EN CAUSAS DE FEMICIDIO Y PARRICIDIO¹

Ximena Gauché Marchetti²

Profesora de Derecho Internacional, Derechos Fundamentales y Género (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Chile)

y

Rodrigo González-Fuente Rubilar³

Profesor de Derecho Penal y Medicina Legal (Universidad de Concepción. Chile)

I.- INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un derecho humano que a su vez constituye un instrumento para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a vivir libre de toda forma de violencia. Sin embargo, ello requiere de ciertas condiciones.

¹ Esta comunicación se enmarca en la investigación realizada en el Proyecto de Investigación Aplicada FONDEF “Protocolo de actuación para la atención en justicia con enfoque de género y diversidad”, adjudicado por la Universidad de Concepción cuya entidad colaboradora es la Excelentísima Corte Suprema, CONICYT. Código ID17110111. Los autores agradecen la colaboración de los investigadores del proyecto, Gabriela Sánchez Pezo y Pablo Fuentealba Carrasco, quienes contribuyeron a la revisión de la presentación de la metodología usada para exponer los resultados y hallazgos de la investigación.

² Abogada. Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España) y Subdirectora de Equidad de Género y Diversidad. Email: xgauche@udec.cl

³ Abogado. Doctor en Derecho por la Georg-August-Universität de Göttingen (Alemania). Email: rgonzalez-fuent@udec.cl

Así, debe existir siempre debido proceso legal, esto es, acceso libre e igualitario a un tribunal u órgano imparcial, establecido con anterioridad, rápido, ágil y eficaz, y deben removerse los obstáculos de otro orden que lo puedan condicionar. Esto último supone, por ejemplo, adoptar medidas con los grupos en situación de mayor vulnerabilidad. En el caso de las mujeres, para un adecuado acceso a la justicia, deben enfrentarse además a una serie de otros obstáculos derivados de la histórica situación de exclusión que las afecta, tales como la construcción binaria y estereotipada del género femenino con la consecuente existencia de roles, órdenes y representaciones pretendidamente establecidos, la construcción sexista de muchas instituciones, el uso de un determinado lenguaje o las distintas manifestaciones de violencia por causa de género. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante también CIDH) en su Informe de 2007 "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas", ha observado que la gran mayoría de los casos de violencia contra las mujeres se encuentran marcados por la impunidad, lo cual alimenta la perpetuidad de esta grave violación⁴. En el mismo Informe, la Comisión define el acceso a la justicia como el acceso de iure (de derecho) y de facto (de hecho) a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos⁵.

Además de estos obstáculos, existen elementos históricos adicionales que han ido moldeando y profundizando la subordinación de las mujeres. Entre estos elementos aparecen como relevantes la división sexual del trabajo, que ha asignado a las mujeres el fuerte del trabajo doméstico de reproducir y mantener a las pasadas, actuales y futuras generaciones y, también, la organización de la sexualidad y la procreación, que permite la apropiación de las capacidades generativas y sexuales de las mujeres, limitando su autonomía y libertad. Esto ha derivado en una estructuración de la sociedad en función de roles de género atribuidos a hombres y mujeres, lo que a su vez se potencia por la existencia y mantención de un sistema patriarcal. El patriarcado se puede ver, así entonces, como un sistema que

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", 2007, p. 1.

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", 2007, p. 3.

justifica la dominación sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres en diversos ámbitos. Su origen se atribuye a los roles establecidos en la familia tradicional, donde el padre como jefe de hogar proyecta todo el orden social.

A su vez, instituciones de la sociedad política y civil se articulan y modifican para mantener y reforzar dicho patriarcado que determina a las mujeres como categoría social subordinada a los hombres⁶. Esta subordinación no solo construye las diferencias entre hombres y mujeres, sino que refuerza la inferioridad entendida como biológicamente inherente y natural y, eventualmente, puede afectar a los hombres a pesar de su estatus de privilegio. Al asignar a las mujeres un tipo de comportamiento esperado y aceptado acorde a su propio sexo, los hombres quedan obligados a prescindir de estos roles de comportamiento y tensar al máximo sus diferencias con ellas. La dominación patriarcal amplía la brecha entre hombres y mujeres, aumenta la feminización de la pobreza, la marginación a mujeres, el femicidio, etc. De igual manera aumenta la disputa para los hombres, agudiza el machismo y violencia entre ellos. El dominio masculino sobre las mujeres se materializa socialmente mediante el poder que estos ejercen en importantes instituciones que generan negación, privación y dificultad en el acceso de mujeres al nivel institucional. Esto claramente no quiere decir que las mujeres no tengan ningún tipo de poder, derechos, influencias y recursos, sino que históricamente existe una dificultad social mayoritariamente para las mujeres⁷. En el ámbito privado, puede manifestarse en diversas y graves formas de violencia que legalmente pueden derivar en femicidio o parricidio.

Por lo anterior, es necesario aproximarse a la comprensión de las teorías de género y los conceptos esenciales que ella aporta para reconocer e interpretar la realidad, pues las personas viven y construyen su vida afectiva, personal y sexual enmarcada en los límites establecidos por lo tradicionalmente correspondiente⁸ según los estereotipos que se asumen, lo cual

⁶ Facio, Alda. (s.a).

⁷ Facio, Alda. (s.a).

⁸ Benavente, María Cristina & Vergara, Claudia, 2006.

puede determinar la existencia, causa y consecuencias de diversas formas de violencia. La comprensión teórica de elementos de género favorece entonces una mirada distinta sobre el acceso a la justicia para víctimas de delitos violentos como son el femicidio y el parricidio. Ello es indispensable, más aún cuando la misma CIDH ha dicho que el poder judicial constituye la primera línea de defensa de carácter nacional para la protección de derechos y libertades individuales de las mujeres; de ahí la trascendencia de la respuesta efectiva⁹.

La perspectiva de género corresponde así a una categoría analítica o plataforma teórica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma teórica, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad¹⁰. La perspectiva de género no solo analiza la relación de subordinación entre mujeres y hombres, sino que las relaciones entre mujeres y la funcionalidad de sus prácticas con el sistema patriarcal, lo cual se basa, en definitiva, en un conjunto de roles culturales¹¹ y considera todos los factores, ya sean económicos, culturales, geográficos, simbólicos determinando cómo ellos afectan tanto a mujeres como a hombres¹².

De esta manera, y en relación específicamente al ámbito de la justicia, teniendo presente lo que se ha expuesto, la perspectiva de género cobra un valor relevante para la adopción de decisiones judiciales y para el posterior análisis de tal jurisprudencia. Así, la “dogmática jurídica”, tan clásica como método o perspectiva de estudio del Derecho positivo, puede enriquecerse sustantivamente con un enfoque de este tipo.

Específicamente, en relación con las sentencias, si se asumen las perspectivas utilizadas por los juristas en el análisis de jurisprudencia, esto es, descriptiva y sistematizadora de sentencias, de alcance para casos futuros

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, 2007.

¹⁰ UNICEF, 2017, p.14.

¹¹ Facio, Alda. (s.a).

¹² Asociación de Magistradas Chilenas MACHI, 2015.

(de sentencia lata), o destinada a analizar y criticar las sentencias de modo de provocar un cambio en la línea jurisprudencial (de sentencia ferenda)¹³. Como dice una autora¹⁴ “por medio del análisis crítico de la forma en que se hace y se aplica el derecho puede develarse su responsabilidad en la subordinación de las mujeres”. Las diversas críticas feministas al Derecho, tanto a la teoría del Derecho, como a las instituciones y como a los métodos de análisis jurídicos¹⁵, en general apuntan a la idea de que el Derecho tiene sexo y género, de lo cual deriva una inequidad jurídico-normativa en lo social, político, jurídico y económico. Así, el carácter neutro que se tiende a defender respecto de la norma jurídica afecta especialmente a las mujeres. Como bien da cuenta Zúñiga, la literatura feminista “ha puesto consistentemente de relieve que las categorías jurídicas no son neutras y que se encuentran, en cambio, saturadas de sexualidad. El sujeto liberal, en torno al que orbita buena parte de la construcción jurídica moderna, no sería abstracto, ni neutro, ni mucho menos asexuado.

Tendría su sede en un *cuerpo generizado*¹⁶. Las regulaciones jurídicas de muchas materias en Chile evidencian que no da lo mismo el cuerpo femenino que el cuerpo masculino y ello tiene un correlato en cómo se ejerce justicia, pudiendo afectar así la tutela judicial efectiva que busca una mujer víctima de un delito violento.

La hipótesis de este trabajo se basa justamente en que la existencia de inequidad jurídico-normativa producto de que el derecho tiene sexo y género, se manifiesta en sentencias dictadas por los tribunales en materia penal, según se evidencia de hallazgos expresos en ciertas materias, los cual trasgrede el derecho de las víctimas a tutela judicial efectiva como una de las dimensiones del acceso a la justicia.

¹³ Courtis, Christian, 2006, p. 105-118.

¹⁴ Agatón Santander, Isabel, 2013, p. 17.

¹⁵ Agatón Santander, Isabel, 2013, p. 7-15.

¹⁶ Zúñiga Añazco, Yanira, 2018, p. 217.

II.- METODOLOGÍA

Este estudio posee un enfoque cualitativo el cual busca exponer los significados de los actores sociales desde una lógica inductiva, subjetiva y holística orientado principalmente a la descripción y exploración de un fenómeno de interés¹⁷. En este sentido se busca identificar los hallazgos explícitos o manifiestos sobre estereotipos, roles o discriminación de género que se encuentren presentes en ciertas sentencias dictadas por los tribunales en materia penal en el contexto judicial chileno. Se trata de una investigación de tipo secundaria¹⁸, mediante un análisis de contenido¹⁹. Su alcance es exploratorio²⁰, puesto que establece un marco de ideas generales en las sentencias, identificando las dimensiones o categorías claves, describiendo cualitativamente sin categorías de análisis previas.

Las sentencias analizadas han sido brindadas por el Centro de Documentación de la Corte Suprema de Chile (CENDOC). Para este estudio se analizaron 9.598 sentencias de los siguientes tipos penales: aborto (112), buenas costumbres (250), infanticidio (617), maltrato habitual (1.036), parricidio/femicidio (424), pornografía infantil (61), prostitución (25), servicios sexuales (25), sodomía (20), trata de personas (64), violación (963) y abuso sexual (6.001). En este sentido, la muestra puede ser considerada no probabilística de tipo intencional o estratégica²¹. En vista al diseño muestral anteriormente planteado, los resultados aquí planteados no pueden ser considerados como generalizables (lo que puede entenderse como una limitación técnica) debiendo ser los análisis planteados sólo como casuísticos. Sin desmedro de lo anterior, este estudio al poseer una

¹⁷ Vieytes, R. 2004. Metodología de la investigación en organizaciones de mercado y sociedad. Epistemología y técnicas. Buenos Aires: Editorial de las Ciencias, pp. 43.

¹⁸ Entiéndase una investigación de tipo secundaria como un tipo de estudio que analiza datos no levantados por los autores, sino que son brindados en este caso por CENDOC.

¹⁹ El tipo de análisis realizado es análisis de Contenido Cualitativo, según el planteamiento de Verd y Lozares (2016) corresponde a un análisis centrado en “lo que el texto dice”.

²⁰ Vieytes, R. 2004. Metodología de la investigación en organizaciones de mercado y sociedad. Epistemología y técnicas. Buenos Aires: Editorial de las Ciencias, pp. 90.

²¹ Verd y Lozares (2016) “Introducción a la investigación cualitativa. Fases, métodos y técnicas”. Madrid: Editorial Síntesis, pp. 113-155.

lógica inductiva²² trasparenta algunas tendencias interesantes y profundiza la comprensión teórica del fenómeno.

Los hallazgos del análisis, son presentados a partir de una identificación y distribución de códigos que surge del proyecto de investigación en que se inserta esta comunicación y que contempla distintos otros ámbitos de análisis que no son considerados en este documento. De este modo, se pueden sintetizar las categorías de análisis en la tabla de códigos y subcódigos que se acompañan en Anexo 1.

III.- RESULTADOS

Se identificaron hallazgos explícitos o manifiestos, aunque en menor cantidad de lo que se esperaba dada la cantidad de sentencias recibidas. Del total de 9.598 sentencias consideradas para el análisis, sólo se encontraron 12 sentencias donde se presentaba un hallazgo clave en temáticas de estereotipos, roles y discriminación de género. Dichos hallazgos se concentran mayormente en los delitos de parricidio y femicidio, en donde se detecta un total 7 sentencias: 6 de ellas dicen relación directa con estereotipos en contra de la mujer y 1 en contra de la diversidad sexual en que se afecta a las mujeres. Por otro lado, de dichas sentencias, 2 se hacen cargo positivamente de corregir estereotipo de género, mientras que las otras 5 constituyen hallazgos negativos.

A continuación, se presentan de forma descriptiva los hallazgos expresos encontrados en esas siete sentencias, presentándolos de forma agrupada en negativos y positivos. Se entiende en este contexto como hallazgo negativo aquél en el cual en la sentencia se menciona algún estereotipo, rol o discriminación de género que produce afectación. Por su parte, un hallazgo será positivo cuando la sentencia rechaza un estereotipo, rol o discriminación de género, esgrimido por las partes, corrigiéndolo.

²² Entiéndase como lógica inductiva de lo particular a lo general, de los propios datos a las generalizaciones y la teoría en términos de Vieytes, R. 2004, Metodología de la investigación en organizaciones de mercado y sociedad. Epistemología y técnicas. Buenos Aires: Editorial de las Ciencias, pp. 69-73.

1. Hallazgos negativos

a.- Responsabilidad de la víctima por dar señales confusas de mantener la relación sentimental. Las mujeres deberían en sus relaciones sentimentales dar señales o comunicaciones claras a sus parejas de que ya no desean continuar con la relación a fin de no provocar reacciones violentas en su contra. No actuar de dicha forma justificaría la concesión de atenuantes cuyo fundamento se encuentra en la perturbación anímica en el hombre al momento de ejercer violencia en contra de la mujer. Al respecto se detectan dos sentencias de femicidio con hallazgo expreso (código B1.5). *“El hombre en su rol de “proveedor” recibía mensajes confusos sobre la continuidad de la relación por parte de la mujer”²³. “Se justifica la concesión de la atenuante del 11 n° 5, esto es, arrebató u obcecación, en virtud de ciertas conductas de la mujer, tal como, el no dilucidar las dudas que tenía el marido de infidelidad de ella”²⁴.*

b.- Consideración de la mujer como sexo débil. Las mujeres carecerían de la capacidad física de enfrentar la violencia de género. Así, la concesión de la agravante de abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, solo puede concederse en el caso que exista una fuerza distinta y superior a aquella que la sociedad le ha sido asignada a la mujer, de acuerdo a su rol. Al respecto se detecta una sentencia (código B1.1): *“(…) o bien desde la perspectiva de género, que divide sexualmente los roles en la sociedad, lo que haría que las mujeres, no estén socializadas en el manejo de la fuerza, por lo que se ven incapacitadas de enfrentar la agresión de un hombre”²⁵.*

c.- Demostración de una alta autoestima en juicio no se condice con la imagen una mujer víctima de violencia. La presencia física y el desplante de una mujer en juicio, que alega haber sido víctima de violencia por parte de su pareja, juega un rol trascendental al momento de acreditar la existencia de tal violencia. Al respecto se encuentra una sentencia (código B1.3): *“(…) pero*

²³ TOP de Antofagasta, MP con Huerta Ávalos, Rol N° 316-2017.

²⁴ TOP de Concepción, MP con Héctor Juan Ramírez Proboste, Rol N° 475-2013.

²⁵ TOP de Puerto Montt, MP con Villarroel Díaz, Rol N° 179-2016.

nos convenció mucho, para tomar la decisión, la personalidad de la acusada, ella es una mujer muy inteligente, muy capaz, muy dueña de si mismo, histriónica, que es difícil de llevar porque siempre quiere ella estar por sobre los demás, buena moza, con alta autoestima, que es trabajadora y perseverante en lo que se propone...”²⁶.

d.- El femicidio en una relación lésbica solo existiría si se prueba quien ejercía el rol dominante en la relación. El tipo penal de femicidio se fundamenta en la violencia de género del hombre hacia la mujer, en un rol dominante sobre la víctima, por lo que en relaciones lésbicas para que exista tipicidad es necesario probar cual de las dos mujeres ejercía dicho rol dominante. Al respecto se detecta una sentencia (código B3.2): *“En ese orden de ideas resulta discutible si se puede o no estimar como femicidio las muertes entre convivientes lésbicas, ya que hay quienes sostienen que la violencia habida en relaciones de este tipo no se encuentra presente la violencia de género, la relación de poder desigual ni la intención de sometimiento. Para otros, en cambio, no se excluye la figura de femicidio si en el caso concreto es posible establecer la diferenciación en el ejercicio de dichos roles, atribuyendo a cada una de las partícipes de una relación lésbica roles masculinos y femeninos, dominantes y dominados, dándose, como contra argumento a dicha postura el que el hecho que una de las partícipes asuma actitudes masculinas no implica necesariamente que tenga mayor poder sobre la otra, ya que las relaciones de poder se construyen sobre diferencias de sexo y no sobre diferencias de roles de género. Ahora bien, con independencia de la postura que se asuma en relación a lo anterior; ya sea que se desestime per se el femicidio en una relación lésbica, o bien, para el caso de estimar que el ejercicio de un determinado rol si podría situar a una de las partícipes de dicha relación en un posición de superioridad, igualmente la posibilidad de estimar los hechos como femicidio debió ser desestimada, ya que con la prueba aportada no logró establecerse claramente quien ejercía el rol dominante en la relación”²⁷.*

²⁶ TOP Curicó, MP con Rosanna Andrea Valdés Caro, Rol N° 31-2015.

²⁷ TOP San Antonio, MP con Elizabeth del Pilar Sandoval Leiva, Rol N° 47-2016.

2. Hallazgos positivos

a.- La emocionalidad no es una característica asignada a un género.

No existe un fundamento objetivo que atribuya a las mujeres una naturaleza más emocional que los hombres, por lo que la sola indicación de tal característica en juicio, sin prueba en concreto, no puede acreditar la concesión de la atenuante de actuar por arrebató u obcecación del 11 n° 5 del Código Penal. Se detecta una sentencia sobre el punto (código B1.2): *"Por otra parte, en relación a la mención que hace la defensa, referida a que la acusada es una mujer, y, por lo tanto, su comportamiento sería más emocional, por naturaleza, que el de los hombres. Tal alegación, más que un argumento, constituye un estereotipo o pre juicio en razón del género; el que atribuye a las mujeres, sin base alguna, un comportamiento diverso, más temperamental y emocional que el de los hombres. En contra de ello, basta decir aquí, que el número de mujeres que han sido agredidas o matadas por sus parejas, argumentando como razón de ello los celos, es ostensiblemente mayor que el de hombres"*²⁸.

b.- La actividad laboral de la mujer no es relevante para el otorgamiento de beneficios. Si bien las características personales y conductuales pueden influir en la concesión de beneficios a las personas condenadas, tales características no pueden basarse en apreciaciones relativas a la actividad laboral lícita que desempeña la persona solicitante (código B1.9): *"El hecho de ser una mujer bailarina de club nocturno no impide, como lo solicitó la fiscalía, a que la condenada acceda a una salida alternativa como la libertad vigilada"*²⁹.

IV.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

El Derecho es sexuado. Aunque los hallazgos son menos de los esperados, existen hallazgos para afirmar que la norma es sexuada. El hecho de encontrar hallazgos expresos implica necesariamente que la norma tiene género y, por tanto, el juez o jueza la aplica sin hacer las distinciones necesarias para

²⁸ TOP Rancagua, MP con Fabiola de Lourdes Miranda Neira, Rol N° 381-2016.

²⁹ TOP Los Andes, MP con Kelly Johana Zapata Albornoz, Rol N° 80-2013.

salvar las situaciones de inequidad que afectan a las mujeres usuarias del sistema judicial. La ilusión de la neutralidad de la norma no hace más que perpetuar la desigualdad de sexos de carácter histórico y que ha relegado a las mujeres a ejercer un rol doméstico, al cuidado de la familia, mientras que los hombres a asumir el control de la esfera pública y, por ende, el ejercicio de la autoridad y diversas formas de violencia.

La norma jurídica es creada al amparo del ente público, teóricamente a partir de un proceso de deliberación democrática, y pese a que en su aplicación intervienen también mujeres (juezas), de todos modos, se reproducen los estereotipos en virtud del fuerte patriarcado imperante en la sociedad. Ahora bien, aunque quienes ejercen jurisdicción son seres humanos inmersos en una sociedad determinada y, por lo tanto, pueden reflejar en su actividad de juzgar los mismos estereotipos que la sociedad tiene, tienden a ser cautos a la hora de dictar sus resoluciones. Tal cautela la desarrollan pese a no tener mayor conocimiento de cómo juzgar con perspectiva de género. De este modo, pareciera ser que no es que el juez o jueza se abstraiga de los estereotipos adquiridos del contexto social, si no más bien, que se abstiene de manifestarlos públicamente porque tiene conciencia del contenido negativo que pueden poseer.

Ahora bien, en los casos de hallazgos encontrados, estos se concentran en estereotipos y roles, más que en discriminaciones³⁰. La explicación tendría que ver con el marco normativo que llama al juez o jueza a ser más cauto frente al alegato de discriminación y la no consagración expresa del juzgamiento con perspectiva de género como un mandato legal, así como la falta de formación sobre la materia que permita desarrollar al juez una competencia al juzgar, lo que supondría como enfoque (por competencias) saber, saber hacer, ser; lo que a su vez implica conocimientos, habilidades y actitudes.

³⁰ Para estos efectos se entiende por Estereotipos de género aquellas representaciones construidas y fuertemente arraigadas, en función de las cuales se les asigna un atributo (positivo, negativo o mixto) de forma indiscriminada o generalizada al grupo de hombres, mujeres, homosexuales, transexuales, u otros; Roles de género son aquellos comportamientos socialmente esperados (y también construidos y naturalizados) para los miembros de un grupo de acuerdo a su sexo o género; Discriminación de género es cualquier tipo de acción (comportamiento observado, decisión, selección) que no se encuentra fundamentada en criterios racionales o realistas, sino en estereotipos de género, prejuicios y/o representaciones de roles sexuales y que, en consecuencia, afectan el principio de igualdad.

Los hallazgos expresos en materia penal se encuentran en sentencias sobre parricidio/femicidio. Tal hallazgo no parece ser coincidencia. Los delitos de parricidio y femicidio son de aquellos en que la violencia de género alcanza su mayor gravedad y en los cuales los prejuicios sociales pueden manifestarse con mayor claridad. De esta manera el histórico rol secundario asignado a las mujeres aflora en aquellos casos en que éstas rompen el paradigma de sumisión que se les ha asignado, siendo reproducidos accidentalmente por los jueces a través de sus sentencias. El distinto tratamiento que se manifiesta en estos hallazgos implica una discriminación de género en el acceso a la justicia, siendo tal discriminación a su vez una forma de violencia en contra de las mujeres³¹.

Teniendo en consideración los hallazgos obtenidos, el paradigma de sumisión manifestado expresamente dice relación con tres ejes fundamentales. Se responsabiliza a la mujer de la violencia ejercida en su contra en aquellos casos en que existe una infidelidad o presunción de infidelidad, como en aquellos casos en que la mujer no pone claridad en torno a la decisión de poner término a la relación. La violencia de género sobre una mujer debe inhibirla a tal punto de neutralizar su personalidad. De este modo no solo se exige que la mujer tenga una actitud sumisa frente al de su pareja, sino, además, que se muestre socialmente como alguien poco inteligente imposibilitada de poder salir a corto plazo del trauma de la violencia. Por último, el rol secundario de la mujer queda aún más patente en las relaciones lésbicas, en que se reproduce el padrón binario caracterizado en una relación de fuerzas de poder entre lo dominante y lo dominado, reflejando un sistema patriarcal que justifica tal dominación sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres.

La interpretación de una norma con enfoque de género puede favorecer una corrección del eventual efecto de los estereotipos. Se debe corregir el carácter generizado de la norma a través de la interpretación. Si reconocemos que la norma es generizada, y que por ende no neutra, es indispensable que exista alguna vía de corrección que conduzca hacia un efectivo derecho de

³¹ Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Recomendación General N°19: la violencia contra la mujer., 11^º Período de sesiones, 1992.

acceso a la justicia. De este modo, el trabajo intelectual de aplicación de la norma al caso concreto exigirá un conocimiento de principios de interpretación para juzgar con perspectiva de género que permitirá neutralizar la norma aplicada y, de este modo, poner en pie de igualdad a las mujeres en el ejercicio del derecho a la justicia. Así, en la argumentación judicial, el juzgador debe visualizar la situación de las mujeres en la sociedad.

Esta visualización, si bien debe ser durante todo el proceso, cobra en la sentencia un peso mayor al otorgar derechos o deberes con cierto carácter permanente. Por ejemplo, en caso de violencia hacia a la mujer, los tribunales cuestionan la aplicación de alguna agravante relacionada con la diferencia de fuerzas entre las partes a fin de evitar una violación al *ne bis ídem*, cuando en los hechos debiese encontrarse un fundamento que permita la aplicación de alguna agravante a través de la visualización de la violencia hacia la mujer como diferente a la lesión a la integridad físico/moral o la vida de ésta. Así, no es solo la violencia ejercida por un hombre concreto sobre una mujer concreta, es la violencia de una sociedad la que se concentra en ese hombre hacia una mujer (socialmente disminuida en sus derechos) el argumento que debe fundar la aplicación de la agravante en específico. Esta diferencia de estatus no requiere de prueba especial, pues se trata de un hecho notorio.

V.- CONCLUSIONES

La hipótesis de este trabajo se basa justamente en que existe inequidad jurídico-normativa producto de que el derecho tiene sexo y género, lo que se manifiesta en sentencias dictadas por los tribunales en materia penal, según se evidencia de hallazgos expresos en ciertas materias. Ello trasgrede el derecho de las víctimas mujeres a la tutela judicial efectiva como una de las dimensiones del acceso a la justicia y creemos que ha quedado probada.

Nuestro estudio aborda un tema poco tratado y desafía la clásica dogmática jurídica, tan frecuente en el medio hispano parlante del derecho, a través de una metodología rigurosa mayoritariamente ajena en el ámbito jurídico. Además, pone en tensión la dimensión de tutela judicial efectiva para mujeres en clave de género. Reconocemos sí que, por la naturaleza del diseño muestral, los resultados no son generalizables, aunque marca una tendencia

a revisar. Por su parte, se debe remarcar el hecho que solo se recogieron en la muestra aquellas sentencias en que el hallazgo fue expreso, razón por la cual se descartaron todas aquellas resoluciones en que indirectamente, o durante el proceso, se pudo haber manifestado un estereotipo, rol o discriminación de género.

La violencia de género, apertiginada en nuestra sociedad, puede ser vencida a través de la incorporación del enfoque de género tanto en la tramitación como en la dictación de sentencias y, de este modo, satisfacer el derecho de las mujeres al acceso a la justicia. Las sentencias judiciales tienen un rol transformador, por lo que la aplicación de un enfoque de género por parte de jueces y juezas permite generar paulatinamente un camino de superación de estereotipos, convirtiéndose en ejemplos prácticos para que otros apliquen soluciones similares.

De esta forma, además, se cumple con obligaciones convencionales y constitucionales sobre igualdad de género e imparcialidad y se actúa en coherencia con compromisos institucionales adoptados en ese marco. En efecto, la Política de Igualdad Género y no Discriminación del Poder Judicial aprobada en febrero de 2018, va alienada con esa idea.

Tabla de anexo 1

ÁMBITO	DIMENSIÓN/ CATEGORÍA CLAVE	CÓDIGO PRIN- CIPAL	SUBCÓDIGOS
PERSONAS USUARIOS	A. DISCRIMI- NACIÓN DE GÉNERO	A1. DISCRIMI- NACIÓN POR IDENTIDAD DE GÉNERO Y ORIENTACIÓN SEXUAL	<p>A1.1 Discriminación por creencias hetero y cis normativas (por ejemplo: que personas del mismo sexo no forman familia, que personas trans e intersex deben modificar su cuerpo con el objeto que no puedan ser padres/madres y que las personas trans que tienen familia no tienen su identidad de género clara).</p> <p>A1.2 Discriminación por falta de criterios claros para el tratamiento formal de las personas trans y persistencia de los prejuicios y conservadurismos (por ejemplo: que las personas trans requieren modificación quirúrgica de su cuerpo).</p> <p>A1.3 Discriminación por creencias que el sexo es inmutable y determinado al nacer.</p>
	B. ESTEREOTI- POS DE GÉ- NERO	B1. ESTEREOTI- POS HACIA LA MUJER	<p>B1.1 Mujer como sexo débil.</p> <p>B1.2 Mujer como más emocional.</p> <p>B1.3 Mujer víctima de violencia no puede tener autoestima.</p> <p>B1.4 Mujer como objeto de deseo sexual.</p> <p>B1.5 Mujer como poco clara (por ejemplo: da señales confusas).</p> <p>B1.6 Mujer como cuidadora innata.</p> <p>B1.7 Mujer como menos productiva (por ejemplo: a las mujeres se les paga menos por ser menos productivas que los hombres).</p> <p>B1.8 Mujer y su validación en torno a los hombres (por ejemplo: la identidad y la relación social de las mujeres depende de su relación con los hombres).</p> <p>B1.9 Mujer calificada su actividad laboral (por ejemplo: Mujer con actividad laboral de índole sexual no debe tener un trato diferente).</p>
		B2. ESTEREOTI- POS HACIA LOS HOMBRES	<p>B2.1 Hombres poseen instintos sexuales.</p> <p>B2.2 Hombres naturalmente vinculados a la protección de la familia.</p> <p>B2.3 Hombre femicida debe recibir trato más severo.</p>
		B3. ESTEREO- TIPOS HACIA DIVERSIDAD SEXUAL	<p>B3.1 Personas LGBTIQ+ no poseen una claridad sobre su identidad/orientación sexual (por ejemplo: las personas bisexuales no tienen claridad sobre su sexualidad, las personas transex pueden arrepentirse de su identidad de género).</p> <p>B3.2 Solo quien desarrolla el rol dominante puede cometer femicidio.</p> <p>B3.3 Patologización de personas trans (por ejemplo: toda persona que se identifica como transexual se asume una mirada desde la salud mental).</p> <p>B3.4 Las personas trans no pueden tener una orientación sexual diversa.</p>

	C. ROLES DE GÉNERO	C1. ROLES DE GÉNERO HACIA MUJERES	C1.1 Mujer como madre.
		C2. ROLES DE GÉNERO HACIA DIVERSIDAD SEXUAL	C2.1 Las personas trans no pueden cambiar su rol en la familia (por ejemplo: las personas transexuales que tienen familia no pueden cambiar su rol en ella). C2.2 El desarrollo y comportamiento personal está determinado por la orientación sexual (por ejemplo: la forma en que las personas se comportan en sociedad está determinada por su orientación sexual).
D. VIOLENCIA SIMBÓLICA	D1. INVISIBILIZACIÓN	D1.1 Invisibilización de la orientación sexual. D1.2 Invisibilización de la identidad de género.	

ALGUNAS INCIDENCIAS DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

Santiago Javier Granado Pachón
Doctor en Derecho

Sumario: I.- La pena de prisión: resolución de incidencias durante el cumplimiento de la pena de prisión. 1. La ejecución de la pena de prisión como un juego de subsistemas: algunas quejas e incidentes competenciales. 2. Incidencias en la ejecución de la pena de prisión desde la perspectiva del Víctima. 3. Incidencias en la ejecución de la pena de prisión desde la perspectiva del penado: a) *La refundición de condenas*; b) *suspensión de la ejecución de la pena de prisión por trastorno mental grave. El protocolo (I-2/2020)*; c) *La sanción disciplinaria y sus efectos en el régimen de cumplimiento. La Orden de Servicio 1/2019 de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción social*. II.- El licenciamiento definitivo. Trámites procesales. Resolución. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo pretende analizar algunas de las incidencias más notables que pueden producirse durante la ejecución de la pena prisión. Se pretende un estudio breve sobre aquellas circunstancias que insertas en el sistema de ejecución penal pueden generar modificaciones claves en su cumplimiento y que ponen en entredicho las carencias técnicas y la falta de precisión legislativa, que ha pretendido solventar en algún caso nuestro TS con sus resoluciones. En todo caso, este estudio se centra exclusivamente en la pena prisión como categoría autónoma e independiente del resto de las penas privativas de libertad.

Palabras clave: ejecución, prisión, incidencias, Juez de vigilancia penitenciaria.

I.- LA PENA DE PRISIÓN: RESOLUCION DE INCIDENCIAS DURANTE EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN

1. La ejecución de la pena de prisión como un juego de subsistemas: algunas quejas e incidentes competenciales

Vamos a referirnos a las incidencias que pueden surgir durante la ejecución de la pena de “prisión”. Para ello, consideramos a la pena de “prisión” como una categoría punitiva dentro de las penas privativas de libertad, -junto con la prisión permanente revisable, la localización permanente, y la responsabilidad personal subsidiaria¹, que cuenta con sus propias consideraciones en materia ejecutiva, y que permite su diferenciación con las restantes². La pena de “prisión” y a “la prisión permanente revisable”, aunque penas privativas de libertad, deben ser consideradas como penas autónomas y diferenciadas. En este sentido, no se entiende, su tendencia a la equiparación, bajo el erróneo apelativo de ser consideradas ambas penas de “prisión”, ni que se estén aplicando “penas accesorias” que previstas para la pena de “prisión”, sin embargo, no lo están para “la prisión permanente revisable”³. La garantía penal, queda en entre dicho.

En todo caso, y una vez delimitada la pena “prisión” como categoría singular dentro de las penas privativas de libertad; en un plano abstracto y siguiendo a SILVA SÁNCHEZ⁴, “la ejecución de la pena constituye un

¹ Art. 35 del CP.

² No se olvide, que el nacimiento en nuestra legislación penal de “la Prisión Permanente Revisable” viene a alterar el régimen competencial previsto para las penas privativas libertad, en orden a determinadas decisiones, como “clasificación” o “libertad condicional”. Sin ir más lejos, el tercer grado de la Permanente Revisable debe ser autorizada por el Tribunal Sentenciador, cuando para la pena de “prisión” es necesario el acuerdo o la denegación por la Administración Penitenciaria, con las posibilidades de ir en “queja “ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

³ Art. 55 y 56 de CP, “la pena de prisión igual o superior a diez años (...)” o “en las penas de prisión inferiores a 10 años (...)”, ninguna referencia se hace a la pena de prisión permanente revisable. No obstante, los tribunales la aplican, baste acudir al fallo de la Sentencia de 13 de junio de 2019, del TSJ de Castilla la Mancha, donde se aplica como pena accesoria la inhabilitación absoluta a la Prisión Permanente Revisable.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., ¿Política criminal del Legislador, del Juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal, La Ley, 1998, p. 1452.

subsistema autónomo, en el que han de someterse, sean cual sean las previsiones legales de las sanciones, a consideración hipótesis parcialmente distintas, como la posibilidad de acoger un modelo de amplia flexibilidad favorable al reo⁵, sin que ello de lugar a consecuencias político criminales indeseables”. Esta descripción de la ejecución de la pena como un subsistema autónomo encuentra su razón de ser dentro del ámbito del Derecho Penitenciario, como conformador de la fase de ejecución de la persecución penal, integrada junto con fase de instrucción y de enjuiciamiento, por órganos judiciales diferentes. De ahí, que cada uno de ellos redunde en un subsistema que puede colisionar competencialmente con los otros, fundamentalmente por ciertas carencias técnicas y de falta de precisión legislativa que ha pretendido solventar nuestro TS (en adelante TS) con sus resoluciones. Además, a este juego de subsistemas debe añadirse uno más, que se hace presente durante la ejecución de la pena de prisión, y que viene constituido por la Administración Penitenciaria, generando a su vez una doble intervención de órganos de naturaleza y competencias diferentes. Todo ello hace, que en vía ejecutiva puedan confluír decisiones emanadas desde perspectivas jurídicas distintas y que el respeto a los derechos fundamentales se convierta en un eje clave y vertebrador de esta fase que denomino de “confusión de perspectivas”, y en la que resultan afectado los propios internos. Por eso, adquiere relevancia “las quejas” que estos pueden presentar, y sobre todo la institución del Defensor del Pueblo como garante de sus Derechos Fundamentales. De ahí, que esta institución, actuando al amparo del art. 54 de la CE y de conformidad con el art. 9.1 de la LO 3/1981 pueda iniciar de oficio o a instancia de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de

⁵ La búsqueda de un modelo flexible de ejecución, puede aparecer limitado por razones de legalidad, de seguridad jurídica, y de prevención general. No se olvide la tendencia de las reformas del código penal, a la necesidad del cumplimiento íntegro de las penas impuestas. Como afirma, MORILLAS CUEVAS, L., Valoración político criminal sobre el sistema de penas el CPE, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2003, p. 78, el objetivo de la ejecución efectiva de las penas es multidimensional: por un lado, la necesaria actuación preventiva especial sobre el sujeto condenado, en sus diferentes posibilidades., por otro, el aspecto preventivo general de su real ejecución material. Esto último, deja fuera aquellos que abogan por el puro simbolismo de la imposición, si luego la pena no se ejecuta, pues se alertaría a los ciudadanos sobre un incompleto proceso de la pena, con graves carencias no solo preventivas generales sino, en cierta medida y para determinados delincuentes, también preventivos especiales.

la Administración Penitenciaria⁶. A salvo que se trate de una resolución de un órgano judicial, como puede ser del Juez de Vigilancia Penitenciaria (en adelante JVP) o del Tribunal Sentenciador, en cuyo caso, el Defensor del Pueblo deberá suspender su intervención, si en algún momento la había iniciado, o no conocer de la misma; pues la aplicación del art. 17 de la Ley 3/1981, le impide el iniciar investigaciones cuando el hecho está sometido a un órgano jurisdiccional⁷.

No obstante, la materia ejecutiva es tan vidriosa, que se producen “chocques competenciales” por la resolución de las incidencias que pueden surgir precisamente durante la ejecución de la pena de prisión. Una de esas “incidencias” que podemos someter a consideración, es la derivada del “quebrantamiento de condena” cometido tras la obtención de un permiso de salida, generador del debate acerca del título competencial sobre el órgano judicial al que corresponde resolver y dictar “la orden de búsqueda y captura”, confrontándose así, las competencias otorgadas al JVP con las correspondientes al Juzgado de lo penal. El Tribunal Supremo (en adelante TS), en Auto de

⁶ Consultar ORTIZ GONZALEZ, A. L., La figura del Defensor del Pueblo, en: DE CASTRO ANTONIO, J.L (Dir), Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones, CGPJ, Madrid, 2006, p. 264, en cuanto pone de manifiesto algunas actuaciones irregulares imputable a la administración penitenciaria, como: la solicitud de indultos, traslados de otros centros penitenciarios, información sobre el régimen legal en materia de permisos de salida y comunicación con los familiares, cuestiones relativas a la clasificación penitenciaria, información en materia de asistencia social para los internos y sus familiares, información en materia de régimen penitenciario, solicitud de asistencia médica, información a los drogodependientes sobre la posibilidad de conseguir un tratamiento rehabilitador, orientación sobre la forma de obtener la cancelación de los antecedentes penales, reclamaciones o denuncias sobre el trato que reciben los internos de los funcionarios, y la información sobre la posibilidad de cumplir la pena impuesta a un extranjero en su país de origen.

⁷ Así lo explica, Consultar ORTIZ GONZALEZ, A. L., La figura del Defensor del Pueblo, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir), Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 263 y ss., quien especifica otra serie de quejas de los privados de libertad, de las que conoce el Defensor del Pueblo, desde el punto de vista de la administración justicia, a saber: disconformidad con la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad o con la resolución judicial que adopta a medida cautelar de prisión provisional, lentitud en la finalización del procedimiento que les afecta y por el que se encuentra en prisión provisional, petición de información sobre los requisitos para acordar la suspensión o sustitución de la condena, orientación jurídica sobre la forma de solicitar la concesión de la libertad condicional, información sobre la forma de solicitar la acumulación de condenas, solicitud de información para obtener una indemnización por un posible anormal funcionamiento de la administración justicia, solicitud de información en materia de extradición.

fecha de 5 de marzo de 2009⁸, pretendió zanjar la polémica otorgando la competencia para el dictado de la orden de “busca y captura” al Tribunal Sentenciador, a salvo cuando el penado se encuentre en libertad condicional y la misma tenga que ser revocada por el JVP, dado que, en este caso, la “orden de busca y captura”, debe ser emitida por este órgano judicial⁹.

Estos “choques competenciales” también pueden surgir entre los JVP y los órganos judiciales de instrucción, a los que como “autoridades judiciales competentes” puede dirigir comunicación el Director del Establecimiento, en aplicación del art. 68.4 del Reglamento Penitenciario¹⁰ (en adelante RP) para la aplicación de los medios de control adecuados, -como la autorización de prueba radiológica en el interno- en aquellos casos en los que el resultado del cacheo con desnudo integral sea infructuoso¹¹. En este sentido, la comunicación del Director del Centro, -a quien la normativa penitenciaria parece atribuirle, entre otras, una función de “comunicación”¹² entre los subsistemas referidos- al Juez de Instrucción vendría legitimada por la aplicación de

⁸ Vid, Auto del TS de 9 marzo de 2009 “los internos deberán permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan hasta el momento de su liberación”, referencia en ORTIZ GONZÁLEZ, J. L., Tutela Judicial en la ejecución de las penas y las Medidas de Seguridad, en: CASANUEVA SANZ, I. (Dir)., La ejecución las penas, Cuadernos Judiciales nº 15, Deusto Digital, 2019, p. 21.

⁹ Así lo han considerado por unanimidad los jueces de vigilancia penitenciaria al aprobar en su última reunión (mayo 2018) el criterio de actuación n.º 103, en el mismo sentido, ORTIZ GONZÁLEZ, J. L., Tutela Judicial en la ejecución de las penas, en: CASANUEVA SANZ, I. (Dir)., La ejecución las penas, Cuadernos Judiciales nº 15, Deusto Digital, Cuadernos Judiciales nº 15, Deusto Digital, 2019, p.22, quien expone: “Dicho criterio se refiere al supuesto en el que la revocación de la libertad condicional sea de un ciudadano europeo y sea necesario emitir una Orden Europea de Detención (OEDE). La justificación para asumir dicha competencia se encuentra en el artículo 35 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales de la Unión Europea, aunque la referencia de ese artículo es genérica, al mencionar al juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes, hay que tener en cuenta que es el JVP el que conoce las causas en las que se acuerda la revocación de la libertad condicional.

¹⁰ Art. 68.4 del RP: “si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad Judicial competente, la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados”. Nuestro TC ha admitido la realización de este tipo de pruebas, siempre con determinadas garantías en su sentencia nº 35/1996.

¹¹ Según el Tribunal Constitucional, en adelante TC, STC 35/1996, de 11 de marzo, estas pruebas deben ser declaradas válidas.

¹² En términos LUMMANIANOS, en cuando a sistemas vivos y comunicables.

los arts. 14.2, 339 y 478.1.º de la LECRIM, y sin embargo para el JVP por la aplicación de los art. 76.1 y 2 g) de la LOGP. Tratamos, en realidad, con una competencia subordinada a la sospecha sobre el origen del objeto que deba ser identificado en el interior del cuerpo del recluso, discriminando si nos encontramos o no ante un objeto prohibido en el Centro Penitenciario. De ahí, que si esos indicios, llevan a que el objeto a traspasar los muros del Centro Penitenciario se encuentra simplemente prohibido por el derecho penitenciario, sin ninguna incidencia penal, el competente sería el JVP. En cambio, en los casos del "porteador" de sustancias estupefacientes, la presunción de la posible cantidad que pueda llevar, determinará qué órgano judicial es el competente, aunque será el juez de guardia, si la solicitud se pide fuera de las horas de audiencia¹³.

También en orden a la comunicación del Director del Establecimiento con la autoridad judicial competente, en la decisión sobre la intervención, suspensión, restricción o prohibición de las comunicaciones orales y escritas de los internos, ingresados como detenidos o presos, ha generado conflictos competenciales, sobre todo en lo referente a los presos preventivos en Centros Penitenciarios. El régimen general viene predeterminado por el art. 51 de la LOGP¹⁴ que ha sido interpretado por el TS en diferentes resoluciones (autos de 16 de noviembre y 10 de diciembre de 1999 y 29 de marzo de 2000) y también por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 1998, concluyendo que el órgano competente será el JVP y no el juez de instrucción o tribunal a cuya disposición se encuentre. Es decir, para que la intervención de las comunicaciones de un interno pueda ser realizada por un juez de instrucción, las causas de esa decisión han de ser diferentes a las motivaciones del artículo 51 de la LOGP¹⁵.

¹³ Tutela Judicial en la ejecución de las penas, en: CASANUEVA SANZ, I. (Dir.), La ejecución las penas, Cuadernos Judiciales nº 15, Deusto Digital, 2019, p. 23.

¹⁴ Arts. 51.1 y 5 de la LOGP: "1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e Instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incommunicación judicial. 5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del Establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente".

¹⁵ En la reunión de JVP (mayo 2018), se aprobó el criterio de actuación n.º 6 en los términos que han quedado expuestos anteriormente, en el mismo sentido, LIDÓN, J. M., ob, cit, p. 24.

Como se ve, los conflictos competenciales que puede surgir por “las incidencias” durante la ejecución de la pena prisión, existen -entre otras causas- porque las competencias que asumen el JVP son de distinto orden y, además, no ha sido adaptadas plenamente a las distintas reformas que ha padecido el CP, entre ellas la relativa a “la libertad condicional-mostrándose a caballo entre distintas perspectivas que engloban lo administrativo, lo jurisdiccional y lo puramente ejecutivo, que sin desgajar plenamente de todas las facultades al tribunal sentenciador, fortalece por un lado el control sobre la ejecución de la pena de prisión, pero por otro, debilita aspectos procedimentales y ejecutivos, generando confusión en el plano competencial, que pretenden paliar los JVP con la aprobación de sus “Criterios de Actuación”. Todo esto hace, tal y como afirma ORTÍZ GONZÁLEZ, “que los propios jueces de vigilancia penitenciaria se convierten periódicamente en una especie de poder legislativo al ir actualizando sus criterios de actuación”¹⁶. Sin embargo, siendo cierta dicha afirmación, ésta debe ser tomada con las cautelas necesarias, pues cuando el TS ha tenido ocasión de pronunciarse, también lo ha hecho rompiendo con la exégesis de los Criterios de Actuación de los JVP¹⁷, tal y como ocurrió con el Acuerdo de Pleno de 28 de Junio de 2002, resolutorio de la presunta antinomia entre la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ¹⁸ y el art. 82.1.3 de la LOPJ, al disponer este, que las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal, de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los JVP en materia de ejecución de penas y del régimen de su cumplimiento. El TS en el citado acuerdo resolvió que las resoluciones del JVP relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y

¹⁶ ORTIZ GONZÁLEZ, A. L., Tutela Judicial en la ejecución de las penas, en CASANUEVA SANZ, I. (Dir)., La Ejecución de los Penas, Cuadernos judiciales, nº 15, Deusto Digital, 2019, p. 23.

¹⁷ El Criterio de Actuación de JVP celebrada en Madrid en octubre de 1985 (punto 24): “Ante las contradicciones existentes entre la Disposición Adicional 5ª y el art. 82.6 de la LOPJ en orden al órgano competente para conocer de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones del JVP en materia de ejecución de penas, procede estimar competente a la Audiencia Provincial del lugar donde se encuentre ubicado el establecimiento penitenciario”, posteriormente corregido por el acuerdo de pleno de 28 junio de 2002 del TS.

¹⁸ Como es sabido la DAª 5 de la LOPJ, es clara cuando diferencia las competencias para el conocimiento de los recursos de apelación, entre el órgano sentenciador y las Audiencias Provinciales del lugar donde esté radicado el centro penitenciario. El primero conocerá de los recursos de apelación cuando se trate de ejecución penas, y el segundo conocerá de los recursos de apelación en materia de régimen penitenciario.

queja) ante el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena, enmendando el criterio de los JVP que consideraban competente a la Audiencia Provincial del lugar donde esté ubicado el establecimiento penitenciario, marginando siempre a los órganos sentenciadores.

2. Incidencias en la ejecución de la pena de prisión desde la perspectiva de la víctima

No puede negarse que, en nuestro sistema procesal, el legislador ha mostrado cierto olvido a las necesidades de las víctimas. No es de extrañar que, en numerosas ocasiones, éstas tengan el sentimiento profundo de que al proceso penal simplemente acuden con una misión acreditativa que permite sustentar la acusación el Ministerio Fiscal, teniendo además dificultades prácticas para tan solo obtener información natural de su propia causa¹⁹, aunque no obstante y en la actualidad, debe subrayarse los avances legislativos, que derivados de la UE, han permitido un mayor protagonismo de la víctima en la Jurisdicción Penal.

Cuando las víctimas se encuentran inmiscuidas en un proceso penal, lo abordan desde dos planos bien diferenciados: desde sus expectativas para con el resultado del mismo, y por otro, desde la obtención de una reparación proporcional a lo sufrido. Estas necesidades han tenido un fuerte eco en la Unión Europea, que a través de la Decisión Marco (2001/220/JAI) del Consejo (UE) relativo al "Estatuto de la víctima en el Proceso Penal" recoge unas bases de actuación, de las que el Estado Español ha estado haciendo "caso omiso" hasta la consecución final de la publicación del Estatuto de la Víctima, el día 28 de Abril de 2015²⁰. En esta normativa de apoyo a las víctimas, se recogen

¹⁹ Es significativo en este aspecto las vivencias de las víctimas en los pasillos de los juzgados -en los que no existen salas de esperas para ellas- a las que se les priva de su protagonismo como perjudicadas, cuando no son parte, en las denominadas conformidades. Ni el Juez ni el Fiscal, tiene obligación de escucharlas. No entran en la Sala. Y simplemente se les comunica por el agente judicial, que como el abogado defensor y el Fiscal han llegado a una conformidad, ya pueden marcharse. (La explicación de la que es acreedora la víctima corre a cargo del Ministerio Fiscal conforme a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 8/10).

²⁰ El Estatuto de la Víctima aprobado por Ley 4/2015 obedece a una transposición de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y que tiene su origen más inmediato e importante, en términos de normativa europea, en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de

un conjunto de derechos y obligaciones, y se les reconoce el derecho *-entre otros, y siempre bajo solicitud previa-* a recibir información de la causa penal, como también a la notificación de la resolución por la que se acuerde iniciar o no el proceso, y a la de la Sentencia que ponga fin al mismo o las de las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares, tal y como vienen referidas en su art. 7.

Pero si lo anterior afecta al proceso penal en general, la participación de la víctima en el plano de “la ejecución penal” parecerse diluirse terminológicamente bajo conceptos de apariencia simétrica como “cumplimiento de la pena” y “ejecución de la sentencia”. En efecto, nuestro TC ha sido contundente en buscar una diferenciación *in términos* bajo el pretexto solvente de que el cumplimiento de la pena debe quedar reservado de manera exclusiva al propio Estado como titular del *ius Puniendi*²¹. Se pretende con ello, apartar a la víctima de un supuesto “derecho a castigar” para reforzar los aspectos resocializadores de la pena de prisión, de conformidad con la orientación que inspira nuestro art. 25.2 de la CE²². Sin embargo, como afirma RACIONERO CARMONA²³, la calidad de “parte” -a la víctima- no la convierte en órgano decisor, y además “la presencia del Ministerio Fiscal, de propio interno y de JVP, son suficientes para evitar que prosperen tales pretensiones”. En todo caso, y a modo de síntesis, el Estatuto de la Víctima concede a la víctima dos derechos singulares: por un lado, el de la información sobre cuestiones de ejecución que afecten a su seguridad, y por otro, el derecho a recurrir

15 de marzo de 2001. El Legislador español no solo ha tenido en cuenta las exigencias europeas sino que ha incorporado las demandas y necesidades de la sociedad española tal y como reza el propio Preámbulo de la Ley 4/2015, colmándose las exigencias de las asociaciones y fundaciones de víctimas, más interesadas en satisfacer sus deseos vindicativos e inocuidadores del condenado que en participar en el fin reeducador y resocializador de las penas privativas de libertad, Vid. RENART GARCÍA, F., La intervención de la víctima en la ejecución de la pena de prisión en España, en RDP, nº 52, 2015, p. 77.

²¹ ATC 373/1989, de 3 de julio y la STC 129/1995, de 11 de septiembre, SSTC 120/2000,234/1997, 55/1996, 150/1991 y 19/1988, 55/1996.

²² Baste para ello, consultar el Informe del Consejo de Estado, al Anteproyecto de Ley 4/2015 (Estatuto de la Víctima) que argumentó del siguiente modo: “la voluntad de dar a las víctimas un grado de protección elevado no puede hacerse interfiriendo el monopolio público estatal del *ius puniendi* en perjuicio de la finalidad resocializadora de las penas que consagra el artículo 25 de la CE”.

²³ RACIONERO CARMONA, F., La norma reguladora del procedimiento ante los JVP, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004, p. 134.

determinadas resoluciones del JVP que deben ser notificadas²⁴, y para decisiones relacionadas con los delitos de: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, delitos de robo cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo y delitos de trata de seres humanos²⁵.

En cualquier caso, de acuerdo con nuestra legislación y en el ámbito relativo a “la ejecución de la sentencia” tiene más encaje reparativo otros pronunciamientos de índole indemnizatoria, como la responsabilidad civil derivada del delito. De hecho, “las sensaciones” que ha venido transmitiendo el legislador en materia de atención a la víctima, parece circunscribirse al ámbito indemnizatorio, como si fuera la única consecuencia jurídica que realmente importa a quien ha sufrido la comisión de un hecho delictivo, intentando alejar “consideraciones” sobre el entendimiento de la reparación del daño como una cuestión privada ajena a las finalidades preventivas del derecho penal. En esta tesitura, la reforma de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) constituye una muestra fiel de este interés, pues introdujo el elemento de la “reparación del daño”²⁶ en el ámbito penitenciario, cuando además ya fue contemplada como un requisito necesario para obtener el beneficio de

²⁴ En los criterios de actuación de los JVP de mayo de 2018, (nº150) se recoge textualmente que: “No corresponde al JVP la función de informar personalmente a la víctima del derecho a recibir información contemplado en el artículo 5.1-m) y 2 del Estatuto en relación con las resoluciones a que se refieren los apartados e) y f) del artículo 7 del referido Estatuto. Entendemos que corresponde al tribunal sentenciador comunicar al centro penitenciario si la víctima ha ejercitado el derecho a recibir información”.

²⁵ Art. 13 del Estatuto de la Víctima, establece como “resoluciones” susceptibles de recurso por las víctimas: 1.- El auto que alza el periodo de seguridad por el que se posibilita la clasificación del penado en tercer grado antes de extinción de la mitad de la condena del artículo 36.2 del Código Penal. El artículo se refiere solo a la posibilidad de recurso por parte de la víctima al auto que alza el periodo de seguridad a efectos de clasificación en tercer grado, no a la clasificación en tercer grado que solo sería recurrible por el Ministerio Fiscal. 2.- El auto que resuelve conforme el artículo 78.3 del Código Penal que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo por la libertad condicional se refieran al límite de cumplimiento de condena y no a la suma de las penas impuestas. 3.- El auto de suspensión de la condena para la concesión de la libertad condicional.

²⁶ Gracias a la reforma protagonizada por la LO 7/2003, de 30 junio. Vid. Art. 72. 5 y 6 de la LOGP que exige la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito cuando se clasifica o se progresa a tercer grado al penado. También el art. 90 del CP, al regular la libertad condicional (ahora suspensión de la ejecución), requiere el pago de las responsabilidades civiles para su obtención, ahora entendida con la reforma de la LO 1/15 de CP, como suspensión de la ejecución.

la suspensión de la pena o la sustitución de la misma por entonces vigente. Se pretendía con ella, evitar que determinados internos, que habiendo cometido delitos patrimoniales con trascendencia social *-sin embargo, por la baja peligrosidad-*, accedieran sin problema al tercer grado pese a no haber respondido en ningún caso a las importantes cantidades económicas que se dictaban en la sentencia, en muchos casos ocultando su patrimonio²⁷.

Por otro lado, la cuestión del “control” de los pagos de la responsabilidad civil que efectúan los penados, no resulta tan pacífica como parece en el ámbito competencial. De hecho, el art. 125 del CP señala al Tribunal Sentenciador como el competente para controlar las incidencias en el pago y para acordar su fraccionamiento según su prudente arbitrio, siempre atendiendo a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, y es al JVP a quien corresponde acordar la progresión a tercer grado o la concesión de la libertad condicional, pero curiosamente sobre un elemento de la ejecución cuyo control no le corresponde; y que en cuanto que le es conocido, le lleva a decidir sobre esa clasificación, progresión y concesión o no de la libertad condicional²⁸. Esta polémica sobre el control de los pagos de la responsabilidad civil ha pretendido solventarse a través de los ya mencionados “Criterios de Actuación de los JVP” que fueron aprobados en mayo de 2018²⁹. Dentro de estos criterios, se acordó, entre otras cuestiones, que el JVP puede adoptar garantías para asegurar el pago futuro de la responsabilidad civil o puede valorar si el penado tiene voluntad inequívoca de reparar el daño. Todo ello al margen de las decisiones que haya podido adoptar el tribunal sentenciador³⁰.

²⁷ Todos recordamos al ex-director de la Guardia Civil condenado por Malversación de Caudales públicos y contra la Hacienda Pública a 31 años de prisión y 1500 millones de pesetas (nueve millones de Euros) de responsabilidad civil que pese a no ser abonada no le impidió acceder al tercer grado, luego revocado en apelación por la AP (AP Madrid 14 de Septiembre de 2005) al entender la Sala que no había dado muestras de una auténtica reinserción ni había dado explicación satisfactoria sobre el destino del dinero sustraído.

²⁸ ORTÍZ GONZÁLEZ, A. L., Tutela Judicial en la ejecución de las penas, en CASANUEVA SANZ, I (Dir.), La Ejecución de los Penas, Cuadernos judiciales, nº 15, Deusto Digital, 2019, p. 24.

²⁹ Criterios de mayo de 2018, del 27 al 30.

³⁰ ORTÍZ GONZÁLEZ, A. L., Tutela Judicial en la ejecución de las penas, en CASANUEVA SANZ, I (Dir.), La Ejecución de los Penas, Cuadernos judiciales, nº 15, Deusto Digital, 2019, pp. 13-14.

3. Incidencias en la ejecución de la pena de prisión desde la perspectiva del penado

a) La refundición de condenas

El condenado a pena prisión, puede sufrir dos o más condenas de esta naturaleza, algo trascendental a los efectos del cómputo necesario para la obtención de los denominados beneficios penitenciarios, cuya instauración legal debe ser considerado como un "aspecto positivo del cumplimiento", en cuanto que favorece la reinserción social, aunque sea necesaria su excarcelación. Ahora bien, no puede confundirse "la acumulación de condenas" con el instituto de la refundición de las mismas al amparo del art. 193.2 del RP. El concepto de acumulación de condenas está ampliamente ligado a la aplicación de art. 76 del CP³¹, y en consecuencia al Tribunal Sentenciador. En cambio, la refundición de condenas es labor de la oficina de régimen de la cárcel, que es puesta ulteriormente en conocimiento del JVP. Tratamos con cálculos peticionados por el código penal sobre la totalidad de la condena: Así, cuando un interno tenga varias condenas, estas deben ser refundidas y convertidas en una sola para hacer sobre ella, el cómputo de las $\frac{3}{4}$, $\frac{2}{3}$, $\frac{1}{4}$, o $\frac{1}{2}$ partes³².

Ahora bien, este "aspecto positivo de cumplimiento" puede sufrir a su vez, "la incidencia" de que los Centros Penitenciarios vayan proponiendo el licenciamiento definitivo de cada una de las condenas, según se avanza temporalmente en el cumplimiento, de tal manera que como afirma RÍOS MARTÍN "en ocasiones, las condenas se cumplan de una en una, o alguna condena se

³¹ En la refundición de condena no se pretende la determinación del límite máximo de cumplimiento de la pena del art. 76 de la CP -Triple de la mayor, o, 20, 25, 30 años- sino de refundir a los efectos de la libertad condicional. Estos cálculos se corresponden con la denominada "acumulación de condenas" justificada en base al art. 988 párrafo 3º, cuya competencia se atribuye como regla general al último Tribunal Sentenciador. Este máximo de cumplimiento de condena lo fija el JVP de la Jurisdicción de la que dependa el Centro Penitenciario en que se encuentre el penado, pudiendo instarse tal acumulación por el condenado, por el Ministerio Fiscal o procederse de oficio.

³² Estas fechas constarán en el expediente personal de interno, (l. 19/96), en el mismo sentido, RÍOS MARTÍN, J. C., La libertad condicional. Límites en el concurso real de delitos: especial referencia a la Sentencia Parot, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones, CGPJ, Madrid, 2006, p. 204.

ha quedado fuera del cómputo global por haber sido previamente licenciada, con el consiguiente perjuicio respecto de los plazos temporales ($\frac{1}{4}$ o $\frac{3}{4}$, etc.) para la obtención de los permisos o de la libertad condicional³³. Estas propuestas de licenciamiento, generan un problema grave sobre el tiempo material de cumplimiento y constituyen un error imputable a los Centros Penitenciarios, -a través de la oficina del régimen de la cárcel- que merecen la calificación de “materiales” y no de meramente procesales, puesto que no debe procederse al licenciamiento definitivo si la pena extinguida debió haberse acumulado a las anteriores pendientes de cumplimiento, tal y como lo ha entendido Resoluciones Judiciales, como el Auto de la AP de Málaga, sección 1ª de 21 de octubre de 1999, y de la AP de Toledo de 23 de marzo de 1999³⁴. Una de las soluciones para solventar esta anomalía, es la de solicitar al Tribunal Sentenciador la anulación del licenciamiento con la finalidad de que la condena licenciada se acumule al resto de condenas pendientes de cumplimiento, siempre que la situación de prisión sea ininterrumpida desde el momento en que quedó licenciada la condena, pues si quedó en libertad, aunque solamente fuese un día, la relación entre la administración y preso, se extingue³⁵.

b) Suspensión de la ejecución de la pena de prisión por trastorno mental grave una vez pronunciada sentencia firme. El protocolo (1-2/2020)

Otra de las incidencias que puede ocurrir a partir de pronunciamiento de la Sentencia firme, es que el penado caiga en una enajenación mental sobrevenida, tratando con lo que PACHECHO denominaba “Delincuente

³³ RÍOS MARTÍN, J. C., La libertad condicional, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones, CGPJ, Madrid, 2006, p. 206.

³⁴ En el mismo sentido, RÍOS MARTÍN, La libertad condicional, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones, CGPJ, Madrid, 2006, p. 206.

³⁵ RÍOS MARTÍN, J. C., La libertad condicional, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones, CGPJ, Madrid, 2006, p. 206, quien además referencia la STS de 4 de noviembre de 1994, por la que se debe revocar el licenciamiento definitivo de una causa cuyos hechos fueran próximos en el tiempo a los de la condena que se quiere refundir a los efectos de practicarse la oportuna rectificación en la acumulación de penas, y en la necesidad de atenerse a la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social.

Locos” cuyo régimen jurídico es afrontado por el art. 60 de CP³⁶, pues los casos en que la enajenación mental hubiera ocurrido durante el proceso, al régimen jurídico a aplicar será el de los arts. 381 y ss., de la LECRIM³⁷. De ahí, que cuando el penado se encuentra cumpliendo una pena de privativa de libertad, y le sobrevenga una enajenación mental de tal naturaleza que le impida comprender el sentido de la pena, el Director del Establecimiento lo podrá en conocimiento del JVP, remitiendo los oportunos informes médicos.

La particularidades de este procedimiento, vienen establecidas en la I-2/2020 (el 11 de Junio de 2020)³⁸ de la Secretaría General de IIPP (instituciones Penitenciarias), que establece un Protocolo de actuación al respecto, del que destaca precisamente los informes del equipo técnico del PAIEM³⁹ (Programa de Atención Integral al Enfermo Mental) entre los que deberá incluirse necesariamente un informe del especialista en psiquiatría, un informe

³⁶ Dispone el art. 60 del CP que cuando después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código. Establecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

³⁷ En el mismo sentido GARCÍA VALDES, C., Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir Nuevas Competencias., en: DE CASTRO ANTONIO, J. L., Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004, p. 89. La I-2/2020 (el 11 de Junio de 2020) de la Secretaría General de IIPP, también se refiere al caso de la detección de una posible enfermedad mental sobreenvenida en un interno en situación de prisión preventiva en Centro Penitenciario, en cuyo caso, previa valoración del especialista en psiquiatría referente del centro o de la Unidad de Hospitalización de Salud mental del Centro Hospitalario de referencia, se procederá a poner en conocimiento de la Autoridad judicial de la que dependa esta situación, a efectos de lo dispuesto en el artículo 383 LECrim.

³⁸ Instrucción Secretaría General de IIPP de 11 de junio de 2020. (I-2/2020).

³⁹ Art. 39 de la LOGP.

del médico del establecimiento, un informe psicológico y otro de carácter social⁴⁰. Esta Instrucción establece que, si el JVP acordara en aplicación de lo dispuesto en el art. 60 CP, la suspensión de la pena impuesta, y en consecuencia se le impusiera al penado el cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad⁴¹, como la del internamiento en un hospital psiquiátrico penitenciario, la Junta de Tratamiento solicitará a la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria, el correspondiente traslado del mismo. La Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria gestionará los ingresos de acuerdo con las camas disponibles en los hospitales psiquiátricos penitenciarios, estableciendo la correspondiente lista de espera; lo que evidentemente genera disfunciones y dificultades prácticas. En cualquier caso, en tanto se ejecuta el internamiento ordenado por enfermedad mental, el paciente deberá quedar bajo la supervisión del equipo técnico del PAIEM, permaneciendo, en su caso, en el departamento de Enfermería, comunicando dicha circunstancia al JVP. De estar indicado médicamente el ingreso en un centro especializado, se solicitará el mismo a los dispositivos no penitenciarios de referencia.

Por otro lado, en cuanto a la adopción de la medida de seguridad, esta se perfila de modo diferente a las previsiones del art. 97 del CP, y en cierta manera, será el Tribunal Sentenciador quien se encargue del control de la ejecución, desde el momento en el que el penado recobre su salud mental, pudiendo por razones de equidad, dar por extinguida la condena o reducir su duración, si el cumplimiento de la pena resulta innecesario o contraproducente⁴². Ahora bien, lo que sí puede generar problemas competenciales es el supuesto en el que penado a quien le fue suspendida la pena de prisión, luego que sustituida por una medida de seguridad, no recupere su salud

⁴⁰ Siguiendo la Instrucción de la Secretaría General de IIPP (I-2/2020) en lo relativo al informe social, se destaca la aplicación de la Instrucción 2/2018 del Manual de procedimiento de los Trabajadores Sociales en el medio penitenciario, debiendo contemplar las diferentes posibilidades de inclusión del interno en el medio comunitario no penitenciario. En este sentido, los informes de aplicación del artículo 60 CP destacarán en su caso, el recurso dependiente de los Servicios de Salud de la Comunidad Autónoma que pudiera ser más conveniente para el paciente desde un punto de vista terapéutico.

⁴¹ Habrá que estar a lo dispuesto en el apartado 3 de la Instrucción 19/11 sobre cumplimiento de las medidas de seguridad.

⁴² Art. 60 del CP.

mental, y en ese devenir, la misma deba ser mantenida, cesada o sustituida, en consonancia con el silencio del precepto. En la reunión de los JVP (2018) se aprobó el criterio de actuación 112.2.º, en el que se acordó que el control y en definitiva el seguimiento de la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico (por art. 60 del CP) corresponderá al JVP que suspendió e impuso la medida de seguridad con independencia del lugar de internamiento. Es más, también será el competente para resolver sobre el cumplimiento de la sentencia en caso de restablecimiento de la salud mental, si no hubiera prescrito, sin perjuicio de que el juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente⁴³. No obstante, el TS en auto de fecha Tribunal Supremo en Auto dictado el 31 de marzo de 2000, declaró que la competencia no puede ser objeto de interpretación extensiva, cuando resolvía una cuestión competencial entre un JVP y un tribunal Sentenciador⁴⁴.

c) La sanción disciplinaria y sus efectos en el régimen de cumplimiento. La Orden de Servicio 1/2019 de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción social

Otra de las incidencias objeto de consideración en el ámbito del cumplimiento de la pena prisión, es precisamente, la afectación por parte de los internos a la seguridad y al buen orden regimental. Tratamos sin duda con el denominado "régimen disciplinario penitenciario", que, desde luego, puede tener efectos importantes en el régimen de cumplimiento de la pena. La concepción del régimen penitenciario como un instrumento al servicio del tratamiento penitenciario, estimulando el sentido de la responsabilidad y el autocontrol del interno, hace de suma importancia analizar determinados aspectos de trascendencia penitenciaria que en el ámbito sancionador pueden ocurrir durante el cumplimiento de la pena de prisión.

⁴³ Criterios de actuación JVP (2018), en el mismo sentido, ORTIZ GONZÁLEZ, L., Tutela Judicial en la ejecución de las penas, en CASANUEVA SANZ, I. (Dir.), La Ejecución de los Penas, Cuadernos judiciales, nº 15, Deusto Digital, 2019, pp. 13-14.

⁴⁴ En el mismo sentido, ORTIZ GONZÁLEZ, L., Tutela Judicial en la ejecución de las penas, en CASANUEVA SANZ, I. (Dir.), La Ejecución de los Penas, Cuadernos judiciales, nº 15, Deusto Digital, 2019, pp. 13-14.

El primer aspecto es analizar si el régimen disciplinario afecta o no exclusivamente a los que se encuentran internos dentro de “un establecimiento penitenciario” o también a los que durante el cumplimiento se encuentran “fuera del mismo”. En este sentido, dispone el art. 41.1 de la LOGP que el régimen penitenciario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada⁴⁵. Se trata de una ratio legis que enlaza con la necesidad que sirve de fundamento al tratamiento penitenciario, excediendo del ámbito objetivo sancionador aquellas conductas infractoras realizadas por los reclusos fuera del establecimiento penitenciario. No obstante, es cierto que acudiendo al art. 231 del RP⁴⁶ parece inferirse que este régimen es de aplicación a las conductas realizadas durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas, pero también lo es, que constituye una extralimitación reglamentaria que atenta contra el art. 41.1 de la LOGP, y consecuentemente, contra el principio de jerarquía normativa⁴⁷. Del mismo modo, también puede invocarse para sostener la aplicación de régimen sancionador fuera de los establecimientos penitenciarios, el art. 4.1 de la LOGP⁴⁸ que obliga a los internos a mantener una actitud de respeto y consideración tanto en el establecimiento penitenciario como con ocasión de traslado, conducciones o práctica de diligencias. Ahora bien, como afirma FERNÁNDEZ ARÉVALO⁴⁹ esta previsión no es más que una aspiración o *Desiderátum*, no sancionable disciplinariamente, habida cuenta que el régimen disciplinario es de “los establecimientos”, tal y como recoge el propio art.

⁴⁵ Precepto desarrollado por el art. 231.1 del RP “el régimen disciplinario de los recursos estará dirigido a garantizar la seguridad y el buen orden regimental y para conseguir una convivencia ordenada, de manera que se estimule el sentido de la responsabilidad y la capacidad de auto-control”.

⁴⁶ Art. 231.2 del RP: “El régimen disciplinario se aplicará a todos los internos, con la excepción establecida en el art. 188.4 del RP, con independencia de su situación procesal y penitenciaria, tanto dentro de los centros penitenciarios como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que se realicen”.

⁴⁷ FERNÁNDEZ AREVALO, L., Régimen penitenciario, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004, p. 215.

⁴⁸ Vid. Art. 4.1 de LOGP: “los internos deberán: c) Mantener una actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos como fuera de ellos, con ocasión de traslado, conducciones o prácticas de diligencias”.

⁴⁹ FERNÁNDEZ AREVALO, L., Régimen, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004, p. 215.

41.1 de la LOGP, sin que se extienda a los comportamientos de los reclusos en sus salidas y traslados⁵⁰. En esta misma línea, la Orden de Servicio 1/2019 de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción social⁵¹, aboga por considerar como infracciones disciplinarias, aquellas conductas realizadas dentro del establecimiento, dejando las conductas realizadas fuera del Centro Penitenciario, antes sancionable, al margen del régimen disciplinario, sin perjuicio de que los interesados lo pongan en conocimiento de las autoridades competente para abrir si procede la vía penal, así como tener en cuenta penitenciarmente esas conductas en las valoraciones que en el futuro se realicen. Esta Orden de Servicio, se muestra además congruente con el propio RP de 1996 que circunscribe como fines y motivos del régimen disciplinario y de la imposición de sanciones a los internos, el “garantizar la seguridad y el buen orden regimental y conseguir una convivencia ordenada”, lo que hace difícil imaginar supuestos de afectación a estas finalidades, en el exterior del establecimiento penitenciario.

El segundo aspecto sobre el que debemos detenernos, redundante en la necesidad de calificar el régimen disciplinario como un régimen disciplinario especial -y, por tanto, diferenciado del régimen sancionador común- que se desarrolla dentro de la relación especial y particular del recluso con la administración penitenciaria. El problema radica cuando determinados hechos cometidos por internos son encuadrables tanto en el régimen disciplinario como en el código penal⁵², por cuanto se pone tela de juicio la afectación del principio non bis in ídem. Sin embargo, el art. 133 de la LRJAPPAC permite la doble sanción, siempre que no concurren la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. De ahí, que la conjunción penal y disciplinaria puede darse en la medida en que el castigo penal se fundamenta en la afectación a un bien jurídico tutelado en el código penal, por ejemplo, el patrimonio, en tanto

⁵⁰ FERNANDEZ ARÉVALO, L., Régimen, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004, p. 216, quien propone un ejemplo gráfico: las amenazas proferidas a un juez o a otro funcionario judicial en sede judicial, podrán ser sancionadas penalmente, pero no disciplinariamente, ya que no se advierte en qué medida atentan contra la seguridad o convivencia ordenada de las instituciones penitenciarias.

⁵¹ Orden de Servicio 1/2019 de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social.

⁵² Por ejemplo, el hecho de que un recluso sustraiga efectos, constituye una conducta que tiene encaje penal como robo o hurto, pero también disciplinaria pues el propio RP (art. 108.g) lo considera como una falta muy grave.

que el disciplinario, encuentra su fundamento en el ataque a la seguridad y la convivencia ordenada del establecimiento penitenciario, sin que esta depuración disciplinaria exima a las autoridades penitenciarias de su deber de denuncia penal, tal y como preceptúa el art. 234 del RP⁵³.

En otro orden de cosas, y en el ámbito de los efectos que produce la sanción disciplinaria⁵⁴, debe partirse de la necesidad de su anotación, de su vigencia, y desde luego, de que no se encuentre cancelada. Los efectos que producen en diferentes órdenes pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- 1.- Reiteración de infracciones: Por aplicación de lo dispuesto en el art. 44.3 LOGP y 235 del RP, se permite incrementar la sanción correspondiente en la mitad de su máximo.
- 2.- Sobre permisos ordinarios: Por aplicación de lo dispuesto en los art. 47.2 LOGP y 154 RP, permite considerar que no concurre en el penado el presupuesto objetivo de no observar mala conducta⁵⁵.
- 3.- Con respecto a los beneficios penitenciarios: Por aplicación del art. 204, 205 y 206 del RP, la buena conducta es requisito exigible respecto del adelantamiento de la libertad condicional y respecto del indulto particular.
- 4.- En relación con las clasificaciones penitenciarias: En atención al art. 65 de la LOGP, la conducta global del interno aparece como una manifestación

⁵³ Art. 234 del RP: “Aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 284 de la LECRIM, los hechos serán puestos en conocimiento del MF y de la autoridad judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias”.

⁵⁴ Como gráficamente expone FERNÁNDEZ AREVALO, L., Régimen, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004, p. 271, la anotación se asienta en el índice de situación penitenciaria. La anotación suele efectuarse generalmente en un estampillado en el que se registran los datos siguientes: número de registro del expediente disciplinario, fecha de comisión de los hechos, fecha del acuerdo sancionador adoptado por la comisión disciplinaria, calificación jurídica de la falta disciplinaria determinante de la sanción impuesta.

⁵⁵ Como refiere FERNÁNDEZ AREVALO, L., Régimen, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004, p. 272, autores como ASENCIO CANTISAN, CEZÓN GONZÁLEZ, o BUENO ARUS, critican el automatismo de las sanciones no canceladas para producir el efecto de no observar buena conducta, siendo que esta debe interpretarse acudiendo a la naturaleza de la infracción, la evolución conductual del penado, y a la convivencia de las necesidades de reinserción concurrentes en el penado concreto en el momento en que se suscita la controversia.

de la evolución de tratamiento a los efectos de progresión o regresión de grado. De tal manera, que de las sanciones disciplinaria de los internos puede inferirse la inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de la convivencia ordenada, por lo que en atención a lo dispuesto en el art. 102.5 e) RP se podrá aplicar el régimen cerrado.

- 5.- Con respecto a la libertad condicional: la buena conducta se contempla como criterio para su concesión.
- 6.- En relación con el derecho de participación: No podrán ser elegidos aquellos internos que tenga sanciones disciplinarias por faltas muy graves o graves sin cancelar⁵⁶.

II.- EL LICENCIAMIENTO DEFINITIVO. TRÁMITES. RESOLUCIÓN

Técnicamente el “licenciamiento definitivo” de una pena de prisión impuesta, se alcanzará una vez llegado el último de día de la duración de la misma, según la liquidación que de ella se hubiere realizado por parte del Juez o Tribunal sentenciador. Este órgano judicial que poco o nada tuvo que decir durante la ejecución de la misma⁵⁷, sin embargo, será el encargado de aprobar el licenciamiento definitivo mediante auto, una vez constatado que el condenado ha permanecido sometido al régimen penitenciario durante todo el tiempo indicado en la pena de prisión impuesta. Esta competencia

⁵⁶ Art. 57.7 del RP.

⁵⁷ Se ha criticado, que sea el Tribunal Sentenciador quien lleve a cabo el trámite forma del licenciamiento definitivo, cuando este órgano durante la ejecución de la condena poca intervención tiene, como no sea la emisión de informes sobre una propuesta de indulto, que se acentúan más si cabe, en aquellas condenas que están a punto de cumplirse, pasados bastantes años, una vez impuesta. Como dice GARCÍA-VALDES, C., Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L., Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004, p. 85, “ningún sentido vemos en ello, máxime cuando la experiencia nos demuestra que sido fuente de conflictos nada baladíes”, y pone como ejemplo, el que protagonizó la AN (Audiencia Nacional) al negarse a firmar los licenciamientos definitivos cuya fecha incluyera redenciones de pena aprobadas (en autos firmes) por los JVP por el tiempo disfrutado por españoles en prisiones extranjeras. Se trataba de un conflicto entre el órgano judicial encargado de aprobar beneficios penitenciarios (materia penitenciaria) y quien tiene la competencia para aprobar el licenciamiento (materia penológica). Por eso, el autor mencionado propone, que el art. 17.3 de la LOGP debería redactarse atribuyendo al JVP, previa Audiencia del Ministerio Fiscal, la aprobación de oficio o a propuesta de establecimiento, del licenciamiento de los penados para el día en que estos dejen extinguida su condena. Recibida la mencionada aprobación por el Centro Penitenciario éste habrá de comunicarla al Juez o Tribunal Sentenciador a los solos efectos de lo dispuesto en el art. 136 de CP.

es expresada por el art. 17.3 de la LOGP, cuando nos dice: “Para proceder a la excarcelación de los condenados será precisa la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal Sentenciador o la propuesta de libertad condicional por el JVP”.

Esta excarcelación se ejecutará materialmente a partir del recibo por parte del Centro Penitenciario del mandamiento de libertad emitido por el órgano sentenciador, así lo especifica el art. 22.3 del RP, cuando establece que “recibido en el centro el mandamiento de libertad, el Director o quien reglamentariamente le sustituya dará orden escrita y firmada al Jefe de Servicios para que sea cumplimentada por funcionarios a sus órdenes”. Ahora bien, si alguna característica debe ser reseñada en relación con el procedimiento liberatorio del interno, es sin duda alguna, “la precaución de identidad y de otras responsabilidades”. La primera, porque el funcionario encargado del servicio o, en su defecto, el que designe el Jefe de Servicios, deberá realizar la identificación de quien haya de ser liberado, cotejando las huellas dactilares y comprobando los datos de filiación, y le acompañará, posteriormente, hasta la salida del centro penitenciario⁵⁸. Y, en segundo lugar, porque antes de que el Director extienda la orden de libertad a que se refiere el apartado anterior, el funcionario encargado de la Oficina de Régimen procederá a realizar una completa revisión del expediente personal del interno, a fin de comprobar que procede su libertad por no estar sujeto a otras responsabilidades⁵⁹. Esta última cautela es trascendental para que el interno continúe⁶⁰ o no en el Centro Penitenciario, y sobre todo a los efectos de una posible “acumulación de condena” que deba practicarse conforme a lo previsto en el art. 196 del RP. En este sentido, debe tenerse en cuenta que aunque existan condenas ya licenciadas, estas deben incluirse para fijar el límite de cumplimiento⁶¹.

⁵⁸ Vid. art. 22.4 del RP.

⁵⁹ Art. 22.3 del RP.

⁶⁰ Art.29 del RP, nos dice: “Los Directores de los Establecimientos retendrán a los penados que, habiendo extinguido una condena, tengan alguna otra pendiente de cumplimiento, informando a aquéllos de la causa de la retención. Cuando la retención lo sea por tener pendiente otra causa en que se haya decretado prisión provisional, el Director lo comunicará a la Autoridad Judicial competente y al Centro Directivo para el traslado que, en su caso, proceda”.

⁶¹ Por ejemplo, el Auto AP Alicante 3ª 90/97, de 21 de marzo de 1997, considera que la refundición de condenas, al no haber salido de la prisión el interno, debe integrar también las penas que ya han sido licenciadas, dado las consecuencias que pueda tener en relación con la libertad

Los trámites referentes al licenciamiento definitivo de la condena vienen determinados en el art. 24 del RP, que en definitiva se resume en una comunicación-propuesta del Director de Establecimiento⁶² al Tribunal Sentenciador. Así, se dispone, que con una antelación mínima de dos meses al cumplimiento de la condena, el Director del Establecimiento formulará al Tribunal Sentenciador una propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia, de tal modo, que si en quince días antes de la fecha propuesta para la libertad definitiva no se hubiese recibido respuesta, el Director del Establecimiento reiterará la propuesta al Tribunal sentenciador, significándole que, de no recibirse orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

En el momento de la excarcelación de detenidos, presos o penados, se expedirá y entregará al liberado certificación acreditativa del tiempo que estuvo privado de libertad o de la situación de libertad condicional en su caso, así como, si lo solicita el interno o debe proseguir su tratamiento médico, informe sobre su situación sanitaria y propuesta terapéutica. En dicho informe médico no constará referencia alguna que indique que ha sido expedido en un Centro Penitenciario. Si el interno careciese de medios económicos, la Administración Penitenciaria le facilitará los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos (billete para el viaje y ayuda económica)⁶³.

Por lo que respecta a la posibilidad de recurrir el auto de licenciamiento, El TS si bien considera que no ha mantenido una postura unánime, dictando dos resoluciones antagónicas sobre esta cuestión, una en 2006 y otra 2007, decidió unificar su doctrina, inclinándose por una interpretación

condicional, con independencia del grado en que se encuentre el interno y las que se refiere a la oficina del régimen.

⁶² Las propuestas de libertad definitiva de los liberados condicionales se formularán por el Director del Centro a que estén adscritos. En el expediente personal del penado se extenderá la oportuna diligencia de libertad definitiva, tanto si la liberación tiene lugar en el Centro como si la última parte de la condena se ha cumplido en situación de libertad condicional, expidiéndose y remitiéndose certificaciones de libertad definitiva al Tribunal sentenciador y al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 24 del RP).

⁶³ Art. 30 del RP.

pro-recursos contra aquellos, bajo el fundamento de que afectan al núcleo esencial de la ejecución penal, y siempre que no se trate de un acto de determinación de fecha automática en la medida en que refiere a una condena firme en ejecución y de señalamiento de una fecha de cumplimiento, sino más bien, cuando incorpore una decisión de acumulación de otras penas, o porque resuelve un abono de prisiones preventivas o el abono de tiempos de privación de libertad sufridas en otras causas o en el extranjero, o supongan una resolución que excede del mero señalamiento de un término de cumplimiento y, por ello, supone una resolución cuyo contenido no es el derivado del mero automatismo⁶⁴.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ AREVALO, L., Régimen penitenciario, en DE CASTRO ANTONIO J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004.

GARCÍA VALDES, C., Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir Nuevas Competencias, en DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004.

MORILLAS CUEVAS, L., Valoración político criminal sobre el sistema de penas el CPE, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2003.

ORTÍZ GONZÁLEZ, A. L., Tutela Judicial en la ejecución de las penas, en: CASANUEVA SANZ, I. (Dir.), La Ejecución de los Penas, Cuadernos judiciales, nº 15, Deusto Digital, 2019.

ORTIZ GONZALEZ, A. L., La figura del Defensor del Pueblo y Actuaciones con las personas privadas de libertad, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L., Derecho penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones, CGPJ, Madrid, 2006.

⁶⁴ STS 271/2017, de 14 de septiembre.

RACIONERO CARMONA, F., La norma reguladora del procedimiento ante los JVP, en: DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho penitenciario II, CGPJ, Madrid, 2004.

RENART GARCÍA, F., La intervención de la víctima en la ejecución de la pena de prisión en España, RDP nº 52, 2015.

RÍOS MARTÍN, J. C., La libertad condicional. Límites en el concurso real de delitos: especial referencia a la Sentencia Parot, en DE CASTRO ANTONIO, J. L. (Dir.), Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones, CGPJ, Madrid, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., ¿Política criminal del Legislador, del Juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código Penal, La Ley, 1998.

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE CHILE, ARGENTINA Y ESPAÑA

Laura Íñigo Álvarez¹

Doctora en Derecho

(Universidad de Sevilla -España- y Universidad de Utrecht -Países Bajos-)

Resumen: la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad ha vuelto a resurgir en relación con la causa abierta en Argentina contra los crímenes del Franquismo cometidos en España. La Corte Suprema de Chile y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina han accedido a enjuiciar acciones penales por crímenes de lesa humanidad basándose en el principio de imprescriptibilidad penal de estos delitos y en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha ofrecido una interpretación muy restrictiva de dicho principio aludiendo a la imposibilidad de aplicar la imprescriptibilidad de forma retroactiva e impidiendo el enjuiciamiento de posibles crímenes de lesa humanidad cometidos en el periodo comprendido entre 1936 y 1977. El presente artículo tiene por objeto analizar la argumentación ofrecida por dichos tribunales en relación con la aplicación de dicho principio, así como los posibles obstáculos procesales planteados.

¹ linigo@us.es

Palabras clave: crímenes de lesa humanidad, imprescriptibilidad, reoactividad, amnistía, jurisprudencia, acción penal, Chile, Argentina, España.

I.- INTRODUCCIÓN

Tras la Segunda Guerra Mundial, y en particular, con los juicios de Núremberg y Tokio se produjo un desarrollo progresivo del Derecho Penal Internacional y de sus principios rectores. Entre estos principios, uno de los pilares centrales es el de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. Dicho principio fue recogido en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad adoptada en 1968 (en adelante la Convención de 1968)². En su preámbulo la Asamblea de la ONU justificaba la necesidad de dicha convención debido a que “en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo” y, asimismo, porque “la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales”³.

En este sentido, la prescripción de los crímenes internacionales favorecería la impunidad y vulneraría el acceso a la justicia y el deber de prevenir, investigar y sancionar violaciones graves de los derechos humanos. Además, de acuerdo con Aguilar Caballo, “la posibilidad de aplicar la prescripción extintiva o liberatoria a las acciones derivadas de crímenes internacionales pone en peligro la completa realización del derecho a la verdad”⁴.

Si bien dicha Convención sólo contó con la ratificación de cincuenta y cinco Estados, este principio ha sido finalmente consagrado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 en su artículo 29, el cual indica

² Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2391 (XXIII), de 26 de noviembre de 1968 y con entrada en vigor el 11 de noviembre de 1970.

³ Preámbulo de la Convención, párrs. 3º y 5º.

⁴ AGUILAR CAVALLO, G. “Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 14, n° 2, 2008, p. 157.

que “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”⁵. En particular, estos crímenes son el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, y desde el 17 de julio de 2018 el crimen de agresión⁶. Asimismo, este principio ha sido fortalecido por la práctica de los Estados en relación con el enjuiciamiento de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en sus respectivas jurisdicciones. Entre dichas jurisdicciones, destaca la jurisprudencia emanada de países como Chile y Argentina a la hora de enjuiciar los crímenes cometidos en las dictaduras militares de los años 70 y 80. Por el contrario, España ha evitado el enjuiciamiento de posibles crímenes cometidos durante la dictadura Franquista.

A la vista de los presupuestos apuntados, el presente artículo tiene por objeto analizar la jurisprudencia de los tribunales de Chile, Argentina y España a la hora de aplicar el principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales. En particular, este artículo prestará especial atención a los crímenes de lesa humanidad cometidos en los contextos de dictaduras militares y a la cuestión de la posible aplicación retroactiva de dicho principio, siendo éste un tema que aún genera intensos debates.

II.- LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: NATURALEZA Y POSIBLE APLICACIÓN RETROACTIVA

Con respecto al principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, una de las cuestiones más controvertidas es la de su posible aplicación con efecto retroactivo. Este tema fue ampliamente debatido durante la adopción de la citada Convención de 1968. Esta Convención requiere que los Estados parte se comprometan a adoptar todas aquellas medidas con el objeto de abolir la prescripción de la acción penal por crímenes de guerra y de lesa humanidad “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”⁷.

⁵ Art. 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional adoptado el 17 de julio de 1998, con entrada en vigor el 1 de julio de 2002.

⁶ Art. 5 del Estatuto de Roma.

⁷ Art. 1 Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968).

Ante esto algunos Estados argumentaron que la posible aplicación retroactiva de la Convención iría en contra de la prohibición de aplicación retroactiva de los delitos y las penas recogida en el Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸. En este sentido, al ratificar la Convención, México realizó una declaración interpretativa entendiendo que sólo aplicaría la imprescriptibilidad a crímenes cometidos tras la entrada en vigor de la Convención respecto a México, excluyendo por tanto su aplicación retroactiva⁹.

En relación con la cuestión de su posible aplicación retroactiva, existen distintas posiciones doctrinales¹⁰. Una parte de la doctrina considera que el instituto de la prescripción es una barrera procesal que impide el enjuiciamiento, pero no afecta a la culpabilidad del autor. Desde este punto de vista, Fletcher considera que era constitucionalmente admisible que la legislatura alemana eliminara el plazo de prescripción de veinte años con respecto al delito de asesinato con efecto retroactivo¹¹.

Otro sector argumenta que la prescripción es un elemento sustantivo de defensa que elimina la culpabilidad del autor y, por tanto, se prohíbe cualquier modificación de la prescripción que vaya en detrimento del reo¹².

Por último, otros autores toman una posición intermedia y distinguen entre aquellas situaciones donde no ha caducado aún la prescripción y

⁸ De acuerdo con el Art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito [...]”.

⁹ Declaración interpretativa de México a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 3 de julio de 1969, en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-6&chapter=4&clang=_en#EndDec (acceso el 6 de septiembre de 2019).

¹⁰ Véase HESSBRUEGGE, J., “Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes”, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 43, No. 4, 2012 disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2408957, pp. 15-16.

¹¹ FLETCHER, G. P., *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press 1998, pp. 13-14.

¹² KOK, R. A., *Statutory Limitations in International Criminal Law*, Springer 2007, p. 371.

aquellas donde sí¹³. Sólo en este último caso, la supresión de la prescripción con efecto retroactivo estaría prohibida.

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el carácter consuetudinario del principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, afirmando además su naturaleza de norma *de ius cogens*. Así, en el caso *La Cantuta*, la Corte declaró que “el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro, ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”¹⁴.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Kononov*, en relación con el enjuiciamiento de un soldado en Letonia en 1998 por crímenes de guerra cometidos en 1944, confirmó la legalidad de la legislación letona incluyendo la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra. En este caso, el TEDH entendió que “[...] en 1944 no había fijado ningún plazo de prescripción por parte del derecho internacional sobre la prescripción de crímenes de guerra, y en su evolución posterior a 1944, el derecho internacional jamás estableció normas en virtud de las cuales los crímenes de guerra atribuidos al demandante habrían prescrito”¹⁵. De este modo, los crímenes de guerra cometidos por dichos soldados no habían prescrito de acuerdo con el Derecho Internacional ni de acuerdo con la legislación letona que otorgaba a sus tribunales jurisdicción sobre tales crímenes de guerra con efecto retroactivo. Por último, en cuanto a la jurisprudencia de los tribunales nacionales, procederemos a analizar la interpretación de dicho principio y su posible aplicación retroactiva.

¹³ HESSBRUEGGE, J. (2012), p. 16. Véase también la Decisión de la Corte Constitucional alemana, BVerfGE 25, 269, 26 de febrero de 1969.

¹⁴ *Caso La Cantuta vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia sobre fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162, párr. 226, p. 108.

¹⁵ *Asunto Kononov c. Letonia*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Demanda nº 36376/04, 17 de mayo de 2010, párr. 232, p. 82.

III.- LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

Los tribunales chilenos han tratado la cuestión de la imprescriptibilidad de las acciones penales por crímenes de lesa humanidad de forma gradual. Entre uno de sus primeros pronunciamientos respecto a este tema, podemos citar el caso *Juan Contreras Sepúlveda y otros* ante la Corte Suprema de Chile que resolvía un recurso de casación¹⁶.

La Corte Suprema de Chile confirmó la condena de Miguel Krassnoff Martchenko, Juan Manuel Contreras Sepúlveda y otros en un caso de desaparición forzada que tuvo lugar en 1975. Este pronunciamiento es el último de una serie de casos conjuntos conocidos como “Villa Grimaldi” relativos a los centros secretos de detención y tortura operados por la Dirección de Inteligencia Nacional de Chile (DINA) de 1974 a 1976 durante la dictadura de Pinochet. Los recurrentes afirmaron, entre otros motivos, que los sentenciadores de la instancia dejaron de aplicar la normativa atinente a la prescripción de la acción penal incurriendo así en contravención de ley¹⁷. En este caso, los juzgadores de instancia entendieron que el delito de desaparición forzada de personas constituía un crimen de lesa humanidad y, por tanto, era imprescriptible de acuerdo con los tratados internacionales en la materia. Sin embargo, la Corte Suprema ofreció otra argumentación respecto a la prescripción de la acción penal. En concreto, la Corte argumentó que el delito de secuestro, a su vez de desaparición forzada, era un delito permanente y, por tanto, la prescripción sólo podía operar una vez que éste hubiera terminado¹⁸. Por tanto, al no conocerse el paradero de la víctima el delito de desaparición forzada seguía cometiéndose y no habría lugar a la prescripción.

De acuerdo con Lafontaine, el fallo de la Corte Suprema habría sido más interesante por lo que podría haber dicho que por lo que realmente dijo¹⁹.

¹⁶ *Juan Contreras Sepúlveda y otros (crimen) casación fondo y forma (Caso Sandoval)*, Corte Suprema, 517/2004, Resolución No. 22267. Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004.

¹⁷ *Ibid.*, Considerando 27º.

¹⁸ *Ibid.*, Considerandos 37º a 39º.

¹⁹ LAFOINTAINE, F. “No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile”, *Journal of International Criminal Justice* 3, 2005, p. 470.

Aunque el fallo resultaba positivo en relación con la protección de los derechos humanos en Chile, la Corte erró al no caracterizar específicamente el delito como un crimen contra la humanidad, lo que podría haber tenido consecuencias específicas en el derecho internacional con respecto a la aplicabilidad de la amnistía y a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales²⁰.

En pronunciamientos posteriores, la Corte Suprema sí ha desarrollado el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad de forma pormenorizada. Entre otros, destaca el caso *Molco* donde la Corte acogió la casación e invalidó la sentencia que había absuelto a los acusados por considerar prescrito el delito de homicidio calificado cometido el 23 de diciembre de 1973 contra los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria²¹.

En su argumentación la Corte Suprema se basó en el carácter consuetudinario del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad recogido en el artículo 1 de la Convención de 1968. En particular, la Corte indicó que dicha disposición “se limita a declarar la vigencia de una norma consuetudinaria preexistente sobre la materia, que es independiente, de la entrada en vigor en el ámbito interno del tratado que la recoge y que vincula aun a los Estados que, como el nuestro, no forman parte del tratado, por tener su misma fuerza obligatoria”²². De este modo, la Corte consideró aplicable dicho principio aun cuando Chile no hubiera suscrito la Convención ni estuviera en vigor el Estatuto de Roma en la fecha de comisión del delito²³.

Además, en la sentencia se hizo referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dicha materia²⁴. Los sucesivos

²⁰ *Ibid.*, p. 471.

²¹ *Caso homicidio calificado Paulino Flores Rivas y otro (Caso Molco)*, Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo. Rol No 559-2004. Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2006.

²² *Ibid.*, Considerando 27º.

²³ Véase el análisis de esta sentencia en AGUILAR CAVALLLO, G. “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador”, *Estudios Constitucionales*, Año 7, No 1, 2009, pp. 91-136.

²⁴ *Caso homicidio calificado Paulino Flores Rivas y otro (Caso Molco)*, Considerando 19º.

pronunciamientos de la Corte Suprema han ido en la misma línea y han condenado a los agentes del régimen de Pinochet por secuestros y torturas²⁵.

IV.- LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) también ha desarrollado ampliamente el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante los períodos de dictaduras militares en Chile y Argentina. Cabe destacar que la Corte Suprema se ha valido de la jurisprudencia de los tribunales internacionales considerando sus sentencias "de cumplimiento necesario (y obligatorio), al tiempo que significan una necesaria "guía interpretativa"²⁶. Entre sus pronunciamientos, cabe señalar el caso *Arancibia Clavel* y el caso *Simón, Julio Héctor y otros*²⁷.

El primer caso trata de la condena de Arancibia Clavel, funcionario de la DINA en Chile, acusado de participación en una asociación ilícita durante los años 1974 y 1978 para cometer delitos de lesa humanidad. De forma similar a la Corte Suprema de Chile, la CSJN dictaminó que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad desplazaba al ordenamiento jurídico interno debido a su naturaleza consuetudinaria y de *ius cogens*. En concreto, la CSJN argumentó que "al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad"²⁸.

²⁵ "La Corte Suprema de Chile dictó la mayor condena de la historia del país por delitos de lesa humanidad", *Infobae*, 23 de marzo de 2017 en <https://www.infobae.com/america/america-latina/2017/03/23/la-corte-suprema-de-chile-dicto-la-mayor-condena-de-la-historia-del-pais-por-delitos-de-lesa-humanidad/> (acceso el 11 de septiembre de 2019).

²⁶ SOMMER, C. G. "La imprescriptibilidad de la acción reparatoria por crímenes de lesa humanidad y la responsabilidad del Estado. Comentarios sobre la jurisprudencia y la legislación argentinas", *Revista Derecho del Estado* No. 41, julio-diciembre de 2018, p. 292.

²⁷ Caso *Arancibia Clavel*, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Causa No. 259. Sentencia de 24 de agosto de 2004; Caso *Simón, Julio Héctor y otros*, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Causa No. 17.768. Sentencia de 14 de junio de 2005. Anteriormente, en el caso *Priebke*, la Corte Suprema ya había señalado la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad en relación con los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.

²⁸ Caso *Arancibia Clavel*, Considerando 31º.

La CSJN hizo hincapié en que no se trataba de la aplicación retroactiva de una norma internacional convencional sino de la vigencia previa de tal principio a la aprobación de la Convención de 1968. Asimismo, la CSJN fundamentó su decisión en el precedente establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos*²⁹. De acuerdo con Sommer, dicha decisión planteó críticas sobre la interpretación de dicho principio argumentando que en la época de los hechos no existía una práctica internacional general que le otorgara el carácter de tal norma³⁰. A pesar de dichas críticas, los tribunales argentinos han venido considerado que la imprescriptibilidad penal de los crímenes de lesa humanidad prevalece sobre preceptos procesales nacionales como la prescripción, aun cuando Argentina hubiera ratificado la Convención de 1968 con posterioridad a la comisión de los hechos.

El segundo caso trata de la condena de Julio Héctor Simón, un ex oficial de la policía federal argentina, por delitos de secuestro cometidos en 1978 durante la dictadura militar argentina. En su fallo, la CSJN se refirió a las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de la ONU respecto a Argentina, el cual ya había indicado que “Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores”³¹.

Con respecto a la posible vulneración del principio de legalidad alegada por el recurrente por aplicación retroactiva de la ley penal, el Magistrado D. Boggiano explicó que el principio de legalidad no colisiona, sino que complementa al de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. En este sentido, el artículo 118 de la Constitución argentina sirve de fundamento de la acción penal en aquellos casos donde se vulnera el *derecho de gentes*, como es el caso de los delitos de desaparición forzada. Por tanto, de acuerdo con el Magistrado, el artículo 118 de la Constitución argentina “incorpora al

²⁹ Caso *Arancibia Clavel*, Considerando 35º.

³⁰ SOMMER, C. G. (2018), p. 293.

³¹ Caso *Simón, Julio Héctor y otros*, Considerando 33º, p. 43 en relación con Observación General N° 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones (2004).

orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad”³². Por el contrario, en un voto disidente, el Magistrado D. Fayt entendió que la aplicación de la Convención a los hechos de la causa no cumplía con el requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad³³.

V.- LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Con respecto a la jurisprudencia de los tribunales españoles, existe una discordancia entre el papel protagonista que ha tomado respecto a la persecución de crímenes internacionales cometidos en el exterior con arreglo a la jurisdicción universal, y su inexistente rol respecto a los posibles crímenes cometidos durante la dictadura franquista en España³⁴. En este contexto, conviene analizar las sentencias del Tribunal Supremo 798/2007 y la 101/2012³⁵.

En la primera sentencia, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en relación con la condena del exmilitar argentino Adolfo Scilingo por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura argentina (1976-1983), siendo ésta la primera vez que la justicia española condenaba a un imputado por crímenes contra la humanidad por delitos cometidos en el extranjero. En cuanto a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, el Tribunal Supremo reconoce la existencia de dicho principio y su aplicación a los crímenes internacionales si bien no entra a valorar el elemento de la prescripción porque considera que “no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querrela o hasta el acuerdo del Juez para citar como imputado al recurrente”³⁶. Sin embargo, resulta relevante analizar su postura respecto a la posible vulneración del principio de legalidad. En este sentido, el Tribunal Supremo argumenta que:

³² Caso *Simón, Julio Héctor y otros*, Voto particular D. Antonio Boggiano, Considerando 49º, p. 58.

³³ Caso *Simón, Julio Héctor y otros*, Voto disidente D. Carlos S. Fayt, Considerando 37º, p. 155.

³⁴ EASTERDAY, J. “No justice cascade in Spain”, IntLawGrrls Blog, 7 de marzo de 2012 en <http://www.intlawgrrls.com/2012/03/no-justice-cascade-in-spain.html> (acceso 11 septiembre 2019).

³⁵ Véase Sentencia del Tribunal Supremo 798/2007, de 1 de octubre de 2007, Número de recurso 10049/2006; Sentencia del Tribunal Supremo 101/2012, de 27 de febrero de 2012, Número de recurso 20048/2009.

³⁶ STS 798/2007, FJ 6º, párr. 6.

“[...] no se vulnera el principio de legalidad si la condena se impone por hechos que constituían delitos de asesinato y detención ilegal en el momento de su comisión, tanto conforme al derecho interno español como al argentino, pues la previsibilidad de la punibilidad era indiscutible. En segundo lugar, la previsión internacional relativa a la persecución y castigo de conductas constitutivas de crímenes contra la Humanidad era notoriamente anterior en el tiempo a los hechos enjuiciados, por lo que su valoración tampoco vulnera el referido principio”³⁷.

Sin embargo, con respecto al delito de tortura, el Tribunal Supremo absolvió al acusado entendiendo que “en la fecha de los hechos tal conducta no aparecía aún en el Código Penal español, en el que se introdujo en el artículo 204 bis por la Ley 31/1978, de 17 de julio [...]”³⁸. En todo caso, respecto a los delitos anteriores el Tribunal Supremo sí consideró aplicable la figura de los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura argentina, con su consiguiente imprescriptibilidad, y confirmó la condena al recurrente por tales hechos.

En la sentencia 101/2012, también conocida como el caso *Manos Limpias y Asociación Libertad e Identidad vs Baltasar Garzón*, el Tribunal Supremo resuelve la causa abierta contra el juez Garzón por la posible comisión de un delito de prevaricación judicial en los denominados “juicios de la verdad”. El auto del juez Garzón asumía la instrucción del procedimiento iniciado por los familiares de desaparecidos y fallecidos durante la guerra civil española y los años de posguerra. En la resolución del recurso, el Tribunal Supremo argumenta que el juez Garzón había hecho una interpretación errónea del derecho con respecto a la calificación de los hechos, la prescripción de la acción penal y la ley de amnistía. En relación con la cuestión de la prescripción, el Supremo sostiene que el principio de imprescriptibilidad penal de los delitos de lesa humanidad no tiene aplicación retroactiva, sino sólo de futuro, en concreto, sólo aplicable a partir del 1 de octubre de 2004 cuando se incorporó el artículo 607 bis al Código Penal español (delitos de lesa Humanidad)³⁹.

³⁷ STS 798/2007, FJ 8º.

³⁸ STS 798/2007, FJ 6º, párr. 6.

³⁹ En concreto el Supremo indicaba que “[...] aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha

De acuerdo con el Supremo, tal aplicación retroactiva entraría en contradicción con el principio de legalidad, afirmando así que:

“[...] La garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 Constitución española) prohíben sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 del Código penal). Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional”⁴⁰.

El Supremo justificaba así la imposibilidad de enjuiciar tales hechos por una posible colisión con el principio de legalidad, contradiciendo su anterior jurisprudencia. Esta línea jurisprudencial ha sido confirmada por los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional en varios autos de octubre de 2018 los cuales han denegado el cumplimiento de las comisiones rogatorias enviadas por los tribunales argentinos en relación con la llamada “querrela argentina” remitiéndose a la doctrina expresada por el Tribunal Supremo en la sentencia 101/2012 y a la imposibilidad de aplicar el principio de imprescriptibilidad de los crímenes internacionales de forma retroactiva⁴¹. Dicha denegación supone a su vez un obstáculo procesal en la investigación llevada a cabo por los tribunales argentinos al no poder acceder a documentos ni a declaraciones mediante dicho auxilio judicial.

sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código penal”. STS 101/2012, FJ 3º, párr. 2.

⁴⁰ STS 101/2012, FJ 3º, párr. 1.

⁴¹ Estos autos son el AAN 1906/2018 y el AAN 1907/2018, de 22 de octubre de 2018. Véase también ÍÑIGO ÁLVAREZ, L. “Challenges of Universal Jurisdiction: the Argentinian Complaint against Franco-era crimes and the Lack of Cooperation of the Spanish Judicial Authorities”, Utrecht Centre for Accountability and Liability Law Blog, 3 de junio de 2019. <http://blog.uCALL.nl/index.php/2019/06/challenges-of-universal-jurisdiction-the-argentinian-complaint-against-fran-co-era-crimes-and-the-lack-of-cooperation-of-the-spanish-judicial-authorities/> (acceso 11 septiembre 2019).

VI.- CONCLUSIONES

En relación con la aplicación del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español se opone frontalmente con la expresada por la Corte Suprema de Chile y la CSJN Argentina, las cuales han desplazado las disposiciones nacionales en favor de la aplicación de las provisiones del derecho internacional. Para los tribunales de Chile y Argentina, el principio de imprescriptibilidad penal de los delitos de lesa humanidad es de carácter consuetudinario ya que su existencia precede a la propia Convención de 1968 y, asimismo, tiene naturaleza de *ius cogens*. De este modo, para dichos tribunales la aplicación retroactiva de dicho principio no entraría en conflicto con el principio de legalidad en el derecho penal. Por el contrario, el Tribunal Supremo español ha seguido una línea jurisprudencial diferente respecto a los delitos cometidos en el extranjero y los posibles crímenes de lesa humanidad cometidos en España entre 1936 y 1977. En este último caso, el Tribunal Supremo ha mantenido la imposibilidad de juzgar crímenes de lesa humanidad en España en dicho período. Entre sus argumentos, el tribunal español ha aludido a la vulneración del principio de legalidad porque se aplicaría una ley penal desfavorable con efecto retroactivo. Sin embargo, esta argumentación iría en contra de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, los cuales han mantenido el carácter de *ius cogens* del principio de imprescriptibilidad penal de los crímenes de lesa humanidad. Asimismo, los pronunciamientos del Tribunal Supremo colisionarían con las recomendaciones que el Comité de Derechos Humanos de la ONU hizo a España en 2008 donde se pedía al Estado español que tomara “las medidas legislativas necesarias para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad por los tribunales nacionales”⁴².

⁴² Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de la ONU a España, 94º período de sesiones, Ginebra, 13 a 31 de octubre de 2008, UN Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, p. 2, párr. 9.

LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE JUECES Y MAGISTRADOS Y SU RELACIÓN CON LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Pilar Martín Ríos¹

Profesora Titular de Derecho Procesal
(Universidad de Sevilla. España)

Sumario: I.- El deber del Ministerio Fiscal de velar por la imparcialidad judicial y su intervención en el procedimiento disciplinario. II.- Naturaleza de las actuaciones. III.- Alcance y límites de dicha actuación: los riesgos de extralimitación.

I.- EL DEBER DEL MINISTERIO FISCAL DE VELAR POR LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y SU INTERVENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

En aplicación de lo dispuesto en el art. 124.1 de la Constitución Española (CE) y en el art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), que atribuyen al Ministerio Fiscal la misión de velar por la independencia de los Tribunales, resulta lógico que en el procedimiento sancionador se exija, como garantía de tal independencia, la intervención de éste.

¹ pilarmar@us.es

Gran parte de las infracciones disciplinarias que se prevén en la Ley Orgánica del Poder Judicial² (arts. 417 a 419) se refieren, precisamente, a una posible falta de independencia del juez o magistrado en el ejercicio de su función jurisdiccional³. En alguna otra ocasión, sin embargo, la actuación del Ministerio Fiscal pareciera encontrar mayor justificación en el cumplimiento de su deber de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”, que en el de velar por dicha independencia⁴.

La reciente sentencia del Tribunal Constitucional 9/2018, de 5 de febrero, sintetiza a la perfección las razones de dicha intervención fiscal, a la par que subraya su carácter excepcional:

“la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento sancionador contra jueces y magistrados es una previsión única, que no tiene lugar en expedientes disciplinarios de ningún otro funcionario público, que se justifica en virtud de razones específicas, excepcionales, como garante de la legalidad y con la misión constitucional explícita de “velar por la independencia de los Tribunales” (art. 124.1 CE), que podría verse comprometida en tales actuaciones disciplinarias”.

Sin embargo, dejando ahora al margen esta intervención, prevista para cuando el procedimiento sancionador ya está iniciado, interesa traer a colación otra forma de actuación del Ministerio Fiscal en materia disciplinaria judicial. Nos referimos, en este momento, a la actividad preprocesal, investigadora, que puede llevar a cabo el Ministerio Fiscal con objeto de delimitar la existencia de alguna causa que le lleve a denunciar una presunta infracción de naturaleza disciplinaria por parte de un juez o magistrado.

² En adelante, LOPJ.

³ Así sucede, por ejemplo, cuando se alude a la afiliación a partidos políticos o sindicatos, a la intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado, o a la inobservancia del deber de abstención (art. 417.2, 4 y 8 LOPJ).

⁴ Como sucede, *v. g.*, cuando se alude al incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución (417.1 LOPJ) o al abandono de su servicio (art. 418.9 LOPJ), entre otras causas.

Surge, a este respecto, la duda de si aquel tiene competencia para investigar la posible existencia de responsabilidad disciplinaria del juez o magistrado, o si se trata, en cambio, de una materia reservada -de forma exclusiva y excluyente- al Consejo General del Poder Judicial.

Una sentencia de la sala III (sección cuarta) del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2017 (sentencia número 1.229/2017)⁵, despeja cualquier interrogante sobre la cuestión, afirmando claramente que cabe esa posibilidad⁶.

Una vez sentada la posibilidad de actuar de tal modo, y la finalidad de hacerlo así, interesa determinar la naturaleza de las actuaciones, su alcance y sus límites:

II.- NATURALEZA DE LAS ACTUACIONES

Por lo que se refiere a su naturaleza, resulta evidente que no se trata de un expediente disciplinario, sino que tiene lugar cuando aún no se ha dado inicio (si es que llega a darse) a tal expediente⁷. Son actuaciones de investigación que, precisamente, responden a la finalidad de decidir si, a la vista de la información obtenida, procede solicitar al Consejo General del Poder Judicial la incoación de un expediente disciplinario.

De hecho, la propia Ley prevé la legitimación del Ministerio Fiscal para denunciar cualquier situación que pueda ser merecedora de responsabilidad disciplinaria, y ello implica que, antes de tomar esa decisión, tenga que tener una idea formada al respecto. Para tal fin, estas diligencias son especialmente útiles.

Es el art. 5.3 EOMF el que, tras la reforma operada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, denomina a estas actuaciones como "diligencias preprocesales".

⁵ Roj: STS 2773/2017.

⁶ Afirma, así, que el rigor que se exige a cualquier actuación del Ministerio Fiscal es incompatible con su consideración como simple "buzón" de recepción de denuncias para su traslado acrítico al Consejo General del Poder Judicial.

⁷ Como señala la sentencia de la sala III (sección cuarta) del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2017 (sentencia número 1.229/2017).

Por más que dicho precepto designe del mismo modo a todas las diligencias preliminares que realiza el fiscal -con independencia de si son preparatorias de un proceso penal o de si, como venimos examinando, estén encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye-, hemos de advertir que tal denominación, en el caso concreto que nos ocupa, nos resulta algo extraña, toda vez que se trata de diligencias que precederían, en su caso, a un *procedimiento* disciplinario y no, pues, a un verdadero *proceso*.

III.- ALCANCE Y LÍMITES DE DICHA ACTUACIÓN: LOS RIESGOS DE EXTRALIMITACIÓN

Al margen de lo anterior, mayor interés reviste, a nuestro juicio, determinar los límites que el Ministerio Fiscal ha de respetar en el desempeño de esta labor investigadora que ahora analizamos. A este respecto, existen límites referidos a su ámbito material de actuación que, necesariamente, hemos de combinar con límites relativos a su extensión temporal.

De acuerdo con el primero de ellos, puesto que la actividad investigadora del fiscal está orientada a la obtención de información *suficiente* para fundar su decisión de denunciar/no denunciar ante el Consejo General del Poder Judicial, resultaría excesivo pretender que dicha actuación fuera *exhaustiva*.

De hecho, el Ministerio Fiscal, en el desempeño de la labor que venimos analizando, ha de cuidar de no excederse en la función que le es propia y de no inmiscuirse en lo que entraría dentro del ámbito competencial disciplinario del Consejo General, so riesgo de originar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, como más adelante se dirá.

Cierto es que no se establece normativamente en qué actuaciones ha de concretarse esa función investigadora, lo que dificultaría establecer *a priori* unas reglas delimitadoras de cada ámbito de competencia. Precisamente por ello, tal deslinde requeriría, como advierte la sentencia de la sala III (sección cuarta) del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2017 (sentencia número 1.229/2017), un examen casuístico de los hechos.

Con independencia de que, como decimos, no se determina en norma alguna en qué actuaciones concretas ha de plasmarse la actividad preprocesal del Ministerio Fiscal -más allá de la referencia, para cuestiones penales, a “aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal”-, sí debe repararse en que el EOMF marca claramente un límite en su art. 5, al aclarar que la práctica de dichas diligencias no podrá suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. Es decir, más que informar acerca del posible contenido de esas diligencias, establece en qué no podrán consistir.

En el mismo precepto, además, dispone que su práctica habrá de estar inspirada por ciertos principios: contradicción, proporcionalidad y defensa.

Al margen de que se trate de previsiones establecidas, en principio, para el proceso penal, nada obsta, a nuestro juicio, para entenderlas también aplicables a la hipótesis que examinamos. No en vano, encajan a la perfección en la previsión que se hace -en el apartado tercero del art. 5 EOMF- de diligencias encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico atribuye al Ministerio Fiscal, como son la defensa de la legalidad y la custodia de la independencia judicial.

Qué duda cabe de que todas las previsiones referidas delimitan tanto el alcance de las diligencias que pueda practicar el fiscal como el modo efectivo en que hayan de desarrollarse.

En atención a lo expuesto, en la práctica de tales diligencias será necesario que el juez o magistrado que está siendo objeto de investigación por la Fiscalía conozca tal situación *ab initio*, con objeto de articular convenientemente su defensa, debiéndose garantizar, asimismo, el respeto al principio de contradicción.

También el principio de proporcionalidad juega un papel relevante, pues servirá para dilucidar en qué medida la adopción de ciertas diligencias resulta adecuada o, por el contrario, excesiva. Tal conclusión no resulta baladí, pues la extralimitación por parte del fiscal en la realización de este género de diligencias trae consigo consecuencias importantes, pudiéndose llegar

a afectar derechos fundamentales y a justificar, así, una petición de amparo constitucional.

Es también el Tribunal Supremo el que ofrece criterios que permitan valorar cuándo debe interpretarse que se ha producido una extralimitación en el desempeño de esa labor. En concreto, la referida sentencia de la sala III (sección cuarta) del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2017 es muy ilustrativa a este respecto, advirtiendo de que nunca podrá servirse de la práctica de tales diligencias para hacer acopio de material probatorio. Como resulta lógico, con mayor motivo tampoco podrá utilizarse para preconstituir prueba. Una actuación de tal tipo implicaría que las actuaciones realizadas perdieran su carácter preliminar y tuvieran que ser ya consideradas como verdaderas diligencias de indagación, lo que -como señala el Tribunal Supremo en la sentencia aludida- podría comprometer el ejercicio del derecho de defensa en el hipotético procedimiento disciplinario que pudiera incoarse, dando lugar a una eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías⁸. No puede tratarse, en definitiva, de una suerte de instrucción fiscal, similar a la que se espera que realice el Consejo General del Poder Judicial, en el marco de sus competencias disciplinarias.

No puede plantearse la cuestión de los límites temporales que han de respetarse en la práctica de estas diligencias sin atender a los límites materiales que acabamos de examinar. En consecuencia -en riguroso cumplimiento del principio de proporcionalidad y en atención al carácter preliminar de esta actuación investigadora del Ministerio Fiscal-, estas diligencias no podrán extenderse en el tiempo más allá de lo que resulte estrictamente necesario⁹ para determinar si procede, o no, presentar denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial.

⁸ Recordemos que la jurisprudencia constitucional (*vid.*, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional 54/2015, de 16 de marzo) ha declarado que las garantías procedimentales del art. 24.2 CE son también aplicables a los procedimientos sancionadores.

⁹ Para, como decíamos, obtener información suficiente, no exhaustiva. El Tribunal Supremo habla, por ejemplo, de que la investigación esté ya lo suficientemente madura, o de la existencia de indicios racionales, como circunstancias que han de dar lugar a la finalización de estas diligencias (sentencia de la sala III (sección cuarta) del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 2017 (sentencia número 1.229/2017).

Este límite general ha de combinarse, a su vez, con el límite concreto que el art. 5 EOMF establece para la labor preprocesal del fiscal, por lo que en ningún caso podría exceder de seis meses. Sin embargo, este plazo parece desproporcionado en el supuesto que ahora nos ocupa, dado que es la duración máxima que se prevé para el propio procedimiento sancionador.

Con independencia de que sería deseable una previsión expresa en la norma, que contemplara una distinta duración de las diligencias preprocesales para estos casos¹⁰, recordemos que estas investigaciones previas nunca han de demorarse más allá de lo que resulte estrictamente imprescindible para conseguir la información que se precise, por lo que esos plazos máximos no habrían de agotarse. Una duración excesiva de aquéllas no solo no resultaría proporcionado, sino que desvirtuaría el espíritu y la finalidad con que fueron concebidas.

¹⁰ Bien distintos de aquellos otros en que cabe la incoación de un posterior proceso penal.

LA RESISTENCIA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: EL CASO DE MÉXICO

Silvia Matallana Villegas
(Universidad Autónoma de Querétaro. México)

Resumen: junto con la importante institucionalización de los derechos humanos por regiones, así como a nivel universal, el Derecho de los derechos humanos en las Américas se ha convertido en parte del panorama jurídico y político de los Estados y del individuo, creando una especie de Constitucionalismo. A pesar de esta tendencia, el sistema de protección de los derechos humanos ha sido recientemente sometido a fuego, al igual que otros regímenes regionales de derechos humanos y tribunales internacionales. Se presentan facetas de resistencia por parte de los Estados y los operadores del sistema de justicia interno incluso se oponen y no aplican los estándares internacionales que se han desarrollado al seno del sistema Interamericano. Se identifican varias facetas de resistencia en el sistema judicial mexicano.

Es imposible ignorar el surgimiento de una tendencia en contra de la universalización de los derechos humanos como un conjunto de derechos que se aplican a todas las personas, a pesar de su nacionalidad, credo, raza, sexo, etnia y condición social. Los derechos humanos enfrentan tiempos de turbulencia.

Desde las conversaciones iniciales y la misma promulgación de la Declaración como instrumento universal de los derechos humanos, se hizo evidente una resistencia a este proyecto universal. La crítica más famosa vino de la

Junta Ejecutiva de la "Asociación Americana de Antropología", presentada a las Naciones Unidas en 1947, un año antes de la adopción de la Declaración.

Mediante una Declaración se encargó de advertir a las Naciones Unidas contra la adopción de "una carta universal de derechos que no atendiera a la *particularidad de las diversas culturas*".

Esta crítica ha sido recientemente retomada por la Teoría Crítica internacionalista como lo expresa Carty:

"Se debe comenzar en el entendimiento de la naturaleza parcial, multi-nivel y fragmentada de la sociedad internacional. Ella debe acercarse a esta realidad desde la base de las más novedosas percepciones traídas de la antropología legal y cultural. La sociedad internacional consiste, por encima de todo, en tradiciones culturales nacionales y regionales/continentales opuestas y autodiferenciadas, las cuales están entrecruzadas por sistemas comerciales y religiosos, que son más transnacionales"¹.

Esta concepción sobre la sociedad internacional pone de manifiesto la construcción de una representación ficticia de universalidad y consenso, y reclama el reconocimiento de la diferencia, la heterogeneidad y el conflicto como una realidad de la que parte el Derecho Internacional.

A pesar de estas voces de oposición, prosperaron los procesos de internacionalización de los derechos humanos, consolidándose en los setenta años subsiguientes la llamada "era de los derechos". Es así como: "Todos los derechos humanos", refiriéndose a la primera y segunda generación de derechos, proclamaría ahora la ONU, "son universales, indivisibles y interdependientes e interrelacionados".

Sin embargo, en la última década, la resistencia y la reacción contra el Derecho internacional se han intensificado y con ello el Derecho de los Derechos Humanos es un ámbito en el que se ha experimentado particularmente

¹ Carty, Anthony. *Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law*, *European Journal of International Law*, Volume 2, Issue 1, 1991, Pages 66-96, <https://doi.org/10.1093/ejil/2.1.66>

este retroceso de la disciplina internacionalista. El proyecto de Derecho internacional, observan los comentaristas, enfrenta “tiempos turbulentos”, como lo considera Hakimi en su artículo del *European Journal*².

En contra de la narrativa del Derecho internacional y el Derecho de los derechos humanos como mecanismo que une al mundo, los estudiosos observan y dan cuenta cada vez más de las formas en que los Estados desafían el Derecho internacional, ya sea negándose a cumplir con las decisiones judiciales dictadas por tribunales, o mediante su retiro de los tratados. En tanto, los académicos instan a los tribunales internacionales a ser resilientes: resistir y adaptarse.

Este desafío a la ley internacional se ha interpretado como una manifestación contra los valores occidentales, la democracia liberal y los derechos humanos, como lo ejemplifican la oleada de regímenes iliberales en Europa, la elección de Donald Trump en Los Estados Unidos y los acontecimientos como el Brexit. Los partidarios del cosmopolitanismo, de hecho, preguntan si es la misma existencia de “Occidente” que está en tela de juicio.

Es así como el proyecto moral universal que se estableció siete décadas atrás, está siendo resquebrajado. Los derechos humanos están siendo atacados, tanto en los Estados Unidos y en otros lugares. Los Estados se resisten a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

En el caso específico del sistema interamericano, en la mayoría de los Estados parte los tribunales constitucionales han seguido un proceso progresivo de universalización utilizando cada vez más el Derecho internacional, y en particular el Derecho internacional de los derechos humanos, como parte del material jurídico que se aplica en todas las controversias constitucionales.

Para determinar la fuerza de este movimiento de resistencia referido, es necesario cuestionarse, ¿hasta donde ha llegado la meta de la universalización en las Américas?

² Monika Hakimi, *International Law in “Turbulent Times. Part I, EJIL (Mar. 6, 2018), <https://www.ejiltalk.org/international-law-in-turbulent-times-part-i/>*

Durante años, los estudiosos del derecho, los defensores de los derechos humanos y los funcionarios de las Américas han expresado preocupación en torno a la necesidad de que todos los Estados ratifiquen todos los instrumentos interamericanos de derechos humanos, y con ello permitan su plena "universalización". En el contexto del Derecho de los derechos humanos, el término se utiliza para señalar la "ratificación universal de todos los instrumentos" por la mayoría, con suerte, todos los miembros de la Organización de Estados Americanos.

La universalización por un lado busca que más Estados ratifiquen los tratados, por ello la insistencia en procurar que Estados Unidos y Canadá se sometan a la jurisdicción del sistema.

Por otro lado, la llamada universalización se enfrenta a otro desafío, posiblemente mayor, uno mediante el cual los Estados expresan su malestar con el sistema tomando una acción más radical: la renuncia. Porque tales decisiones generalmente van acompañadas de fuertes críticas contra el régimen de tratados cuando un Estado sale, su retiro puede causar daño a la estabilidad general del sistema.

Aunque el sistema Interamericano de Derechos Humanos ido aumentando su influencia de los Estados, en algunos casos esos mismos Estados se tornan menos receptivos de, y a veces directamente confrontación hacia, el sistema. Dos áreas en las que el sistema podría avanzar para cumplir con dos objetivos que aparentemente están en tensión: por un lado, la protección de los derechos humanos a nivel regional, y, por otro, la colaboración entre los Estados nacionales y organismos internacionales.

En el caso de México, la Reforma Constitucional del 2011 puede ser vista como un síntoma decisivo de un auténtico cambio de tendencia en la cultura jurídica del país. Una salida al "letargo iusinternacionalista" que sembró la esperanza de lograr superar una realidad en la que los tratados internacionales y la jurisprudencia habían pasado desapercibidos en la *ratio decidendi* de los tribunales³.

³ Ruiz Legazpi. *La cláusula de simpatía con los derechos en México: la aplicación de los tratados y la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos tras la reforma constitucional*

La reforma constitucional en el segundo párrafo del art. 1 afirma que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia (...)”. Es evidente que se trata de una norma de interpretación constitucional conforme a los tratados y no de constitucionalización del contenido del tratado en sí. Adicionalmente, cuando esta reforma constitucional mexicana se refiere a la interpretación conforme de los derechos humanos regulados en los tratados, está asumiendo el resultado de la interpretación de los órganos de garantía del tratado y, muy destacadamente, de la Corte Interamericana.

Cabe aquí hacer una reflexión en el sentido de que la ratificación de los tratados parte del sistema interamericano, debe ir acompañada de una verdadera voluntad de parte del Estado firmante de hacer efectivo su contenido ya que para que un derecho sea respetado no basta que se encuentre incluido en una constitución, legislación o declaración de derechos, sino que es necesario un marco legal de protección a esos derechos y libertades que incluya los instrumentos para hacerlos efectivos. Acompañando la adhesión a los instrumentos internacionales como elemento legitimador, el Estado debe sentirse obligado a desarrollar todas aquellas condiciones para asegurar una adecuada defensa de los ciudadanos, mediante la adopción de disposiciones de orden interno a fin de hacer respetar los derechos humanos.

En efecto la adopción de los tratados internacionales en diversas materias y, en específico, de derechos humanos, así como los pronunciamientos y sentencias emitidas por los organismos y tribunales internacionales han influido significativamente en las legislaciones internas de los Estados.

En el continente americano, el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concreto en sus artículos 1º y 2º obligan a respetar los derechos humanos consagrados en los diversos instrumentos internacionales, a garantizar su pleno y libre ejercicio y adoptar medidas internas para hacerlos efectivos. La obligación de adoptar disposiciones de derecho

interno conlleva a que el Estado adecúe su normativa interna de conformidad con las disposiciones convencionales. Esta obligación de adecuar el derecho interno a las disposiciones convencionales cobra gran relevancia en Estados que, como México, continúan sosteniendo como principio jurídico máximo el de la supremacía constitucional. El derecho a un recurso efectivo se encuentra contemplado en diversos instrumentos internacionales, tanto del sistema universal como de los sistemas regionales. El derecho a un recurso efectivo previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido materia de frecuentes pronunciamientos por parte de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los estándares internacionales facilitan el trabajo del juzgador al momento de aplicar las disposiciones de los tratados a casos específicos y a fin de *salvaguardar la convencionalidad del derecho interno*. Esta jurisprudencia conviene que sea sistematizada para establecer los requisitos mínimos con los que debería contar un recurso para que pueda ser considerado efectivo para la protección de los derechos de los ciudadanos ante la Administración Pública. Tal como lo señala Ruiz Legazpi, "al realizar un test de convencionalidad del Juicio Contencioso Administrativo en México (y de cualquier otro instrumento que pretenda proteger derechos fundamentales) se concluye que éste no cumple con los estándares del Sistema Interamericano del Derecho a un Recurso Efectivo pues *debería proporcionar una mayor apertura para el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa*; el diseño normativo del recurso también debe procurar el respeto al principio de igualdad de partes en el proceso y proveer los medios necesarios para lograr una debida reparación del daño. Por último, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa debe contar con las facultades necesarias para ejecutar sus resoluciones"⁴.

La falta de voluntad real de proveer los mecanismos idóneos para garantizar la protección de los derechos humanos se hace innegable en la sentencia conocida como "campo algodoner", donde la naturaleza de las reparaciones en ella establecidas pusieron en evidencia la falta de voluntad política para su acatamiento, además de que vino a poner sobre la mesa el tema de las dificultades legales para el cumplimiento de las resoluciones provenientes de procesos contenciosos ante la Corte Interamericana.

⁴ *Ibidem*.

En las Américas, se ha dejado esta tarea desatendida, forzando a la Corte Interamericana no sólo para decidir casos, sino también para supervisar el cumplimiento por los Estados de sus decisiones. Los Estados guardan silencio cuando otro Estado actúa de manera que contradice al sistema. Se considera importante alterar la pasividad de los Estados y explorar las formas en que el Consejo Permanente de la OEA, o un nuevo órgano, pueda emprender la tarea crítica de supervisar el cumplimiento de las sentencias de la Corte. Los estudiosos parecen más preocupados por las formas de resistencia: reacción, expresada en la amenaza de salir de un tratado, que en señalar la importancia del cumplimiento de las sentencias.

En el caso de México, el cumplimiento de las sentencias condenatorias ha sido difícil. Apenas se empieza a legislar para garantizar las indemnizaciones y los medios de reparación a las víctimas que impone la Corte al Estado para compensar los daños materiales y morales.

Las sentencias condenatorias a México han puesto en evidencia fallas importantes sobre protección, defensa y ejercicio efectivo de los derechos humanos en México; han servido para hacer evidente esta situación y para hacer conciencia de que hay que cambiar de rumbo, uno plenamente dirigido a su máxima garantía.

MODERNIZACIÓN Y DIGITALIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES DE ÁMBITO TRANSFRONTERIZO

Antonio Merchán Murillo

Abogado. Doctor en Derecho y profesor asociado de
Derecho internacional privado
(Universidad Pablo de Olavide. España)

Resumen: la asistencia judicial internacional se fundamenta en la tutela judicial efectiva, que en el marco del proceso es un derecho fundamental de los particulares. El deber de los Tribunales de un Estado de solicitar la asistencia judicial internacional y el deber de prestarla a jueces extranjeros deriva del Derecho. En este contexto, e pretende realizar un estudio en relación a la necesidad de modernizar y digitalizar la cooperación judicial en asuntos civiles y mercantiles de ámbito transfronterizo, desde un punto de vista institucional (Reglamento 1393/2007 de notificación y traslado de documentos y Reglamento 1206/2001 de obtención de prueba), convencional (centrarnos, especialmente, en la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, en el que España es el único Estado europeo parte) y en nuestra Ley interna (La Ley 29/2015 sobre cooperación judicial internacional en materia civil).

Sumario: I.- Introducción. II.- La asistencia judicial internacional. III.- La situación normativa europea: hacia una digitalización de la justicia. 1. e-CODEX. 2. Reglamento e-IDAS. IV.- Situación convencional: la necesidad de un avance significativo. V.- Ámbito interno: un reflejo del proceso europeo. VI.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

La asistencia judicial internacional se fundamenta en la tutela judicial efectiva que, en el marco del proceso, es un derecho fundamental de los particulares. El deber de los Tribunales de un Estado de solicitar la asistencia judicial internacional y el deber de prestarla a jueces extranjeros deriva del Derecho. En este contexto, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista práctico, a día de hoy los profesionales del derecho, los ciudadanos y las empresas se enfrentan actualmente a incertidumbres legales y demoras en los procedimientos transfronterizos.

Como ha reconocido la Comisión Europea¹, la interacción entre organismos transmisores y receptores a efectos de notificación y traslado de documentos se sigue realizando casi exclusivamente en papel, así como la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, lo que puede resultar costoso e ineficiente². De esta forma, surge la necesidad de mejorar la eficiencia y la celeridad de los procedimientos judiciales y asegurar la buena administración de la justicia en los asuntos con repercusión transfronteriza. Por ello, pretendemos analizar los marcos normativos, especialmente desde Europa, donde se pretende mejorar el funcionamiento del mercado interior y reducir costes innecesarios, y asimismo proteger o mejorar los derechos de defensa.

La agilización y simplificación de los mecanismo de cooperación, para el auxilio judicial transfronterizo, en particular, adaptando el sistema a los avances técnicos, aprovechando las ventajas que ofrece la digitalización y aumentando la transparencia en la localización del destinatario, es fundamental para mejorar la seguridad jurídica y la eficiencia, facilitando el uso de

¹ COMISIÓN EUROPEA: *Documento de trabajo de los servicios de la comisión resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»)*, SWD/2018/286 final, Bruselas, 31 de mayo de 2018.

² YBARRA BORES, A.: “El sistema de notificaciones en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1393/2007 y su aplicación jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2, pp. 481-500.

métodos rápidos de notificación y traslado, obtención de prueba, así como la notificación y el traslado directos y por correo, y aclarando la importancia en la protección de los derechos procesales de las partes³.

II.- LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La asistencia judicial consiste en realizar un acto procesal singular en el curso de un proceso pendiente, por un órgano jurisdiccional distinto de aquel que conoce del proceso y ha de fallarlo, a requerimiento de éste. Con esto puede observarse que la asistencia judicial internacional va a consistir en una notificación de documentos judiciales y extrajudiciales, en la práctica de la prueba de los hechos que resultan relevantes en un proceso judicial, en la solicitud de información jurídica a tribunales de otro Estado o en la ejecución de una medida cautelar. Como no puede ser de otra manera, hablamos de la realización de actos de auxilio judicial entre tribunales de distintos Estados⁴.

En la asistencia judicial internacional se encuentran en juego los intereses privados de los litigantes. En este juego se observa la tutela judicial efectiva (artículos 24 CE, 6 Convenio de Roma de 1950 y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2007) es el último fundamento de la asistencia judicial internacional⁵. De esta forma, se pone de manifiesto que los litigantes tienen derecho a una tutela judicial efectiva no sólo en los casos internos, o puramente nacionales, sino también en los casos internacionales o con elemento extranjero, puesto que el Estado requirente y el Estado requerido tienen el correlativo deber de ofrecer y prestar a los particulares esa tutela judicial efectiva en los litigios internacionales.

³ SUÁREZ ROBLEDANO, J. M.: "La cooperación de autoridades judiciales: notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero. Los instrumentos comunitarios en perspectiva del programa para la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo", en A. Borrás Rodríguez (dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 53-88.

⁴ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª, Ed. Comares, Granada, 2018, p. 551.

⁵ GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: "sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional", *Cooperación judicial internacional*, Colección Escuela Diplomática, Vol. 5, Madrid, 2001, pp. 61-68.

De esta forma, debe tenerse en cuenta que la tutela judicial efectiva es un Derecho fundamental recogido, pero un derecho de configuración legal⁶. El derecho de solicitar la asistencia judicial internacional y el deber de prestarla a jueces extranjeros deriva de las normas de cada Estado y queda por tanto limitado por la Ley. En el caso de España debemos poner de manifiesto que: a) la asistencia judicial internacional queda regulada en el Reglamento 1393/2007 y el Reglamento 1206/2001, de manera preferente sobre cualquiera de otros instrumentos; b) en defecto de normativa europea habrá que estar a lo previsto en los convenios internacionales, en este caso, queremos hacer una apreciación especial al Convenio internacional, de 30 de enero de 1975, sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá, respecto a la posible aplicación de las e-Apostilla y por ende la posible modernización de los exhortos y cartas rogatorias; y c) en defecto de Convenio Internacional, son aplicables las normas españolas, en este caso la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Observación general es la necesidad de modernización del sistema, puesto que la movilidad de bienes y personas, la importancia de las actividades y procedimientos judiciales transfronterizos está aumentando, resultando de vital importancia la cooperación entre los distintos sistemas judiciales nacionales. En este sentido, puede decirse que las TIC's pueden ser una herramienta importante, para apoyar las necesidades de intercambio de datos, comunicaciones y la cooperación resultante. De esta forma, debe tenerse presente que la justicia debe ser abierta, eficiente e integradora y debe prestar servicios públicos digitales sin fronteras, personalizados, fáciles de utilizar, de extremo a extremo a todos los ciudadanos y empresas. Por ello, resulta necesario diseñar y prestar mejores servicios de conformidad con las necesidades y las demandas de la ciudadanía y las empresas, a la vez que, deben aprovechar este entorno digital, para facilitar sus interacciones entre sí⁷.

⁶ MARTIN DIZ, F.: “Del Derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, pp. 161-176.

⁷ COMISIÓN EUROPEA: *Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020*, Bruselas, 19 de abril de 2016, pág. 3.

III.- LA SITUACIÓN NORMATIVA EUROPEA: HACIA UNA DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA

La Agenda de Justicia de la UE para 2020⁸ hizo hincapié en que, para aumentar la confianza mutua entre los sistemas de justicia de los Estados miembros de la UE, debe examinarse la necesidad de reforzar los derechos procesales civiles, por ejemplo, en lo que respecta al servicio de documentos o la obtención de pruebas. El objetivo de mejorar el marco de cooperación judicial dentro de la UE también está en línea con los objetivos de la Comisión establecidos por la Estrategia para el Mercado Único Digital⁹.

No obstante, el cuadro de indicadores de la justicia en la UE, de 2018, constató que en algunos países se sigue haciendo un uso limitado de las herramientas de TIC¹⁰. En más de la mitad de los Estados miembros la presentación de demandas por vía electrónica es limitada o inexistente. Una encuesta reciente sobre el uso de las TIC entre los órganos jurisdiccionales y los abogados indica que las herramientas de TIC se utilizan ampliamente en 12 de los 22 Estados miembros que participaron en la encuesta y que el año pasado estas herramientas pasaron a ser obligatorias en varios Estados miembros.

De esta forma, la Comisión, con fecha 31 de mayo de 2018, propuso modernizar y digitalizar la cooperación judicial en asuntos civiles y mercantiles de ámbito transfronterizo en toda la UE. Se propone lograr que el acceso a la justicia civil sea más fácil, barato y eficiente para ciudadanos y las empresas. Se trata de una propuesta de modificación del Reglamento 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de

⁸ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2014:0144:FIN> (Última visita: 5/09/2019).

⁹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52015DC0192> (Última visita: 5/09/2019).

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA: “Cuadro de indicadores de la justicia en la UE de 2018: el papel clave de los sistemas judiciales en el mantenimiento del Estado de Derecho y de los valores de la UE”, *Comunicado de prensa*, 28 DE MAYO DE 2018. Disponible en: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3932_es.htm (Última visita: 5/09/2019).

documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos), que se aplica entre todos los Estados miembros de la Unión Europea, con excepción de Dinamarca¹¹.

Esta iniciativa atiende a la necesidad de modernizar y, en particular, digitalizar el proceso de notificación y traslado de documentos al extranjero. Por otra parte, trata de dar respuesta a una serie de resquicios jurídicos del Reglamento señalados en la evaluación de su funcionamiento. Estos resquicios ocasionan retrasos y costes para los ciudadanos, las empresas y los Estados miembros, deficiencias en la protección de los derechos procesales, y complejidad y falta de seguridad jurídica. Los principales problemas señalados son los siguientes: a) circunstancias que hacen que la calidad de la documentación referida a las notificaciones y traslados por correo sea insuficiente; b) la restricción o la imposibilidad del uso de la notificación o traslado directos en supuestos transfronterizos en muchos Estados miembros, aun cuando está permitido en procesos internos; c) deficiencias relativas a la claridad de las normas que protegen los derechos procesales de las partes respecto de los requisitos de traducción y las sentencias dictadas en rebeldía; y d) preferencia por métodos internos alternativos o basados en ficciones jurídicas de notificación o traslado, en lugar de los establecidos en el Reglamento.

Las partes interesadas afectadas son los ciudadanos y las empresas en cuanto que partes de un proceso judicial, las empresas en cuanto que prestadoras de servicios (p, ej., servicios postales o de consultoría informática), las autoridades públicas y judiciales de los Estados miembros y los profesionales del Derecho (en particular, los jueces y los abogados). Esta iniciativa está estrechamente relacionada con la iniciativa relativa a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, regulada por el Reglamento 1206/2001. La prioridad general de la Comisión, en materia de justicia en red, es la digitalización y siguen el ejemplo de la labor desarrollada paralelamente en el ámbito de la justicia penal (sobre prueba electrónica. Se basan en elementos y normas jurídicas que, por fortuna, ya existen en

¹¹ Entre este país y los demás Estados miembros se aplica el Convenio de la Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil.

la legislación de la UE, como el proyecto e-CODEX (que ha evolucionado a Me-Codex) y el Reglamento eIDAS.

1. e-CODEX

Desde 2013, fecha en que comienza el proyecto e-CODEX, se pretende mejorar el acceso transfronterizo de los ciudadanos y las empresas a los medios legales en Europa y mejorar los instrumentos de cooperación entre las autoridades legales dentro de la UE. Los servicios puestos a disposición por e-CODEX son fácilmente accesibles para todos los ciudadanos a través del Portal Europeo de la Justicia Electrónica o de los portales nacionales, a modo de ventanillas únicas, y además ofrecen un enfoque de fácil utilización para los empleados judiciales. Asimismo, ofrece a cada Estado miembro europeo la oportunidad de tomar medidas para digitalizar sus servicios judiciales y conectar los servicios existentes con otros Estados miembros, para lo que habrá de partir de una interoperabilidad necesaria. A través de e-CODEX, se puede conseguir la plena interoperabilidad de los servicios relativos a la Administración de e-Justicia, superando así cualquier barrera, ya sea organizativa, técnica, semántica y/o jurídica, para garantizar que el punto de contacto único funcione como verdadero centro de e-Administración, permitiendo el acceso a los ciudadanos y empresas y que se cree servicio público transfronterizo esencial, que se corresponda con las necesidades definidas en el proyecto. Por ello, las normas y/o actuaciones que los Estados realicen, deben cumplir con los criterios marcados en el citado proyecto; pues, no podemos olvidar que mientras que e-CODEX ofrece los componentes técnicos que permitirán una solución al transporte seguro de datos, el desarrollo y el mantenimiento de los componentes específicos nacionales son responsabilidad de los distintos Estados miembros que participan el proyecto.

Hablamos de una plataforma que proporciona una manera de intercambiar información legal entre países de la UE. e-CODEX permite la comunicación directa entre los ciudadanos y los órganos jurisdiccionales en todos los Estados miembros y constituye un paso importante para facilitar el acceso transfronterizo a los servicios públicos. De esta forma, se permite mejorar el acceso transfronterizo de los ciudadanos y las empresas a medios legales en

Europa, así como mejorar la interoperabilidad entre las autoridades legales. e-CODEX ha contribuido a mejorar el acceso transfronterizo a los medios legales para los ciudadanos y las empresas en Europa y ha facilitado la interoperabilidad, entre las autoridades legales dentro de la UE. Ha creado un sistema de entrega electrónica de uso general y, en el contexto de esas actividades, ha desarrollado “conectores nacionales”, para vincular las infraestructuras de transporte nacionales a la capa paneuropea¹². Como resultado de ello, se han puesto en marcha varios servicios de justicia electrónica en el ámbito de la justicia civil y penal, proporcionando a los europeos la posibilidad de ejecutar sus derechos y mejorar la cooperación transfronteriza entre las autoridades judiciales.

Tras la finalización con éxito del e-CODEX, en mayo de 2016, se ha lanzado el proyecto Me-CODEX¹³, con la tarea de mantener las acciones desarrolladas. El objetivo de Me-CODEX es la actualización, el apoyo y las pruebas adicionales de los bloques de construcción de e-CODEX, para su uso por cualquier Estado Miembro. Además, se ha encomendado a Me-CODEX la misión de producir un modelo holístico de sostenibilidad y gobernabilidad que garantice el mantenimiento diario de los desarrollos técnicos a largo plazo. Esto no sólo debería proporcionar apoyo a los Estados miembros de la UE, que desplegaron las soluciones del proyecto, sino también facilitar su acceso a las partes interesadas, garantizando así un mayor seguimiento. De esta forma, puede decirse que Me-CODEX se dedicará a continuar los esfuerzos realizados y, así, mantener por servicios integrales de e-Justicia.

2. Reglamento e-IDAS

El Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE para las transacciones electrónicas en el mercado interior, define las condiciones para que los sistemas de notificaciones

¹² Disponible en: <https://www.e-codex.eu/piloting> (última visita: 28/9/2017).

¹³ Disponible en: <https://www.e-codex.eu/> (última visita: 28/9/2017).

electrónicas sean legalmente válidos en los países de la Unión Europea. Entre los objetivos de este Reglamento está reforzar la confianza en las transacciones electrónicas dentro del marco de la Unión Europea, proporcionando las herramientas jurídicas necesarias para crear un clima de seguridad entre ciudadanos, empresas y la Administración Pública.

En este punto, especial referencia merece en este punto la Decisión de Ejecución 2015/1506 de la Comisión, de 8 de septiembre de 2015, por la que se establecen las especificaciones relativas a los formatos de las firmas electrónicas avanzadas y los sellos avanzados que deben reconocer los organismos del sector público de conformidad con los artículos 27, apartado 5, y 37, apartado 5, del Reglamento 910/2014, que toma de referencia la Decisión de Ejecución 2014/148/UE de la Comisión¹⁴, que viene a establecer que “los Estados miembros implantarán los medios técnicos necesarios para procesar los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes de otros Estados miembros con una firma electrónica avanzada XML o CMS o PDF en cualquier nivel de conformidad o utilizando un contenedor con firma asociada al nivel básico, siempre que esto se ajuste a las especificaciones técnicas contenidas en el anexo, que presenten los prestadores de servicios en el contexto del cumplimiento de los procedimientos y trámites a través de las ventanillas únicas, según lo previsto en el artículo 8 de la Directiva 2006/123/CE” (artículo 1 de la Decisión 2014/148/UE).

De esta forma, se plantea la exigencia de que los Estados miembros cooperen para ofrecer la interoperabilidad técnica. Esto excluye cualquier norma técnica nacional específica que exija que las partes no nacionales, por ejemplo, obtengan equipos o programas específicos para verificar y validar la identificación electrónica notificada. Por el contrario, es inevitable imponer requisitos técnicos a los usuarios¹⁵, derivados de las especificaciones intrín-

¹⁴ Decisión 2014/148/UE de Ejecución de la Comisión, de 17 de marzo de 2014, que modifica la Decisión 2011/130/UE, por la que se establecen los requisitos mínimos para el tratamiento transfronterizo de los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes en virtud de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior [notificada con el número C (2014) 1640] Texto pertinente a efectos del EEE.

¹⁵ Considerando 15 del Reglamento 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

secas de cualquier dispositivo que se utilice, motivo por lo que resulta necesaria la definición de cierto número de formatos para facilitar la automatización y mejoraría la interoperabilidad transfronteriza de los procedimientos electrónicos.

IV.- SITUACIÓN CONVENCIONAL: LA NECESIDAD DE UN AVANCE SIGNIFICATIVO

En los Convenios que rigen en la materia, y en los que España es parte, desde el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre traslado y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial, la Convención sobre exhortos o cartas rogatorias de 30 de enero de 1975 y el Convenio de la Haya de 18 de marzo de 1970 sobre obtención de prueba en el extranjero en materia civil o mercantil; así como los Convenios bilaterales que tenga suscritos España, debe tenerse en cuenta que no prevén el uso de medios electrónicos. Ahora bien, En este contexto, toma importancia: el principio de equivalencia funcional entre el documento con soporte papel y el documento electrónico, entre la firma autógrafa y la firma electrónica; el principio de neutralidad tecnológica, estableciéndose un parámetro de igualdad entre el mecanismo presencial y el virtual; y el principio de confianza mutua y su reflejo en el de buena fe.

En este contexto, cobra relevancia la Apostilla electrónica como trámite de legalización único, que consiste en colocar, sobre un documento público, una apostilla que certifica la autenticidad del documento expedido en otro país, suprimiendo las exigencias de legalización diplomática o consular para los documentos público, así lo dispone el Artículo 7 del Convenio de la Haya, de 5 de octubre de 1961¹⁶.

Hoy en día, todo se vincula a temas electrónicos de forma que las nuevas tecnologías forman parte de la sociedad actual y su utilización es un hecho

¹⁶ CONVENIO SUPRIMIENDO LA EXIGENCIA DE LEGALIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS. Disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=41 (última visita:31/08/2019).

incontestable. De esta forma, la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los convenios sobre la Apostilla, la obtención de pruebas y la notificación, en el establecimiento de una serie de conclusiones y recomendaciones¹⁷, insistió en que la implantación de las nuevas tecnologías de la información “pueden tener efectos positivos en el funcionamiento del Convenio, de forma señalada en la disminución de los costes y en la mayor eficacia de los procedimientos de expedición y registro de apostillas”. Así, en virtud del Artículo 3 del Convenio, el efecto de una apostilla es “certificar la autenticidad de la firma, el carácter con el que ha actuado en signatario del documento, y en su caso, la identidad del sello o del timbre que lleva el documento”, se recomienda a los Estados partes a que trabajen en el desarrollo de técnicas para generar apostillas electrónicas teniendo presentes la Ley Modelo de Comercio Electrónico y la Ley Modelo de Firma Electrónica, recogiendo los principios sobre los que versa, principalmente, la no discriminación y la equivalencia funcional. En este contexto, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en abril de 2006, lanza el *e-Apostille Pilot Program* (e-APP), que prevé: por una parte, la utilización de la tecnología en las Apostillas; por otra, se trabaja en la creación de registros electrónicos firmados por autoridades públicas.

Con la Apostilla electrónica se pretende ofrecer una mayor seguridad jurídica en el tráfico internacional, permitiendo agilizar los trámites para la expedición, así como, mejorar y fortalecer el servicio público que las administraciones brindan al ciudadano mediante la emisión de Apostillas y, al mismo tiempo, reducir las posibilidades de fraude. Dadas las ventajas del sistema de emisión de apostillas electrónicas la experiencia acumulada por los Estados pioneros, como por ejemplo España, resulta una coyuntura excepcional para fomentar la adopción de este sistema electrónico, dentro del ámbito del Convenio de la Haya de 1961 sobre la Apostilla.

¹⁷ CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: *Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por la Comisión Especial sobre el Funcionamiento práctico de los Convenios sobre Apostilla, la Obtención de Pruebas y la Notificación.*, octubre/noviembre de 2003, párr.7. Disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=3121&dtid=2 (última visita: 31/08/2019).

V.- ÁMBITO INTERNO: UN REFLEJO DEL PROCESO EUROPEO

Haciendo eco de lo que sucede a nivel interno, que es fiel reflejo de lo que está pasando en la UE y de aquí a un ámbito internacional observemos que Ley Orgánica del Poder Judicial, la introducción del tratamiento de la utilización de los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos en la administración de justicia. Con pasión o sin ella, se ha ido avanzando en el uso de sistemas y aplicaciones tecnológicas que se usan en Juzgados, Tribunales y Fiscalías para el desempeño de su actividad. Un ejemplo lo tenemos en el sistema informático de telecomunicaciones LexNET para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos, que se introdujo a través del Real Decreto 84/2007, de 26 de enero.

Más tarde, la Ley 18/2011, de 5 de julio, de uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, tuvo presente el Plan de Acción e-Justicia, con el que se buscaba la mejora de la eficacia de los sistemas judiciales mediante la aplicación de las tecnologías de información y comunicación en la gestión administrativa de los procesos judiciales. Asimismo, se contemplaba la cooperación entre las autoridades judiciales y, lo que es más importante, el acceso de los ciudadanos a la justicia, mediante la adopción de medidas coordinadas a nivel nacional y europeo.

Con el tiempo, ha ido apareciendo nueva normativa, que ha incidido de manera directa y/o indirecta en la citada Ley. Un ejemplo, lo tenemos en el Reglamento 910/2014, que define las condiciones para que los sistemas de notificaciones electrónicas sean legalmente válidos en los países de la Unión Europea.

VI.- CONCLUSIONES

Debe tenerse en cuenta que los intereses de las partes son muchos, pero el mayor es la necesidad de que los procesos sean rápidos y veloces. Con los medios electrónicos se puede conseguir. Si los procesos son lentos de manera injustificada o de manera excesiva se puede llegar a incurrir en responsabilidad internacional. Este hecho puede salvarse a través de las ventajas que conlleva la utilización de las comunicaciones electrónicas

para la digitalización del sistema judicial, mediante la simplificación y agilización de los procesos judiciales transfronterizos y la cooperación judicial, es esencial, principalmente, no porque reduzca costes y sino porque evita retrasos.

De esta forma, puede concluirse que los avances y/o modificaciones que se esperan puedan ser útiles, especialmente en: la obligatoriedad de las comunicaciones electrónicas entre las agencias y la facilitación de la notificación y el traslado electrónicos y de la solicitud directa de notificación o traslado. Estas mejoras aumentarían la eficiencia y la rapidez de los procesos y reducirían la carga que soportan los ciudadanos y las empresas.

REGULACIÓN JUDICIAL DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA EN COLOMBIA Y ESPAÑA¹

Sergio Luis Mondragón Duarte

Docente Investigador de la Maestría en Derecho Administrativo (Universidad Autónoma Latinoamericana. Medellín-Colombia)²

I.- GENERALIDADES DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN ESPAÑA Y SU COMPARATIVO CON COLOMBIA

En España la potestad sancionatoria del Estado nace como resultado de la adopción que se hizo al respecto de la legislación francesa con posterioridad a la Revolución Francesa de 1789, lo cual implicó el ejercicio tanto de autocontrol como de facultad punitiva de la administración (Díaz, 2016, pág. 59). Ambas potestades evolucionaron del Siglo XIX al Siglo XX, al punto que en España el ejercicio de autotutela evolucionó para dar paso al control judicial de sus decisiones por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es decir, que se pasó de “un sistema de autocontrol de la administración a un sistema de control de la administración por parte de los tribunales de justicia” (Díaz, 2016, pág. 65); y el ejercicio de las atribuciones punitivas de la administración, fueron definidas como facultades sancionatorias que no riñen con la función judicial, como quiera que

¹ Este capítulo de libro deriva de la investigación de tesis doctoral titulada “La Judicialización de la Actividad Administrativa Disciplinaria en el Ordenamiento Jurídico Colombiano”, la cual fue llevada a cabo con la Universidad Autónoma de Barcelona durante el periodo 2017-2020.

² Correo electrónico institucional: sergio.mondragondu@unaula.edu.co.

el legislativo ha delegado esa potestad especial en la administración para promover su independencia de las otras ramas del poder público (Díaz, 2016, pág. 68).

En ese sentido, se observa que España en su proceso de evolución del derecho administrativo sancionador, ha contado con normas a favor y con normas en contra de dicha potestad, por ejemplo, el Código Penal de 1850 reconoció en su último artículo la potestad que tiene la administración de sancionar con penas a los infractores de reglamentos y ordenanzas administrativas; el Proyecto de Código de Constitución Federal de la República Española de 1873, intentó implantar el monopolio judicial en materia sancionatoria, al prohibir al poder ejecutivo la imposición de penas personales o pecuniarias, con lo cual solo se le reconocería potestad punitiva al poder judicial; la Ley de Prensa del 26 de julio de 1883, contempló un recurso suspensivo ante el juez penal contra la sanción administrativa; y el Real Decreto del 22 de diciembre de 1908, que en el caso de defensa a los consumidores, contiene una parte sancionadora, donde se encarga a la administración de promover la investigación en estos casos, pero la competencia para sancionar la otorga a los tribunales (Díaz, 2016, pág. 68).

De esta manera se puede observar como durante el Siglo XIX en España la potestad sancionatoria era casi exclusiva del poder judicial, como quiera que en ciertos eventos la administración solo podía promover la fase investigativa, y en otros casos, se podría tramitar un recurso suspensivo ante los jueces penales en contra de las sanciones administrativas. Ahora bien, durante la transición del Siglo XIX al Siglo XX es que se observa el otorgamiento de la potestad sancionatoria a autoridades administrativas centrales, en el marco de la Dictadura de Primo Rivera, pues como bien lo señala Díaz Fraile (2016):

“Un Real Decreto-Ley de 18 de mayo de 1926 establecerá que en materias administrativas y disciplinarias el Gobierno gozará de facultades discrecionales en la adopción de medidas e imposición de sanciones sin otro límite que el que señalen las circunstancias y el bien del país y le inspire su rectitud y patriotismo, admitiéndose solo un recurso ante el Consejo de Ministros, cuya

resolución sería inapelable. Por lo demás, y en general, la legislación de la Dictadura supone la consagración y generalización de la atribución de potestades sancionadoras a órganos superiores de la Administración Central” (pág. 68).

Esta Dictadura hace que la potestad sancionatoria de la administración adquiera más vigor, como quiera que en Leyes como la de la Defensa de la República del 21 de octubre de 1931 y la de Orden Público del 28 de julio de 1933, consoliden los nuevos poderes sancionadores tanto del Ministro de la Gobernación como del Consejo de Ministros (Díaz, 2016, pág. 69).

Estas potestades se transmiten a la Constitución de 1978, la cual además de ratificar dicha facultad sancionatoria, también otorga poderes sancionatorios a las Administraciones Autonómicas, en virtud de descentralización política reconocida a las Comunidades Autónomas (Díaz, 2016, págs. 69-70). En ese orden de ideas, la administración cuenta con la potestad para imponer sanciones con la Constitución de 1978, lo cual fue justificado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia STC77/1983, a través de la cual refirió “la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia, como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos; o de una mayor inmediatez de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados” (Pérez, 2008, págs. 9-10).

En ese orden de ideas, se tiene que en España al igual que en Colombia, el derecho disciplinario nace de la relación de especial sujeción que existe entre los servidores públicos y el Estado, como una potestad doméstica (Santamaría, 1998, pág. 377) de que goza la administración para sancionar a sus funcionarios o empleados públicos por la comisión de infracciones en el ejercicio de su cargo.

Bajo ese panorama, también se aprecia la posición de autores como Sampol Pucurull, Sáenz de Santamaría y Grangel Vicente (2013), quienes consideran que el derecho disciplinario opera como una potestad restrictiva que tiende a perpetuar la imparcialidad y la rectitud del funcionario, la cual debe ser correctamente empleada para evitar que se incurra en desviaciones del

poder (pág. 9). En esa línea, el derecho disciplinario nace de los Artículos 103 y 25.1 de la Constitución Española, como una:

“Potestad sancionatoria dirigida a las personas encargadas de desarrollar y ejecutar los mandatos de la Administración a la que le sirven, y por ello aparece ligada, por un lado, a los principios que rigen las potestades sancionatorias y, por otro, a los que rigen la propia esencia y organización de la función pública. Por tal motivo, el principio de legalidad se modula en este caso atendiendo a la configuración misma de la función pública y a los principios que la fundamentan” (Sampol, 2013, pág. 10).

En relación con lo citado previamente, se avizora que la potestad sancionatoria en materia disciplinaria, aunque nace de la relación de especial sujeción entre los servidores públicos y el Estado para garantizar la función pública, debe ser modulada por el principio de legalidad en lo que respecta primordialmente a la tipicidad de las faltas que constituyen infracción al deber público o funcional del Estado:

“El principio de legalidad en este ámbito se modula en función de lo que es el fin de lo disciplinario: la garantía de la prestación recta de un servicio en el ámbito de una relación de sujeción especial. Por ello se permite prescindir de la Ley formal en aquellos casos en que lo que se va a regular recaiga más en el ámbito organizatorio y de eficacia de la Administración que en el de la garantía de derechos, lo que, sumado a la imposibilidad de privación de libertad a través de las sanciones disciplinarias, redundando en la posibilidad de utilización de la norma reglamentaria en este concreto ámbito” (Sampol, 2013, pág. 12).

A partir de lo anterior, se tiene que las normas del derecho administrativo sancionador aplican a los servidores públicos, en la medida, en que con ellos se traba una relación de especial sujeción con el Estado, por lo que a diferencia del resto de los administrados se encuentran en una posición de alguna manera subordinada o dependiente, que justifica la restricción de garantías constitucionales en el Derecho Disciplinario (Garberi, 2016, págs. 104-109). En ese sentido, como bien lo refiere Pemán (2000):

“A excepción del régimen disciplinario de los estudiantes, las leyes que regulan los regímenes disciplinarios de las situaciones de sujeción especial más importantes- militares, reclusos, funcionarios, o incluso objetores de conciencia-tienen un mayor contenido que las leyes que regulan el régimen sancionador correspondientes a otros ámbitos que no constituyen relaciones de sujeción especial” (pág. 164).

II.- COMPETENCIA ACTUAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN ESPAÑA Y SU CONTRASTE CON EL DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO

Actualmente, el numeral 3 del Artículo 25 de la Ley de Régimen Jurídico de Sector Público señala que: “Las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo” (Jefatura del Estado, 2015)³. De lo cual se desprende que la observancia del principio de legalidad y demás principios de la potestad sancionadora en el ejercicio de la potestad administrativa disciplinaria respecto del personal a su servicio, hace que se aplique de forma plena, absoluta y sin fisuras el principio de legalidad a los funcionarios públicos en el ámbito de la actuación administrativa disciplinaria (Garberi, 2016, págs. 109-113).

De esta manera, las disposiciones disciplinarias que prevé esta normatividad aplican a aquellos funcionarios que cometan faltas disciplinarias o realicen comportamientos que constituyan infracción administrativa, a partir de su expedición, y las mismas:

Solo producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en los referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición (Garberi, 2016, págs. 113-114).

³ Esta nueva normatividad cobija tanto a los funcionarios administrativos como a cualquier empleado público, cuyo régimen estatutario no sea el de aquellos.

En esta instancia, vale la pena aclarar que en España al igual que en Colombia la función disciplinaria es tanto administrativa como jurisdiccional, razón por la cual la Administración Central y Descentralizada es la encargada de adelantar el control disciplinario a sus funcionarios públicos; en tanto que el Consejo General del Poder Judicial es el que tiene la competencia:

“Para exigir responsabilidad disciplinaria a Jueces y Magistrados, mediante la incoación de un expediente disciplinario que tiene por objeto establecer el alcance de la conducta realizada por el juez o magistrado, el Consejo resuelve sobre la existencia de infracción y la imposición de la sanción pertinente” (Poder Judicial España, 2019).

En ese orden de ideas, en el caso de España las faltas disciplinarias cometidas por Jueces y Magistrados en el marco de actos y procedimientos judiciales se enmarcan en la responsabilidad disciplinaria jurisdiccional, las cuales no tienen control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como también ocurre en Colombia (Díaz, 2016, págs. 140-141). Sin embargo, lo único que dista del modelo Español con relación al Colombiano, es que los Jueces y Magistrados en España también pueden ser sancionados disciplinariamente por faltas derivadas de responsabilidad disciplinaria gubernativa, por Salas o Juntas de Gobierno, en cabeza del Ministerio de Gracia y de Justicia (Lasso, 1999, pág. 232), evento en el cual las decisiones a través de las cuales se imponen las sanciones disciplinarias no son de orden jurisdiccional, y por ende, tienen control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

III.- ESTRUCTURA DEL DERECHO DISCIPLINARIO ESPAÑOL Y SU PARALELO CON EL DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO

En lo que respecta a la estructura del derecho disciplinario en España, se tiene que como bien lo señalan algunos autores como Díaz Fraile (2016), la Constitución de 1978 reafirmó el carácter sancionatorio que tiene la Administración, en la medida que extendió sus potestades no solo a las autoridades del nivel central, sino a las descentralizadas, como las comunidades autónomas (pág. 70). En ese sentido, se observa la potestad sancionatoria, incluida

la disciplinaria, como un privilegio de autotutela que le permite a la administración pública española imponer sanciones a sus ciudadanos, las cuales solo cuentan con control por parte de los tribunales contencioso-administrativos.

De esta manera, se aprecia que en España la situación también es preocupante en la medida que con la potestad sancionatoria de la administración se ha puesto en tela de juicio el equilibrio de poderes propio del Estado, toda vez que como bien lo refiere Díaz Fraile (2016):

“En este cuestionamiento ha de partirse la identidad esencial o de naturaleza entre las sanciones impuestas por los tribunales penales y las impuestas por la Administración. Todos los esfuerzos teóricos por encontrar una diferencia ontológica entre unas y otras sanciones han fracasado y hoy se reconoce aquella identidad de naturaleza. La única diferencia clara es que las penas privativas de la libertad están excluidas tras la Constitución de 1978 (artículo 25.3) de la potestad sancionatoria de la Administración. Fuera de esto, la última opción entre la calificación penal o administrativa de las infracciones, y sus correspondientes sanciones, es una decisión legislativa de política criminal, sin que la doctrina del Tribunal Constitucional haya establecido unos límites materiales restrictivos a la potestad sancionadora de la Administración, lo que ha permitido la expansión de esta potestad hasta los límites que conocemos hoy, cuyos límites comprometen tanto el equilibrio entre los poderes del Estado como los derechos fundamentales de los ciudadanos” (pág. 70).

Frente a lo manifestado por este autor, se halla razón como quiera que en el Estado Español, la Procuraduría General de la Nación no existe como órgano de control instituido de la misma forma en que fue creado en Colombia, razón por la cual la Administración funge desde su labor administrativa, y como lo refiere el mismo autor, cuasi-judicial (Díaz, 2016, pág. 70). Lo cual denota la preocupación por garantizar la independencia, transparencia e imparcialidad respecto de cada una de las ramas del poder público, pues como también lo expone este autor:

“Pero además la Administración ejerce una especie de función judicial a través de su potestad sancionadora. Esta potestad de sancionar es contraria

al principio de división de poderes al invadir la función judicial que corresponde a los tribunales y además fuerza la naturaleza de las cosas pues en su ejercicio la Administración es juez y parte, lo que constituye una aberración desde los estrictos parámetros de la justicia”(Díaz, 2016, pág. 70).

Aquí en este punto, se observa que todo lo objetado por el autor en relación con la potestad administrativa sancionatoria, propicia o genera un cuestionamiento sobre el carácter inquisitivo de los procesos disciplinarios, por cuanto la función de investigación y de sanción recaen sobre una misma autoridad disciplinaria. Lo cual ocurre de la misma forma en Colombia, donde las autoridades administrativas disciplinarias, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, son juez y parte, al promover la investigación y a su vez, al imponer la sanción a los servidores públicos, afectándose de esta manera la independencia de la actividad de instrucción de la de juzgamiento en estos procesos.

Por lo que el proceso administrativo sancionador, del cual forma parte el derecho disciplinario, no contiene o lleva inmersa la garantía del juez imparcial predeterminado por la ley de los procedimientos administrativos sancionadores, toda vez que en él confluyen o convergen simultáneamente la función investigadora y sancionadora, como órgano instructor y órgano sancionador, respectivamente. Lo cual ha sido fuertemente criticado por autores como García de Enterría, quien al ser citado por Trayter Jiménez (1995) refiere lo siguiente:

“El REPS “se esfuerza en aguar” la regla de separación entre órganos de instrucción y de resolución “con una interpretación puramente formalista”, invalidando así la idea esencial del artículo 134.2 de la Ley, que proviene de su formulación en las sentencias constitucionales de 12 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 23 de septiembre y 13 de octubre de 1992, de que el instructor no dependa jerárquicamente de la autoridad sancionadora, pues en otro caso la separación de órganos carece de cualquier significado” (pág. 134).

Y es por tal motivo que el Tribunal Constitucional Español rechaza la extensión de las garantías de independencia e imparcialidad judicial a las

autoridades que tienen a cargo el derecho administrativo sancionador, incluido el derecho disciplinario, pues como bien lo expone Bandrés Sánchez (1994):

“Si hay que operar en todo caso con cautela en el trasvase de garantías jurisdiccionales constitucionalizadas en el art. 24 de la Norma Fundamental naturales del orden penal al orden administrativo sancionador, la operación se revela insostenible cuando el instituto a implantar como el derecho al juez sea incompatible con la propia arquitectura del procedimiento administrativo, en que el órgano llamado a decidir la sanción es juez y parte” (pág. 8).

Es así como incluso el mismo doctrinante señala que el Tribunal Constitucional en el Auto 170 de 1987 revela la imposibilidad de otorgar las mismas garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionatorio en la medida que la imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial, no se predicen de un órgano administrativo, máxime cuando:

“El Tribunal Constitucional se va a entretener en definir la diferente posición que desempeñan las autoridades y funcionarios públicos en la tramitación de los procedimientos disciplinarios en relación con la posición del juez en el proceso judicial. Y así el Instructor del expediente aparece como acusador al que cabe calificar de público, en cuanto formula la propuesta de resolución, y el órgano o autoridad administrativa decidente resulta el mismo que procedió a acordar la incoación, con lo que anota eclécticamente el Superior Tribunal de garantías constitucionales que “no deja de ser juez y parte al mismo tiempo” (Bandrés, 1994, pág. 9).

IV.- CONCLUSIONES

En razón a las situaciones esbozadas previamente, es que las decisiones disciplinarias tanto en Colombia como en España cuentan con un control judicial ante el Tribunal Contencioso-Administrativo, por medio de proceso contencioso administrativo, cuando sea necesario garantizar la tutela judicial efectiva, en eventos que se transgreda el derecho a la defensa (indefensión material para el interesado), se valoren equivocada o erróneamente las pruebas, y se nieguen pruebas que si debieron ser decretadas (lo cual extiende

la fiscalización judicial a la legalidad y oportunidad de la prueba denegada); además, excepcionalmente poseen un control constitucional ante el Tribunal Constitucional, por medio del recurso de amparo, cuando se vulneran derechos fundamentales. Lo cual conlleva solo una revisión de legalidad del proceso adelantado en sede administrativa, mas no una reiteración, repetición o recuperación del proceso disciplinario en sede judicial, por falta de contradicción o solicitud oportuna de pruebas, o al planteamiento de nuevos hechos o alegaciones que no hubiesen sido controvertidos oportunamente, dentro la etapa procesal respectiva (Pérez, 2008, págs. 233-245).

En consideración propia, se tiene que ha sido tan excesivo el formalismo por parte de los constituyentes de España y Colombia que ha llevado a concebir autoridades administrativas sancionatorias, que, en calidad de juez y parte, investigan y sancionan faltas disciplinarias. En ese sentido, por una parte justifican el adelanto del proceso disciplinario por una autoridad u órgano administrativo, bajo el fundamento de que como la administración tiene a su cargo los servidores públicos por principio de la relación de sujeción especial, se obliga a que sea la propia administración la que defina si su comportamiento está acorde o no a los principios y reglas de la función pública; y por otra parte, además de permitir que sea la misma administración, a través de sus propias dependencias u órganos de control de carácter administrativo, la que investigue las posibles conductas disciplinarias, también le otorgó la potestad para imponer la sanción disciplinaria al servidor público, por lo que queda evidenciada la figura de juez y parte en los procesos administrativos sancionadores, como el disciplinario. Esto ha sido fuertemente criticado por varios autores de otras instituciones, como la del derecho penal, que cuenta con una división de funciones al respecto, pues por un lado está el órgano judicial encargado de adelantar la investigación, como ocurre en Colombia a través de la Fiscalía General de la Nación; y por otro lado está el órgano judicial encargado de imponer la sanción, como ocurre en Colombia con los Jueces y Magistrados adscritos a la Jurisdicción Penal Ordinaria.

REFERENCIAS

- BANDRÉS, J. M. (1994). *Las Garantías Constitucionales del Procedimiento Administrativo Sancionador*. Madrid, España: Marcial Pons. Obtenido de *Las Garantías Constitucionales del Procedimiento Administrativo Sancionador*.
- DÍAZ, F. (2016). *Derecho Administrativo Sancionador*. Barcelona: Atlelier.
- GARBERI, J. &. (2016). *El Procedimiento Administrativo Sancionador* (Sexta ed., Vol. I). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Jefatura del Estado. (1 de octubre de 2015). Ley 40, 2015. *Régimen Jurídico del Sector Público*. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado. Obtenido de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-10566-consolidado.pdf>
- LASSO, J. F. (1999). *Crónica de la Codificación Española*. Madrid, España: Ministerio de Justicia. Obtenido de <https://books.google.com.co/books?id=DF8pFLZzr7kC&lpg=PA232&ots=XTDLSFJ0kz&dq=responsabilidad%20disciplinaria%20gubernativa%20%2B%20espa%C3%B1a&pg=PP1#v=onepage&q=responsabilidad%20disciplinaria%20gubernativa%20+%20espa%C3%B1a&f=false>
- PEMÁN GAVÍN, I. (2000). *El Sistema Sancionador Español- Hacia una Teoría General de las Infracciones y Sanciones Administrativas* (Primera ed.). Barcelona: Cedecs Editorial S.L.
- PÉREZ, R. &. (2008). *Principios del Derecho Administrativo Sancionador* (Vol. I). Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.
- Poder Judicial España*. (19 de abril de 2019). Obtenido de Poder Judicial España: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Informacion-Institucional/Historia-del-CGPJ/>

SAMPOL, M. S. (2013). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (Tercera ed.). Madrid: Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

SANTAMARÍA, J. (1998). *Principios del Derecho Administrativo* (Vol. I). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

TRAYTER, J. &. (1995). *Derecho Administrativo Sancionador: Materiales* (Primera ed.). Barcelona, España: Cedecs Editorial.

LA LEGITIMACIÓN PROCESAL EN LAS ENTIDADES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA: ESPECIAL REFERENCIA A LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

*María Pilar Morgado Freige*¹
Profesora de Derecho Civil
(Universidad de Alcalá. España)

Resumen: el art. 35 CC sólo reconoce personalidad jurídica a las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley y aquellas asociaciones de interés particular a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Expresamente la LPH no atribuye personalidad jurídica a las comunidades de propietarios, cuestión totalmente ajena al otorgamiento o no del título constitutivo, lo que tiene como consecuencia que orgánicamente el papel de representación recaiga en su Presidente. Ante la ausencia de personalidad jurídica, cabe analizar desde la doctrina y la jurisprudencia sobre quién recae la legitimación activa y pasiva en el ejercicio de las acciones judiciales, si exclusivamente es sobre el Presidente o si se amplía ésta a los propietarios.

¹ Doctora en Derecho. pilar.morgado@uah.es

Abstract: art. 35 CC recognizes only legal personality to corporations, associations and foundations of public interest recognized by law and those associations of particular interest to which the law grants its own personality, independent of that of each of the associates. Specifically, the LPH does not attribute legal personality to the communities of owners, a matter totally foreign to the granting or not of the constitutive title, which has as a consequence that organically the representative role falls to its President. In the absence of legal personality, it is possible to analyze from the doctrine and jurisprudence on who falls the active and passive legitimation in the exercise of judicial actions, if it is exclusively on the President or if it is extended to the owners.

La presente comunicación tiene por objeto el análisis de la legitimación procesal de las entidades sin personalidad jurídica, en particular, las comunidades de propietarios en el régimen de la propiedad horizontal.

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA CUESTIÓN

La personalidad jurídica, en nuestro Derecho, se concede según el art. 35 CC² mediante el reconocimiento expreso de la Ley, previo al cumplimiento de una serie de requisitos relativos al acto de constitución, formalización, etc., y según una diversidad de elementos que dan lugar a las distintas clases de personas jurídicas³.

En relación con las comunidades de propietarios en el régimen jurídico de la Propiedad Horizontal ni la LPH⁴, ni la doctrina reconocen personalidad

² “Son personas jurídicas: 1.º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2.º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.

³ PÉREZ PASCUAL, E.: “Propiedad horizontal: La comunidad como ente sin personalidad. Representación y modo de actuar”, *RDP*, vol. 60, nº 10, nov. 1976, pág. 875.

⁴ En la Exposición de Motivos de la LPH únicamente se hace referencia a “La concurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que, sin perjuicio de su sustancial individualización, recaen sobre fracciones de un mismo edificio y dan lugar a relaciones de

jurídica a la comunidad de propietarios⁵ si bien en el I Simposio sobre Propiedad Horizontal se mantuvo que “la calificación de la Exposición de Motivos a la Junta de órgano rector colectivo, cuyas funciones y cometidos se hallan establecidos por la Ley, supone la existencia de los supuestos legales necesarios, y estar todo a punto, para una declaración legal invistiendo de personalidad a la comunidad, pero la declaración todavía no se ha producido”⁶. Idéntica posición han sostenido la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN⁷, si bien en cierta medida estas resoluciones personifican a la Comunidad de propietarios, lo que induce a PÉREZ PASCUAL a considerar que el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Junta de propietarios no sería ni sorprendente, ni mal recibido⁸.

Por su parte, la reforma de la LPH por la Ley 8/1999 se centró en una flexibilización del régimen de adopción de acuerdos, en la lucha contra la morosidad y, de forma destacada, en una enfatización de la tesis doctrinal y jurisprudencial centrada en la estructura orgánica de la Comunidad y en su art. 13, con lo que de forma implícita, el legislador sigue resolviendo por esta vía, y no a través de la

interdependencia que afectan a los respectivos titulares, ha hecho indispensable en la práctica la creación de órganos de gestión y administración”.

⁵ FUENTES LOJO no admite la personalidad jurídica, pero añade “ello no quiere decir que no actúen como tales”. *La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 725.

SOTO BISQUERT, GARRIDO CERDÁ Y DE LA CÁMARA dicen que “La Ley no personifica a la comunidad”, en *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad*, Junta de Decanos, Madrid, 1969, pág. 71.

FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, por su parte, rechaza la personalidad jurídica al no concederla a la comunidad de propietarios ninguna Ley en *La propiedad horizontal en el derecho español*, Ed. EDESA, 1983, págs. 845 a 849.

⁶ ACTAS de las sesiones de trabajo celebradas por las Comisiones de Estudio de I Simposio sobre la Propiedad Horizontal. Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante. Valencia, octubre, 1972, pág. 30.

⁷ Sirvan de ejemplo las SSTs de 19 de junio de 1965 (RJ 1965/3666), 24 de abril de 1973 (RJ 1975/1825) y 27 de junio de 1973 (RJ 1973/2592), 14 de mayo de 1992 (RJ 1992/4120) y la RD-GRN de 15 de junio de 1973 (RJ 1973/2758).

⁸ *Vid op. ya cit.*, pág. 875. Por su parte, MARTÍN BERNAL cuestiona la conveniencia de atribuir personalidad jurídica a las comunidades de propietarios a la vista de lo dispuesto en los artículos 9, e y f y 21 LPH por tratarse de comunidades por cuotas, en “Dos temas importantes de propiedad Horizontal muy propios de civilistas: el de la ‘personalidad’ de la comunidad y el de la calificación jurídica de las actas de la misma”, *ACTUALIDAD CIVIL*, nº2, enero 2006, págs. 136 y 137.

atribución de personalidad jurídica, los problemas de legitimación que se habían venido produciendo, como eran los problemas de legitimación planteados por la representación de los ausentes por parte del Presidente⁹. Tampoco la reforma de la LPH por Ley 8/2013 se ha detenido a estudiar esta cuestión.

La ausencia de personalidad jurídica de la comunidad de propietarios, cuestión totalmente ajena al otorgamiento o no del título constitutivo, tiene como consecuencia que orgánicamente el papel de representación recaiga en el Presidente de la misma¹⁰. Éste actúa como un auténtico órgano del ente comunitario al que personifica en las relaciones externas del mismo, sustituyendo con su voluntad individual, la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un puro instrumento físico a través de la cual actúa la comunidad, lo cual elimina la distinción y contraposición de sujetos típicos de la representación y permite al propio tiempo considerar todo lo realizado por el Presidente no como hecho "en nombre de la comunidad", sino como si ésta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho Presidente y la Junta de propietarios, ante los que, como es lógico, deberá responder en el caso de que lo llevado a cabo no se hubiera ajustado a las normas legales de orden general o del particular contenidas en los Estatutos que rigen la vida de cada una de estas entidades¹¹.

La representación orgánica por el Presidente, en consecuencia, se hace extensiva también a las comunidades de propietarios sin título constitutivo. Criterio mantenido por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1965¹² y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de mayo de 1998¹³,

⁹ PÉREZ MIRALLES, J. A.: "Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen de propiedad horizontal", AC nº 1, enero 2017, pág. 33.

¹⁰ Aunque el art. 13.3 LPH reconoce la representación judicial y extrajudicial de la comunidad en el Presidente, la STS de 19 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9154) amplía ese papel legitimador a cualquiera de los propietarios.

¹¹ STS de 19 de junio de 1965 (RJ 1965/3666). En el mismo sentido, cabe citar las SSTS de 25 de mayo de 1987 (RJ 1987/3582), 5 de julio de 1995 (RJ 1995/5463) y 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9277). También puede actuar en representación de las subcomunidades, tal y como indica la SAP de Murcia de 9 de noviembre de 2000 (JUR 2001/29402).

¹² RJ 1965/5611.

¹³ AC 1998/5568. En este sentido, la Sala sostuvo que "el ente colectivo difuso que representa la comunidad de propietarios, al que aunque nuestro ordenamiento jurídico no atribuye personalidad jurídica

aunque la sentencia del Alto Tribunal de 27 de junio de 1973¹⁴ atribuye la representación a todos los propietarios en este tipo de comunidades, apartándose de este modo del criterio general mantenido por la Sala de lo Civil.

II.- CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PERSONALIDAD JURÍDICA EN REFERENCIA A LA LEGITIMACIÓN PROCESAL

A la vista de la ausencia de personalidad jurídica y, en consecuencia, de la posible representación orgánica del Presidente¹⁵, cabe plantearse quién asume o a quién se le otorga la legitimación tanto para el ejercicio de las acciones judiciales como para la suscripción de contratos dirigidos a la adquisición del dominio y demás derechos reales.

1. Legitimación activa

En relativo a la legitimación activa, con carácter general y como hemos señalado, la representación de la comunidad le corresponde al Presidente quien puede interponer acciones tanto en defensa de los intereses de la comunidad como de los individuales de cada propietario¹⁶. Incluso también se hace extensiva esta representación al Presidente no propietario, pero mandado a tal efecto, por los propietarios¹⁷.

independiente de los miembros que la integran, se desenvuelve en el tráfico jurídico y económico como sujeto activo y pasivo de obligaciones, vinculándose a través de su órgano representativo -el presidente-. Todo lo anterior no impide en modo alguno que por acuerdo mayoritario de sus miembros en relación al cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a terceros en interés de la cosa común para su mantenimiento y conservación pueda convenirse su cumplimiento en forma mancomunada, mediante partes alícuotas y proporcionales a la participación de cada uno de los comuneros en la cosa común”.

¹⁴ *RJ* 1973/2592.

¹⁵ La STS de 8 de marzo de 1991 (*RJ* 1991/2201) considera que “si la Ley no le atribuye específica condición de persona jurídica, no puede sin ofender a la letra y espíritu de la Ley, negar la posibilidad de contraer derechos y obligaciones...”. Para la STS de 29 de mayo de 1984 (*RJ* 1984/2803) sólo al Presidente le corresponde ese papel de representación.

¹⁶ STS de 16 de junio de 2017 (*RJ* 2017/2878) y la más reciente de 8 de enero de 2019 (*RJ* 2019/33).

¹⁷ Sirva de ejemplo en este caso la STS de 3 de octubre de 2018 (*RJ* 2018/4236).

Por otra parte, siguiendo la doctrina de la legitimación individual del comunero en beneficio de la comunidad, se puede afirmar que éste está legitimado para ejercitar por sí solo las acciones que competen a la masa común, siempre que al hacerlo exija la prestación para todos los comuneros¹⁸. Criterio éste último corroborado por las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1966¹⁹ y 23 de abril de 1970²⁰, donde definitivamente reconocen la legitimación de los propietarios para ejercer las correspondientes acciones procesales tanto en representación de la comunidad, como en defensa de sus intereses individuales como es el caso de la primera resolución. Criterio ratificado tanto por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1997²¹ para una comunidad sin título constitutivo, como por la sentencia de la Audiencia Provincial de las Vizcaya de 31 de marzo de 2017²² en la que se reconoce legitimación procesal a aquellas subcomunidades que no han sido incluidas en el título constitutivo, cuya consolidación y actuación “de facto” va dirigida a gestionar sus propias determinaciones y cuestiones internas. Incluso la legitimación procesal se amplía a comunidades de propietarios que aún no se hayan constituido, tal y como lo mantiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de

¹⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, M^º C.: “La legitimación individual del propietario en el ámbito de la Propiedad Horizontal”, VLEX- 280105, pág. 9, en *Representación de la comunidad de propietarios y la legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997. En este sentido también cabe citar la STS de 11 de diciembre de 1965 (RJ 1965/5611) que ante un supuesto de comunidad de propietarios sin título constitutivo aplica el art.12 LPH y reconoce su legitimación.

¹⁹ RJ 1966/2169. En este aspecto, la Sala considera que “todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto, o bien aisladamente, -y aun existiendo un Presidente designado- podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado, lo mismo con relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los elementos comunes, ya que los datos de aquellas o en éstos le afectan a su derecho particular, que requiere necesariamente la utilización de los elementos comunes”.

²⁰ RJ 1970/2035.

²¹ RJ 1997/7897.

²² JUR 2017/213815. En el mismo sentido, la SAP de las Islas Baleares de 21 de marzo de 2002 (JUR 2002/152007). Idéntico criterio sostiene la SAP de Castellón de 7 de mayo de 1998 (AC1998/833), pero en este supuesto relativo a urbanizaciones sin título constitutivo a las que por analogía se les aplica la LPH. Por el contrario, la SAP de Pontevedra de 7 de noviembre de 2016 (JUR 2016/257542), mantuvo su oposición a reconocer legitimación procesal a una subcomunidad no reconocida en el título constitutivo.

4 de febrero de 2004²³. Es más, la legitimación del propietario puede nacer del propio perjuicio que le ocasione el acuerdo adoptado, tal y como establece el Tribunal Supremo en su resolución de 6 de marzo de 2019²⁴.

2. Legitimación pasiva

En cuanto a la legitimación pasiva, la cuestión que se plantea es si en una demanda contra una comunidad de propietarios, ésta debe dirigirse exclusivamente contra el Presidente o debe demandarse a todos los propietarios integrantes de la misma.

La respuesta a esta duda ha venido propuesta tanto por la ley como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de las Audiencias Provinciales.

Tanto el art. 7 n.º 7 LEC²⁵, como el Tribunal Supremo se inclinan por adjudicar la legitimación pasiva al Presidente de la comunidad²⁶, si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2015²⁷ declara la necesidad de un previo acuerdo de la junta de propietarios que autorice expresamente al presidente de la comunidad para ejercitar acciones judiciales en defensa de ésta salvo que los estatutos expresamente dispongan lo contrario o el presidente actúe en calidad de copropietario. En este sentido, cabe citar

²³ JUR 2004/81758.

²⁴ JUR 2019/84931.

²⁵ “Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros”, en relación de con lo dispuesto en el art. 13.3 LPH, conforme al cual “El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten”.

²⁶ STS 3 de febrero 1975 (RJ 1975/326). En opinión de MAGRO SERVET, “Adquisición de bienes inmuebles por la comunidad y acuerdo de junta para contestar una demanda”, *Rev. CAF Madrid*, marzo/abril 2019, pág. 44, “el acento debe colocarse en que la defensa no sea inocua y arbitraria sino razonable, con el fin de velar por los intereses de la comunidad, y congruente con los acuerdos adoptados por ella, objeto de impugnación. Por ello, el presupuesto de la intervención pasiva del presidente es que su actuación como órgano de la comunidad no supere el ámbito objetivo del poder de representación que como tal tiene conferido, esto es, en los asuntos que afectan a la comunidad. Y a ésta le interesa que se defienda y recurrir lo que sea positivo para la misma”.

²⁷ RJ 2015/4969.

a modo de ejemplo las sentencias del Alto Tribunal de 5 de diciembre de 1989²⁸ y 18 de marzo de 1994²⁹.

Si bien hay que tener en cuenta que cuando no se ha elegido un Presidente en una comunidad en este caso se debe demandar a todos los integrantes de la misma, tal y como establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 25 de julio de 1997³⁰.

En cuanto a las relaciones de la comunidad con los terceros y, en particular con los acreedores de la propia comunidad, éstas siempre se canalizarán a través de la persona o los órganos que ostenten la representación y deberán hacer frente a las deudas con los fondos propios de la comunidad³¹, sin perjuicio de que la obligación reclamada sea asumida y distribuida por los propietarios en proporción a su cuota.

²⁸ RJ 1989/8797.

²⁹ RJ 1994/2553. En el mismo sentido, la SAP de Lleida de 11 de octubre de 1999 (AC 1999/7394), “ya que cuando ha de ser demandada la comunidad, aunque muchas sentencias admiten que los mismos argumentos que sirven para legitimar activamente a la Comunidad, sirven respecto a la legitimación pasiva, así la sentencia del TS de 14 de mayo de 1992 (RJ 1992/4120) dice que si es cierto que la comunidad no es un ente que pueda actuar como lo haría una sociedad, lo que no puede pretenderse de este singular régimen de propiedad es que sea una pura entelequia y dada su extensión, la complejísima trama de derechos y obligaciones que comporta y la imposibilidad de que pudiera operar como una comunidad de bienes ordinaria habida cuenta de la propiedad separada que caracteriza a la propiedad horizontal según el art. 396 CC, hace imprescindible que, aunque sin personalidad jurídica, sea considerada como un ente de proyección jurídica propia que si bien actualmente no puede operar sino a través de su representante en juicio y fuera de él, como es el presidente, tenga una estructura y función propia y relevante en el futuro que se asemeje a las personas jurídicas”.

³⁰ AC 1997/1507.

³¹ En opinión de PÉREZ PÉREZ, son los órganos de representación y administración los que tendrán que exigir a los consorciados morosos el cumplimiento de las obligaciones con la comunidad, para poder ellos, a su vez, cumplir los de la comunidad con los terceros; y si, con motivo de esta reclamación previa, se produjese un retraso en el pago definitivo y total del acreedor o, para evitar el retraso, algún consorciado hubiera anticipado voluntariamente el importe de la contribución del moroso, será de cuenta de éste, conforme al art. 1150 CC, la indemnización de los daños y perjuicios producidos, en su caso al acreedor o a quien hubiera adelantado el pago. *El consorcio real en el Derecho Positivo español*. Ed. MOPU, Madrid, 1986, pág. 189.

BIBLIOGRAFÍA

ACTAS de las sesiones de trabajo celebradas por las Comisiones de Estudio de I Simposio sobre la Propiedad Horizontal. Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante. Valencia, octubre, 1972.

DE LA CÁMARA, M., GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT: “Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad”. Madrid. Junta de Decanos, 1969.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: “La propiedad horizontal en el derecho español”, Ed. EDERSA, 1983.

FUENTES LOJO, J. V.: “La Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999”, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C.: “La legitimación individual del propietario en el ámbito de la Propiedad Horizontal”, VLEX- 280105, en *Representación de la comunidad de propietarios y la legitimación individual del comunero en la propiedad horizontal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

MAGRO SERVET: “Adquisición de bienes inmuebles por la comunidad y acuerdo de junta para contestar una demanda”, *Rev. CAF Madrid*, marzo/abril 2019.

MARTÍN BERNAL, J. M.: “Dos temas importantes de propiedad Horizontal muy propios de civilistas: el de la ‘personalidad’ de la comunidad y el de la calificación jurídica de las actas de la misma”, *ACTUALIDAD CIVIL*, nº2, enero 2006.

PÉREZ MIRALLES, J. A.: “Atribución de personalidad jurídica a las comunidades de propietarios en el régimen de propiedad horizontal”, *AC* nº 1, enero 2017.

PÉREZ PASCUAL, E.: "Propiedad horizontal: La comunidad como ente sin personalidad. Representación y modo de actuar", *RDP*, vol. 60, nº 10, nov. 1976.

PÉREZ PÉREZ: *El consorcio real en el Derecho Positivo español*. Ed. MOPU, Madrid, 1986.

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Joaquín José Noval Lamas

Abogado. Doctor en Derecho y Profesor asociado
(Universidad Pablo de Olavide. España)

Resumen: la Ley 42/2015, de 5 de octubre, implantó las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia española e impuso, a partir del 1 de enero de 2016, la utilización de sistemas telemáticos para la presentación de escritos procesales (*Lexnet*). Las incidencias originadas por la utilización de estos sistemas están llegando a los Tribunales de Justicia, incluso al Tribunal Constitucional, al poder afectar al derecho a la tutela judicial efectiva. Un ejemplo es la sentencia nº 6/2019, de 17 de enero, del Pleno del Tribunal, que resuelve la Cuestión de inconstitucionalidad nº 3327/2017 planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, y que concluye la constitucionalidad del precepto que establece la obligación de consultar periódicamente el sistema por los profesionales, sin que la falta de aviso conculque el derecho a la tutela judicial efectiva.

I.- INTRODUCCION: DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y MODERNIZACIÓN DE LA JUSTICIA

El derecho a la tutela judicial efectiva se configura como uno de los pilares sobre los que se fundamenta el sistema institucional implantado por la Constitución española de 1978, pues difícilmente se puede consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la

voluntad popular -como afirma su Preámbulo- sin unos órganos judiciales que aseguren de manera efectiva el cumplimiento de la misma.

La Constitución se muestra especialmente sensible con este derecho, incluyendo en el primer precepto de su articulado a la Justicia como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, al mismo nivel que la libertad y la igualdad. Del mismo modo, se dedica el Título VI a regular el poder judicial como garante de la Justicia, siendo los órganos judiciales los únicos legitimados para el ejercicio de la potestad jurisdiccional y estableciéndose la obligación de todos, ciudadanos y poderes públicos, de cumplir sus sentencias y demás resoluciones.

Pero la Justicia no es sólo un principio fundamental, sino que también se constituye como un derecho fundamental de los ciudadanos, a quienes el art. 24 de la Constitución reconoce su derecho a obtener la tutela efectiva de los órganos judiciales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso puedan sufrir indefensión.

El párrafo segundo del precepto reconoce igualmente el derecho a un proceso con todas las garantías.

Además de estas consideraciones, la Constitución también proclama la voluntad de la Nación española de promover el progreso de la cultura y la economía como medio para obtener una mejor calidad de vida, atribuyéndose al Estado importantes facultades en materia económica y de desarrollo y modernización de la actividad económica y social. La Justicia no puede quedar al margen de ello, por lo que resulta una obligación del Estado su permanente mejora y modernización, mediante la utilización de los sistemas tecnológicos que agilicen los procedimientos y permitan tanto una mayor calidad de las resoluciones judiciales que se dicten, como una mayor rapidez en la resolución de los procesos en los que se ejercitan los derechos de los ciudadanos¹.

¹ No debe olvidarse que el art. 6.1 de la Convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, aprobada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, y al que España se adhirió mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída *dentro*

Sin embargo, la utilización de los actuales medios tecnológicos para la obtención de una mayor calidad de la Justicia en ningún caso puede provocar su ausencia mediante la indefensión de los ciudadanos. De ahí las prevenciones adoptadas por el legislador al introducir el sistema telemático para la presentación de escritos procesales (*Lexnet*), especialmente al regular la presentación de escritos y la recepción de notificaciones, momentos en los que se puede provocar indefensión si un escrito no se tiene por presentado -precluyendo el trámite- o no se recibe correctamente la notificación de una resolución -impidiendo el eventual recurso contra la misma-. El origen de la cuestión de inconstitucionalidad que da origen a la sentencia objeto de nuestro comentario se refiere precisamente a esta cuestión.

II.- LA LEY 42/2015, DE 5 DE OCTUBRE Y LA IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA LEXNET

Podría decirse que la necesidad de modernización de la administración de Justicia ha estado presente desde sus propios orígenes. Así, la Ley de bases de 21 de junio de 1880, para la reforma del enjuiciamiento civil², que daría origen a la Ley de Enjuiciamiento Civil española precedente de la actual, establece como la primera de sus Bases la de *“adoptar una tramitación que abrevie la duración de los juicios tanto cuanto permitan el interés de la defensa y el acierto en los fallos, estableciendo al efecto reglas y preceptos rigurosos para que no se consientan escritos ni diligencias inútiles; para que se observen los términos judiciales y sean eficaces los apremios”*.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) resultante de la Ley de Bases, aprobada un año más tarde por Real Decreto de 3 de febrero de 1881³ y que ha estado vigente más de un siglo en nuestro ordenamiento jurídico, fue objeto de múltiples reformas, muchas de las cuales tuvieron como objetivo la modernización del procedimiento mediante su simplificación y agilización. Es de destacar la reforma introducida tras la promulgación de

de un plazo razonable, recogiendo de este modo la frase de Séneca, contenida en sus Cartas a Lucilio, de que nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía.

² Gaceta núm. 36, de 5 de febrero de 1881.

³ Gacetas núm. 36 a 53, de 5 a 22 de febrero de 1881.

la Constitución, a través de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴, que comienza su Exposición de Motivos aludiendo a que *"el largo recorrido de la Ley ha puesto de relieve algunos defectos, entre los cuales figura que permite o no evita sensibles retrasos en la Administración de Justicia, por más que la primera declaración contenida en la originaria Ley de Bases enunciaba un criterio tan ponderado y digno de ser suscrito hoy como el de adoptar una tramitación que abrevie la duración de los juicios"*.

Por su parte, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial⁵ incluyó un Libro III, denominado "Del régimen de los juzgados y Tribunales", en el que se contienen diversas normas procesales relativas a aspectos tales como el tiempo de las actuaciones judiciales, el modo de constituirse los órganos judiciales, las resoluciones o la fe pública judicial y la documentación del proceso. En este Libro se incluye un art. 271, regulador del modo de practicarse las notificaciones, en el que se hace referencia al correo, al telégrafo o a *"cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales"*, lo que implica una clara referencia a la utilización de las tecnologías disponibles en cada momento para obtener una mayor agilidad en el procedimiento.

Esta referencia es prácticamente reproducida por la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁶, que en su art. 152, dedicado a la forma de los actos de comunicación, incluye como una de ellas la remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo, telegrama -que sustituye al telégrafo- o *cualquier otro medio técnico* que permita dejar constancia fehaciente de su recepción, fecha y contenido de lo comunicado en autos.

No se queda ahí la vigente LEC en cuanto a sus previsiones de utilización de los medios tecnológicos existentes en cada momento, sino que en el art. 162 apuesta decididamente por que los actos de comunicación se

⁴ BOE núm. 188, de 7 de agosto de 1984.

⁵ BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985.

⁶ BOE núm. 7, de 8 de enero.

lleven a cabo por medios electrónicos, telemáticos o *de otra clase semejante* que permitan el envío y recepción de escritos y documentos, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se llevan a cabo. Correlativamente, se impone a las partes y profesionales que intervengan en los procedimientos la obligación de comunicar al órgano judicial el hecho de disponer de tales medios y su dirección.

A pesar de estas prevenciones, hubo de transcurrir una década para que se produjera un avance significativo: la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia⁷. Esta norma, en su Preámbulo, vincula el derecho a la tutela judicial efectiva con la utilización de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia⁸, pues el uso de aquellas es determinante en la modernización de ésta, lo que redundará en la obtención de una verdadera y efectiva tutela de los derechos de los ciudadanos. Como también se indica en el Preámbulo de la norma, son objetivos de la Ley la actualización del contenido del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas gracias a la utilización de nuevas tecnologías en las comunicaciones; la generalización en el uso por los profesionales de las nuevas tecnologías; y, finalmente, la definición en una norma con rango de ley del conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos así como cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales.

⁷ BOE núm. 160, de 6 de julio de 2011.

⁸ *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales. Así se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 24.1 de la Constitución y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para salvaguardar dichos derechos de los ciudadanos es necesaria la modernización de la Administración de Justicia, campo esencial para consolidar el Estado de Derecho y mejorar la calidad de nuestra democracia. En este contexto de modernización, uno de los elementos de mayor relevancia es, precisamente, la incorporación en las oficinas judiciales de las nuevas tecnologías. Su uso generalizado y obligatorio contribuirá a mejorar la gestión en las oficinas judiciales, actualizando su funcionamiento e incrementando los niveles de eficiencia”.*

El articulado de la ley estableció el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración de Justicia por medios electrónicos⁹, impuso a los profesionales de la Justicia el deber de utilizar los medios electrónicos, las aplicaciones o los sistemas establecidos por las Administraciones competentes, reguló la sede judicial electrónica, así como estableció las normas de identificación mediante firma electrónica para el acceso al sistema. Finalmente, introdujo normas procesales para regular el expediente judicial electrónico, el registro judicial electrónico, el cómputo de plazos¹⁰ o las comunicaciones y notificaciones electrónicas.

Sin embargo, será la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹¹, la que supondrá un cambio

⁹ El art. 4 de la norma reconoce el derecho de los ciudadanos, en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad judicial, los siguientes derechos:

- a) A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia.
- b) A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de la Administración de Justicia.
- c) A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte procesal legítima.
- d) A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de parte o acrediten interés legítimo.
- e) A la conservación en formato electrónico por la Administración de Justicia de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente conforme a la normativa vigente en materia de archivos judiciales.
- f) A utilizar los sistemas de identificación y firma electrónica del documento nacional de identidad o cualquier otro reconocido para cualquier trámite electrónico con la Administración de Justicia en los términos establecidos por las leyes procesales.
- g) A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de la Administración de Justicia.
- h) A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.
- i) A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con la Administración de Justicia siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos y, en todo caso, siempre que sean compatibles con los que dispongan los juzgados y tribunales y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento que se trate.

¹⁰ La regulación se contiene en el art. 32 de la norma, introduciendo la posibilidad de presentación de escritos *“todos los días del año y durante las veinticuatro horas”*, sin perjuicio de que la presentación en día inhábil sólo producirá efectos *“en la primera hora del primer día hábil siguiente”*.

¹¹ BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

revolucionario en la forma de comunicación entre los profesionales que intervienen en los procesos y la Administración de Justicia, lo que ya se aprecia desde el Preámbulo. En efecto, según éste, los avances en el uso de las nuevas tecnologías de comunicación constituyen un valioso instrumento para el desarrollo de las actuaciones de la Administración de Justicia, viniendo la norma a acometer una reforma en profundidad de las diversas actuaciones procesales para generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos. Generalización que se traduce en el carácter subsidiario que se da al soporte papel¹² y el establecimiento del sistema a partir de una fecha determinada: 1 de enero de 2016.

Con este punto de partida, la ley¹³ da nueva redacción a los preceptos de la LEC que regulan la presentación de escritos -art. 135, que impone la obligación de presentación de todos los escritos, iniciadores o no, y demás documentos a través de los sistemas telemáticos o electrónicos establecidos (*Lexnet*), de tal forma que se garantice la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras, así como de su fecha- y a las notificaciones de resoluciones a las partes -art. 152 y 162 de la LEC, que igualmente establecen la obligación de notificación por medios electrónicos-¹⁴.

De este modo, el sistema queda configurado como obligatorio para la práctica de notificaciones por medios electrónicos a través del sistema *Lexnet*, en el

¹² El soporte papel queda reducido a aquellos supuestos que vienen establecidos por la propia ley procesal. Piénsese, por ejemplo, en los originales de los títulos valores o de los títulos ejecutivos en los procedimientos que los regulan, o en la propuesta de convenio regulador en un procedimiento de divorcio, que debe haber sido suscrito con anterioridad por las partes.

¹³ La ley ha sido desarrollada por Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema *LexNET* (BOE núm. 287, de 1 de diciembre de 2015).

¹⁴ En la actualidad, la utilización del sistema está generalizada hasta el punto de que según las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Comunicaciones-telematicas-en-procedimientos-judiciales/Comunicaciones-Telematicas-de-Entrada-y-salida-de-los-organos-judiciales-y-servicios-comunes--Lexnet-/>, en 2018 se practicaron 74.383.796 notificaciones a través del sistema, volumen que pone de manifiesto el ahorro en tiempo y costes de gestión que supone. Igualmente, en 2018 el número de usuarios dado de alta en el sistema alcanza los 274.319. Web consultada el 16 de septiembre de 2019.

que se crea un buzón de notificaciones a cada usuario, pudiendo el destinatario de las notificaciones identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico a través del cual se le informará de la puesta a su disposición de un acto de comunicación. En estos casos, la oficina judicial enviará un aviso a esa dirección, aunque la falta del mismo no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida. Si transcurren tres días sin que el destinatario acceda al contenido de la comunicación puesta a su disposición, se entenderá que ésta ha sido efectuada legalmente desplegando plenamente sus efectos.

Es éste, precisamente, el aspecto en el que puede verse afectado el derecho a la tutela judicial efectiva. Si una determinada notificación no es efectivamente recibida por su destinatario y deviene en la pérdida de una posibilidad procesal -fundamentalmente, un recurso-, el derecho fundamental puede verse afectado. Es en este contexto en el que se dicta la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de enero¹⁵, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad nº 3327/2017 planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León relativa al art. 152.2 LEC en su nueva redacción, objeto de nuestro análisis¹⁶.

III.- LA SENTENCIA Nº 6/2019, DE 17 DE ENERO, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los hechos que dan lugar a la sentencia parten de que, a pesar de tramitarse un litigio ante los juzgados de lo social de Ponferrada, el graduado social que defiende los intereses de la empresa demandada tiene su despacho profesional en otra comunidad autónoma (Cataluña) en la que, según refiere

¹⁵ Sentencia nº 6/2019, publicada en BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

¹⁶ Debe tenerse en cuenta que, aunque la sentencia objeto de nuestro comentario es, quizá, la más relevante de las dictadas en relación con el sistema de notificación judiciales por medios electrónicos, no es la única, sino que en los últimos tiempos se han dictado otras resoluciones que versan sobre el mismo y los problemas que genera. Así ocurre con resoluciones de Audiencias Provinciales, como la de Valencia (auto 501/2019, de 20 de mayo) o la de Jaén (sentencia 179/2019, de 20 de febrero). Pero, aún más relevante, debe citarse la sentencia 55/2019 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019) que estima un recurso de amparo con origen en el defectuoso funcionamiento del sistema.

el recurrente, no se utilizaba el sistema *Lexnet* por los Juzgados de lo social de modo generalizado en aquella fecha, lo que sin duda resulta relevante.

Tras el dictado de la sentencia por el juzgado de lo social, esta es notificada telemáticamente el 26 de octubre, no recibiendo el graduado social de la empresa aviso alguno en su correo electrónico. El 10 de noviembre, accede a su buzón de *Lexnet* y acepta la notificación de la sentencia. Por su parte, el 15 de noviembre, el letrado de la administración de justicia del Juzgado dicta diligencia de ordenación declarando la firmeza de la sentencia -por entenderla notificada a los tres días del envío- y acordando el archivo de las actuaciones. El 16 de noviembre, la empresa interpone recurso de reposición contra la señalada diligencia que es estimado mediante decreto del letrado de la administración de justicia, interponiéndose a continuación recurso de suplicación contra la sentencia, que es admitido a trámite y remitido al Tribunal Superior de Justicia.

El Tribunal, con carácter previo a decidir sobre la admisión del recurso, decide plantear la cuestión de inconstitucionalidad del inciso indicado anteriormente al objeto de decidir si la interposición del recurso se hizo dentro del plazo establecido o la sentencia era ya firme en ese momento. Según sus propias palabras, *“si no existiera el inciso del artículo 152.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que dice que la falta de práctica del aviso no impide que la notificación sea considerada plenamente válida, el resultado sería que el anuncio del recurso se habría efectuado en plazo, pero si esta Sala aplica lo dispuesto expresamente en dicha norma, hemos de considerar que la falta de aviso no afecta a la validez de la comunicación y el recurso se anunció fuera de plazo”*¹⁷.

¹⁷ Los argumentos que fundamentan la posible inconstitucionalidad del precepto son: a) El aviso de la comunicación o notificación está regulado como obligatorio para el órgano judicial por el artículo 152.2 de la Ley de enjuiciamiento civil cuando el interesado haya proporcionado un medio hábil a tal efecto. b) Al quedar regulado en la Ley de enjuiciamiento civil dicho aviso tiene la consideración legal de acto procesal y de hecho la realización del aviso, como hemos dicho, está de facto integrado en la aplicación de gestión procesal Minerva y del mismo queda constancia en el expediente electrónico cuando se lleva a cabo. c) La omisión del aviso de la comunicación o notificación puede generar una efectiva indefensión, porque afecta al comportamiento y al nivel de diligencia que a la parte o su representante le es exigible desplegar, esto es, no es lo mismo que la parte sepa que, al poner a disposición tales medios, va a recibir un aviso si se le realiza una comunicación, por estar obligada a ello la oficina judicial, que no cuente con que tal aviso se vaya

El análisis de la constitucionalidad del precepto que lleva a cabo el Tribunal Constitucional comienza destacando que el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, de tal modo que su ejercicio se supedita al cumplimiento de los requisitos y trámites procesales establecidos en las leyes. La misma exigencia de configuración legal se predica respecto de los actos de comunicación procesales. La protección constitucional, por tanto, se proyecta específicamente sobre estos actos de comunicación, lo que impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas que los regulan, cuidando siempre de que lleguen a sus destinatarios.

En este contexto y por lo que se refiere al precepto cuestionado, el Tribunal considera obligatoria la utilización por los profesionales de los medios electrónicos de comunicación siendo el único canal habilitado al efecto en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia *Lexnet*. Las garantías

a realizar. En el primer caso su confianza legítima en el cumplimiento por las oficinas judiciales de sus obligaciones legales ampara su comportamiento, mientras que si tal aviso no estuviera regulado en las normas procesales como obligatorio se vería obligada a consultar su buzón electrónico con regularidad diaria todos los días del año. d) La exigencia de ese comportamiento (la apertura y consulta del buzón electrónico, conectándose a internet y abriendo el mismo todos los días del año para comprobar si existen notificaciones o comunicaciones) puede ser una carga desproporcionada para los profesionales de la Justicia que utilicen habitualmente el sistema *Lexnet*, puesto que, aunque por su trabajo habitual y su dedicación se pueda esperar que sigan esa conducta regularmente, ello les obliga a mantener la misma en periodos vacacionales y de descanso, lo que supone una obligación exorbitante impuesta por los poderes públicos y posiblemente contraria al artículo 40.2 de la Constitución. Aún más exorbitante será dicha obligación en otros casos, por ejemplo cuando quien utiliza el sistema es una persona que no es profesional de la Justicia y decide voluntariamente relacionarse de forma electrónica con la Administración de justicia, o cuando se trata de una persona jurídica o entidad sin personalidad jurídica que está obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración de justicia en virtud de los artículos 33.1 de la Ley 18/2011 y 4 del Real Decreto 1065/2015 (en relación con sus artículos 20 a 25 y con su disposición final cuarta), o cuando se trata de profesionales de la Justicia que, como es el caso, sólo actúen esporádicamente en el territorio competencia el Ministerio de Justicia, en el que está implantado el sistema electrónico *Lexnet* como obligatorio. e) El artículo 166 de la Ley de enjuiciamiento [sic] civil regula la nulidad de los actos de comunicación y dispone que serán nulos los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en este capítulo y pudieren causar indefensión. f) La nulidad de la comunicación no es mera consecuencia de la disposición legal citada, sino exigencia constitucional, en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que cuando como consecuencia del incumplimiento de las normas procesales que regulan la comunicación con la parte ésta pierde el derecho a un trámite esencial (en este caso la posibilidad de recurrir la sentencia del Juzgado de lo Social con la que está en desacuerdo), se está afectando al derecho constitucional del artículo 24 de la Constitución.

y funcionalidades de que goza el sistema se encuentran reguladas en el ya citado Real decreto 1065/2015.

Ahora bien, el envío de un aviso al destinatario respecto del hecho del acto de comunicación que previamente le ha sido transmitido por vía electrónica -y depositado en su buzón virtual- es una nueva obligación del órgano judicial que no se considera, sin embargo, un acto de comunicación en sí mismo, por lo que no debe contar con las mismas garantías que si lo fuera. En tal sentido, el precepto no regula su contenido y ni siquiera existe el compromiso de garantizar la viabilidad técnica de los avisos, pues el Preámbulo de la Ley matiza que el envío de los avisos se llevará a cabo *“siempre que esto sea posible”*.

Con estas premisas, la conclusión del Tribunal es la constitucionalidad del precepto y ello porque:

- a. La posible inconstitucionalidad la funda el Tribunal remitente no en el mero hecho de que la remisión del envío no se haga, sino en que tal omisión puede generar indefensión por el desconocimiento de un acto procesal y la pérdida de un derecho procesal al recurso al no ejercitarse en plazo. El Tribunal rechaza el argumento al partir del distinto régimen jurídico del aviso del envío y de la comunicación propiamente dicha. Según indica el Tribunal *“el aviso representa un acto procesal efectuado por la oficina judicial, de carácter accesorio, que ayuda o facilita el conocimiento del hecho de haberse practicado un acto de comunicación, pero a cuyo acceso efectivo el aviso no coadyuva, sino que exige la utilización del canal electrónico habilitado para el profesional”*.
- b. Al no ser el aviso del envío un acto de comunicación procesal -no se incluye en la enumeración del art. 149 LEC-, no le resulta aplicable la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión.
- c. No se admite el argumento del órgano remitente sobre la “desproporción” de la carga de tener que consultar el profesional el buzón electrónico de manera permanente, pues esa misma carga ya existía cuando las notificaciones se hacían en soporte papel y forma parte de

- su responsabilidad profesional. Por el contrario, el sistema electrónico le permite hacerlo sin necesidad de su presencia física y a distancia.
- d. Finalmente, no se considera quebrantado el principio de confianza legítima pues éste se predica respecto de la aplicación de los preceptos y no existe ninguno que establezca la vinculación entre la realización del aviso y los efectos de la notificación procesal. Al contrario, el art. 152 establece la norma opuesta: el destinatario puede identificar un dispositivo electrónico, servicio de mensajería o dirección de correo electrónico para que se le informe de la puesta a su disposición de un acto de comunicación, pero no para la práctica de notificaciones (inciso primero) y la falta de práctica del aviso no impide que la notificación se considere plenamente válida (inciso tercero).

La conclusión de lo anterior, ya avanzada, es evidente: el precepto es constitucional y se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada¹⁸.

¹⁸ Debe advertirse, no obstante, que existe un voto particular formulado por el magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos que concluye que debía ser estimada la cuestión de inconstitucionalidad.

LOS VALORES COMO POLITICA PÚBLICA Y SU IMPORTANCIA EN EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO

Luis Alberto Osornio Saldívar¹

Catedrático titular de la asignatura en criminalística a nivel licenciatura y posgrado (Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México)

Sumario: I.- Introducción. II.- Problemática. III.- Conceptos Generales. IV.- Corrupción y nueva normalidad. V.- Política Pública y Política Anticorrupción. VI.- El Sistema Nacional Anticorrupción. VII.- Conclusiones. Bibliografía

Resumen: México está viviendo un periodo de transición de un sistema ya viejo y no apropiado para nuestro tiempo, a otro enteramente nuevo. Es un proceso de cambio que encuentra fuerzas de resistencia y también riesgos, pero es necesario e impostergable, pues su retraso o cancelación implicaría altos costos para el futuro de la nación en plena transformación, de tal manera que el análisis del Nuevo Sistema Nacional Anticorrupción debe partir del fundamento ético en donde radica la política pública en materia de seguridad como un reto en la Administración de Justicia.

¹ Doctor en Derecho por parte de la Universidad de Burgos (España) y certificado en la especialidad en Criminalística de campo por el Instituto de Ciencias Penales de la Ciudad de México; fungió como coordinador de la maestría en Política Criminal del 2015 al 2016 y, en la actualidad, es Coordinador de la Licenciatura en Criminología, Líder del cuerpo Académico de Criminología y Ciencias Forenses de la FACDER UASLP y Consejero Municipal de la Dirección de Prevención y seguridad Pública del Estado de San Luis Potosí.

Palabras Clave: nueva normalidad, ética, valores, política, corrupción.

Abstract: *Mexico is living the transition from an old and obsolete system to an entirely new one. It is a process of change that finds strengths of resistance and also risks, but it is necessary and imminent, its delay or cancellation would imply high costs for the future of the nation that seeks change, therefore the analysis of the New National Anticorruption System must start of the ethical foundation where the public policy on security matters lies as a challenge to the new normal.*

Key Words: new normal, ethics, values, politics, corruption.

I.- INTRODUCCIÓN

Es importante observar que en el trabajo que se propone a continuación hace un énfasis en las modificaciones de fondo de manera cultural, por lo que es preciso observar desde un comienzo algunas opiniones del tratadista, Jorge (2010) el cual nos aclara que “La cultura comprende las ideas, valores y hábitos de individuos y grupos referidos al proceso político, sus actores e instituciones” (p.18), en estas ideas cabe resaltar de manera introductoria al tema que una nueva política pública en materia de seguridad debe reenfo-carse desde una democracia representativa hacia una democracia represen-tativa, que combata la corrupción, posea un sentido social que impulse de forma responsable el desarrollo sostenido y contenga un soporte de valores éticos como su fundamento.

De acuerdo con lo anterior, es importante señalar que la clave del cam-bio generacional en materia de seguridad, es promover los valores en nues-tro sistema educativo el cual “comprende a las instituciones del gobierno y de la sociedad encargadas de proporcionar servicios educativos y de pre-servar, transmitir y acrecentar la cultura de los mexicanos” (Subsecretaría de Educación Básica, 2019). La pervivencia de los valores es emergente como política pública, por lo que, la educación en los valores, se vuelve algo esencial para el buen logro de la transición, la cual en el mejor de sus escenarios propicie el progreso que se desea para el país como el que

deseamos de progreso, democracia, justicia y de oportunidades para todos los mexicanos. Es importante aclarar en un punto de partida, que los valores son definidos en este artículo como “ejes fundamentales por los que se orienta la vida humana y constituyen a su vez, la clave del comportamiento de las personas” (Sartre, 1994, p. 371). Por lo tanto, son sustratos humanos y universales, mientras que los valores éticos son parte esencial de la transformación de la política pública y sistema de seguridad que requiere el país, puesto que, son elementos primordiales de la cultura, a través de los cuales será posible mantener la existencia de una convivencia social armónica y fructífera.

Los académicos y comunidad como miembros de la sociedad o del “grupo de personas que vive en un territorio determinado, sometido a un sistema común de autoridad política y que es consciente de poseer una identidad que lo distingue de otros grupos” (Giddens, 1999, p. 739), persiguen la búsqueda del bien común, a través del cumplimiento institucional de análisis y promoción de los valores en desarrollo de una política pública en materia de seguridad. Por esta razón, la presente aportación pretende introducir y atraer la atención de la sociedad hacia el tema, mediante el análisis del origen, conceptos y exposición de algunas consideraciones o conclusiones iniciales sobre este tópico de actual relevancia.

Por último y como nota introductoria es importante observar que la normalidad como definición es la cualidad o condición de normal que se ajusta a las normas..., que se ajusta a valores medios. Y la normalidad de un comportamiento está vinculada a la conducta de un sujeto que no muestra diferencias significativas respecto a la conducta del resto de su comunidad. Y hagamos un ejercicio práctico, ejemplifiquemos, ¿es lo normal, que los políticos sean honestos o corruptos? Penosamente me sumo a la segunda opción, porque si tan solo observamos nuestro cuerpo legislativo, creo los honestos siguen siendo la excepción a lo normal.

II.- PROBLEMÁTICA

Los problemas que enfrenta el país en la actualidad son más complejos y diversos que en el pasado, por lo que el estado actual de las cosas no debe reducirse a la aplicación de soluciones tradicionales o enfoques extrínsecos, puesto que los problemas públicos tienen profundas raíces humanas, entre las que destaca la libertad como aquella capacidad en donde se origina la moralidad de sus actos.

Es necesario admitir que existe una causa que se encuentra más allá de los síntomas que se pretenden atacar, y esta es que padecemos una crisis moral. El abandono del criterio moral, el cual según Morales (2017) es el “conocimiento suficiente para regular nuestras costumbres, o tan grande como la que tenemos acerca de las cosas que no tenemos costumbre de dudar en relación con la conducta de vida, aun sabiendo que puede ser que, absolutamente hablando, sean falsas” (p.17), por parte de las personas al decidir sobre sus actos. En parte, porque se prefieren otros criterios, como el tener más bienes materiales o mayor poder, sacrificando el ser mejor.

Sin caer en posturas relativistas o subjetivistas, pero tampoco en una excluyente, es evidente que la sociedad necesita ponerse de acuerdo sobre cuáles valores básicos permitirán convivir y poder confiar en las personas, en su palabra, en que seremos respetados en nuestros derechos y persona sin tener que acudir para ello necesariamente a la fuerza de la ley.

La norma positiva *lato sensu* es un elemento social presente en la sociedad para garantizar el orden. Pero al igual que la justicia es “característica posible más no necesaria del orden social, una virtud del individuo pues un hombre es justo cuando su obrar concuerda con el orden considerado justo” (Kelsen, 2000, p. 5).

Debe tomarse en cuenta que en diversas ocasiones lo que motiva que los ciudadanos trabajen por el bien común en lugar de trasgredir la ley, no es el temor a la sanción de la justicia humana, sino la convicción y vivencia de ciertos valores como la solidaridad, la subsidiariedad o el patriotismo.

Si bien es cierto que los valores éticos se forman en la institución social de la familia la cual es un “conjunto de elementos ligados entre sí por reglas de comportamiento y por funciones dinámicas en constante interacción interna y con el exterior” (Valladares, 2008, p. 4). La crisis moral que enfrentamos requiere que se enfatice su cultivo tanto en ella como en la escuela e incluso en el resto de los ámbitos de la vida social.

Afortunadamente, hay que reconocerlo, son todavía muchas las familias y personas las que en nuestra sociedad constituyen su reserva moral por la forma en que conducen sus vidas conforme a los más nobles valores; de otra manera no habría esperanza de mejoramiento. No obstante, es preciso trabajar para que este ejemplo se extienda y exista el deseo de una mejora continua personal y social en todos los sectores.

Para impulsar el desarrollo social y económico del país se tienen que atacar diversas actitudes y antivalores propios de la cultura de forma íntegra, propiciando un enfoque holístico de la cultura, que permita analizar todos los elementos que le corresponden por naturaleza con todos los por XXX y no como un conjunto de aspectos inconexos.

El ser humano tiene una dignidad ontológica, la cual en su forma literaria “es la rama de la filosofía que se dedica a reflexionar sobre los modos esenciales de existencia de las cosas” (Posadas, 2015, p. 4), además, posee ética que según Parker (2001) “es el uso de herramientas de la razón para generar reglas que proporcionen un juicio en circunstancias tanto generales como particulares”. La ontológica es inherente a la naturaleza humana, es decir se posee por el hecho de ser hombre, por ende, presenta las siguientes características:

- Original: empieza desde el nacimiento.
- Gratuita: no se necesita ningún mérito para obtenerla.
- Imperdible: la persona siempre la poseerá.
- Incomunicable: cada persona la posee.

La dignidad ética se deriva del comportamiento y la conducta de la persona y hace que ésta crezca o decrezca, esto es porque, la construye con sus actos y por tanto posee las siguientes características:

- Dinamismo: porque se construye mediante los actos humanos.
- Crecimiento o decrecimiento: hay personas que tienen mayor dignidad que otras.
- Posibilidad de perderla: se puede ser indigno.

Con lo anterior queda claro que la persona, aunque única e irrepetible, por su común naturaleza racional, pertenece a la sociedad de los humanos, tiene con ellos un vínculo, y por tanto es un ser social. Además, por su doble capacidad de conocer y querer, puede abrirse y establecer relaciones con el mundo que le circunda, ya sea el mundo físico, el mundo personal de la sociedad y el mundo de la trascendencia.

Ante la extinción de dichas realidades, la persona tiene una infinita gama de posibilidades de elección para conocer y querer. Esa capacidad o poder de elección supone que la voluntad puede autodeterminarse, y ahí se basa y origina la libertad de la persona.

Gracias a la libertad, el hombre se gobierna y se posee a sí mismo, dirigiendo sus acciones hacia distintos bienes y haciendo una elección de entre ellos, esto es lo que en gran medida determina su modo de ser personal.

Lo anterior lleva a la consideración de que la persona se constituye con sus acciones, y que, partiendo de su humanidad y en relación con los otros y con el entorno, libre y responsablemente, conduce su vida de determinada manera. Esto supone necesariamente que el hombre es un ser inacabado, que debe perfeccionarse, ya que de lo contrario no cabría en él, ningún tipo de crecimiento.

Bajo esta lógica, encontramos que lo propio en el hombre es el desarrollo de sus capacidades en orden, al respecto Alles (2008) menciona "Que la capacidad o capacidades, es la aptitud con que cuenta cualquier persona para llevar acabo Cierta tarea. Es decir que todos los seres humanos estamos capacitados para realizar con éxito cualquier tarea" (p. XXX).

Cuando el hombre dirige libremente sus acciones hacia la verdad y el bien, este se realiza como persona feliz. De esta forma comprende que las

acciones del hombre y su actuar consciente hacen de él quien realmente es. Para que una acción conduzca al hombre a su perfeccionamiento, este debe ir conforme al verdadero bien de su naturaleza. De este modo, lo ético consistirá en la búsqueda habitual del perfeccionamiento de la persona humana atendiendo a su naturaleza y a sus notas características.

Menciona Barroso (1325) que la ética es una ciencia teórica práctica y filosófica normativa que se encarga del estudio de los aspectos individuales y sociales de la persona y el tema de la moralidad de los actos humanos. Por lo cual, para objeto de este análisis se puede considerar a la ética y los valores como ciencias formativas, que pueden estructurarse en política pública con enfoque de seguridad para la nación. De esta forma, es imprescindible que el gobierno mexicano dirija con premura esfuerzos del sistema educativo e instituciones conexas hacia la normalización de la cultura en el combate a la corrupción.

III.- CONCEPTOS GENERALES

¿Qué son los valores?

Actualmente escuchamos con bastante frecuencia que los problemas de nuestra sociedad y en concreto de la empresa, son atribuidos a la “falta de valores”. Pero en realidad las personas no saben ¿qué son? ni cómo concretarlos en la cotidianidad. Por tal motivo es necesario definir claramente en qué consisten los valores, con el objetivo de que estos constituyan un soporte fundamental para la acción empresarial con contenido ético.

El concepto etimológico de valor es un término que según Platón (2013) no es unívoco, sino que es análogo, por lo cual puede ser utilizado como sinónimo de historia, étimo, ético (siempre que tenga un significado distinto), este término deriva del latín *valeo-ui* el cual está vinculado con la palabra *valere*, que significa ser fuerte, robusto, prevalecer, tener fuerza, poder y eficiencia.

En esta concepción hay un desempeño de extraer de la realidad una presencia que se intuye: la fuerza, la potencia de un ser. De esta forma puede definirse el valor como toda perfección real o posible que procede de la naturaleza

y que se apoya tanto en el ser como en la razón de ser da cada individuo. El valor como perfección merece la estima, reconocimiento y agrado, para cualquier toma de decisiones, puesto que, en ellas influye los valores, su jerarquía y jerarquización.

La jerarquía como una "forma de organización de diversos elementos de un determinado sistema, en el que cada uno es subordinado del elemento posicionado inmediatamente por encima" (Nunes, 2015, p. 01), está dado por los distintos tipos de sujetos. Cada uno de estos sujetos tiene un grado de perfección y una tarea dentro del conjunto armónico de la naturaleza. Por ello para tener una jerarquía de valores acorde con lo real, las personas deben conocer los distintos grados de perfección de los seres y adecuarse a lo que cada naturaleza ofrece, ya que, la jerarquía comprende el orden o los grados entre personas, animales, vegetales y cosas.

El contenido de una jerarquía se encuentra ya dado, puesto que, se apoya en la perfección o la tarea que desempeñan cada uno de los sujetos (componentes objetivos). Se apoya, por tanto, en algo evidente para todos, que no depende de una apreciación personal, de esta forma sólo hay una verdadera jerarquía de valores, pues solo existe una jerarquía en los seres humanos. De esta forma, al ser humano le corresponde conocerla y asumirla tal como es, ya que no es su papel modificarla ni crear nada nuevo. En cambio, la jerarquización es una actividad exclusiva de las personas que consiste en organizar algo de acuerdo con una escala, respetando siempre el orden natural de los seres, para elegir, explicar y aplicar sus respectivos valores, de acuerdo con el fin de que persiga.

Los valores dan luz a la inteligencia para que pueda guiar a la voluntad, actúan como motivos, como metras hacia las cuales dirigirse. Los valores no bastan para conseguir el perfeccionamiento humano, porque todo podría quedarse en una simple apreciación que no se hace vida. Así, los valores han de encarnarse en la vida del hombre a través de la realización de actos, convirtiéndose en hábitos, que permitan alcanzar los valores.

Los hábitos según Aspe y López (1999) son "el resultado del ejercicio de actividades para poseer un bien o para lograr un fin determinado. Son disposiciones

estables que la persona adquiere en la medida en que va ejerciendo su libertad. Solo el ser humano es capaz de adquirir hábitos” (p.7). Cuando los hábitos perfeccionan a la persona son llamados virtudes. La virtud es “la disposición que resulta de los mejores movimientos del alma y es también la fuente de las mejores acciones y pasiones de esta” (Aristóteles, 1222, p. 30-32 4-41). No deben confundirse los valores con las virtudes, pues los valores dan luz, muestran la meta e iluminan el camino, pero para llegar a ellos es indispensable la virtud o el actuar bien, de forma no espontánea o circunstancial sino de forma habitual.

No es suficiente valorar, sino que hay que vivir lo valorado, aunque sea más fácil solamente valorar, que vivir lo que se valora. Vivir lo valorado supone ejercitarse hasta alcanzar la virtud. Dado que las virtudes se apoyan en el hábito o disposición de hacer u obrar de forma determinada, vivir lo valorado supone ejercitarse hasta alcanzar la virtud, en consecuencia, si el hábito se perfecciona es una virtud, sino es vicio.

Hay virtudes intelectuales y morales, las primeras perfeccionan a la inteligencia, mientras que las segundas perfeccionan integralmente a la persona. Con las virtudes morales se mejora el hacer, a través de este hacer se mejora el ser, y desde la voluntad que hace hacer se influye en la inteligencia que aprende a observar y a reflexionar sobre la vivencia del hacer.

En consecuencia, las virtudes intelectuales propician la bondad del hombre sólo en un determinado aspecto. Las virtudes morales permiten alcanzar la bondad en absoluto porque, la actividad que provocan está apoyada en el ejercicio de las virtudes intelectuales.

Las virtudes pertenecen al orden de lo volitivo, pues, aunque las virtudes intelectuales perfeccionan a la inteligencia, el desarrollo de cualquier virtud requiere de la influencia de la voluntad, que sostiene el ejercicio para cimentar el buen hábito. Por ejemplo, el ejercicio de las virtudes intelectuales de quien estudia la posibilidad de un nuevo proyecto para una planta de producción, si lo diseña y lo propone, ejercitara algunas virtudes morales. Los valores estimulan el afán para adquirir o fortalecer los buenos hábitos, de esta forma, los valores no pueden reducirse a motivos, puesto que la ausencia de estos, en el ser humano implicaría no saber el porqué y el para qué de

su vida, lo cual conduciría a actuar de forma destructiva y contra su vida, sus prójimos y su medio ambiente.

Los valores revelan ante el hombre el por qué y para qué de la vida, del saber, de la ciencia y la tecnología, esta última según Bunge (2018) "es la técnica que emplea conocimiento científico; más precisamente cuerpo de conocimiento es una tecnología en sí y solamente si es compatible con la ciencia coetánea y controlable por el método científico, se lo emplea para controlar, transformar cosas o procesos naturales o sociales. Sin valores o sin una correcta jerarquía de estos, podemos actuar por el camino fácil, hacia la búsqueda del poder y de la riqueza como únicos fines de la vida, generando así las conocidas secuelas de la corrupción.

La corrupción en los sistemas educativos usualmente se deriva de la presencia de culturas organizacionales en las que sistemáticamente se desplazan objetivos institucionales (v. gr. lograr una distribución equitativa de oportunidades) para impulsar algunos individuales (usualmente beneficios económicos). Este tipo de cultura y las prácticas que surgen a su amparo, es lo que denominó como "corrupción educacional", retomando una definición de Nye (en Heidenheimer et al., 1989) crímenes e injusticias que hoy vivimos en la demasía. No basta que en la educación universitaria o en la preparación técnica obtengamos como egresados a excelentes profesionistas o técnicos, necesitamos lograr que los egresados sean sobre todo personas de excelente calidad moral.

Sin embargo, la educación como proceso permanente en el que está inmerso el individuo, no incluye con la graduación del educando de cierto nivel educativo formal. La persona durante su vida tiene que seguir aprendiendo, creciendo y cambiando, pero la clave está en el proceso en su fase familiar y formal asegure que el conductor del mismo sea ya el propio sujeto, así dependerá de él asimilar y aprovechar adecuadamente las experiencias que su medio ambiente le procure y las propias oportunidades que con su actuar él mismo se otorgue.

Max Scheler el filósofo de la teoría de los valores decía que el hombre es el único ser portador de valores. Por ello ni en la familia, ni en la escuela,

ni en la sociedad se deja en el proceso educativo de promover los valores que las personas, que las instituciones y que la cultura representa. Por esta razón se impone una reflexión sobre los valores de que somos portadores y promotores: ¿cuáles son positivos?, ¿cuáles son negativos?, ¿cuáles conviene promover conforme al concepto que tenemos del hombre y de la sociedad que queremos ser? ¿Nuestro actuar promueve los valores que pretendemos?, o, al contrario, ¿existe un divorcio o la contradicción entre lo que queremos y lo que hacemos?

La reflexión anterior nos debe llevar a plantearnos la necesidad de proponernos promover consciente y sistemáticamente ciertos valores que conllevan a una mejor convivencia social y al desarrollo de valores del ser humano en todas sus dimensiones: el amor, la responsabilidad, el respeto, la confianza.

¿Qué es corrupción?

Etimológicamente corrupción proviene del latín *corruptio*, y significa el acto de romper una unión. La palabra se integra con un prefijo, un verbo y un sufijo. El prefijo *con* se interpreta como unión o colaboración, el verbo *rumpere* se traduce como: romper, partir, destrozar, hacer pedazos y estallar; y el sufijo *tio* implica: acción u efecto.

Gramaticalmente el diccionario de la Real Academia Española (RAE, 2019), define corrupción como el acto de corromper, esta palabra a su vez significa:

- 1) Tr. Alterar y trastocar la forma de algo.
- 2) Tr. Echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo.
- 3) Tr. Sobornar a alguien con dádivas o de otra manera.
- 4) Tr. Pervertir a alguien.
- 5) Tr. Hacer algo que se deteriore.
- 6) Tr. Incomodar, fastidiar, irritar. Ar y Nav.
- 7) Intr. Oler mal. (RAE, 2019).

Bajo esta lógica la palabra corrupción posee una carga negativa, por lo cual, indica la descomposición, perversión o vicio de las características esenciales que

componen a un objeto o ente. En su enfoque social, corrupción implica deslealtad o violación de las normas sociales, bajo las que se rige la sociedad. En este orden Leys (1965) expresa que "la palabra misma (corrupción = cambiar de bueno a malo, degradar, pervertir); denota patrones de acción que derivan su significado del papel de los sistemas de valores en el comportamiento social" (p. 216).

La posición (moralista) que estudia a la corrupción como la pérdida de los valores sociales y humanos ha sido criticada en el ámbito académico por posturas racionales (Klitgaard, 2000), modernistas (Weber, 1979) y funcionalistas (Leys, 1965), que señalan que la corrupción es un problema más allá de los valores de la sociedad y dirigen el análisis del fenómeno a variables como el desarrollo económico, el análisis racional, el análisis económico como verdaderos mecanismos para comprender y solucionar el problema.

Para estas posturas, el enfoque y conceptos moralistas producen un sesgo emocional que restringe observar los límites entre actos reprochables y actos inmorales, en este sentido Gonzales (2003) expresa que "tildar a una persona o acción de corrupta no sirve para tipificar un determinado comportamiento o calificar a una determinada persona, sino que provoca una estigmatización que puede ir más allá de lo razonable" (p. 66).

Para Garzón (1997) la corrupción siempre está ligada a un sistema normativo o conjunto de normas que regulan un sistema social, cayendo dentro de este sistema las normas religiosas, jurídicas, económicas, etc., De esta forma la corrupción implica la trasgresión hacia un marco normativo de cualquier especie y no solo el marco jurídico y la norma positiva. Además de la relación corrupción - sistema normativo, es necesario conocer la distinción entre deber y obligación ya que "el deber caería dentro del ámbito de la moral natural y sería equivalente a deber natural. La obligación, en cambio correspondería al ámbito de la moral adquirida y sería el equivalente a deber posicional" (Garzón, 1997, p. 44).

Bajo la distinción entre deber y obligación se logra observar los límites entre la moral (actos inmorales) y la moral adquirida (actos reprochables), ya que siguiendo Garzón (1997) existen deberes posicionales y deberes naturales, los deberes naturales corresponden a la moral natural y se aplican

a todos los individuos, mientras que los deberes posicionales corresponden a la moral adquirida, la cual implica que estos se adquieren por voluntad propia y se apliquen a individuos con la facultad de decisión.

De esta forma la aplicación de criterios moralistas no provocan estigmatización en las personas y conductas consideradas corruptas, sino que, permiten generar distinciones entre quienes detentan una posición en el sistema de valores y quienes están obligados a cumplir con él, con el objetivo de crear soluciones al fenómeno.

¿Qué es Anticorrupción?

La complejidad del fenómeno y la diversidad de posturas en la academia sobre el significado del concepto corrupción, ha causado que no exista un concepto predominante o una definición ampliamente difundida sobre el significado de anticorrupción, sin embargo, la etimología de la palabra nos permite ver el prefijo “anti” que indica lo opuesto o que lucha contra algo, y la palabra corrupción significa la transgresión de un marco normativo por parte de uno o varios decisores con el objeto obtener una ventaja o ganancia para él o para otros a cambio de una contraprestación.

Por lo que el termino anticorrupción puede englobar una serie de actos públicos como: las políticas públicas y programas, los cuales están dirigidos hacia el desarrollo de las llamadas “(actividades anticorrupción) cuyos objetos buscan: prevención, reducción, investigación, restricción, persecución, cumplimiento, enjuiciamiento, reparación o sanción de acto(s) u hecho(s) que transgredan un marco normativo, mediante el cual se conduce las actividades, entes, recursos u objetivos públicos” (Martínez, 2018, p. 25).

Usualmente las denominadas actividades anticorrupción se ejecutan a través del denominado combate a la corrupción, el cual es comprendido como el “conjunto de esfuerzos orientados a construir condiciones y mecanismos institucionales (reglas, principios, procesos, rutinas) para prevenir, controlar y, en su caso, sancionar el uso indebido de los recursos públicos con fines privados (personales o grupales)” (Dussauge, 2010, p. 210).

¿Qué es la Nueva Normalidad?

La Nueva normalidad es una expresión del ámbito de la economía, finanzas y el comportamiento social en general acuñada para describir las nuevas condiciones financieras tras la crisis de 2008, las secuelas de la gran recesión y especialmente de la pandemia de enfermedad por el Coronavirus del 2019-2020 causada por el virus Sars.cov.2. Desde entonces, el termino se ha utilizado en una variedad de contextos para dar a entender que algo que antes era anómalo ahora es común.

IV.- CORRUPCIÓN Y NUEVA NORMALIDAD

Uno de los muchos lastres que arrastra la sociedad mexicana es la corrupción gubernamental. De acuerdo a la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG), realizada por el INEGI, después de la inseguridad y la violencia, el segundo problema más importante del lugar donde viven las y los mexicanos es la corrupción.

El cinismo de los gobernantes sobre este problema que le cuesta 12,770 millones de pesos a la sociedad mexicana o un promedio de 3,822 pesos por persona, de acuerdo a la ENCIG 2019, llevó a un expresidente a declarar en un evento público que la corrupción era parte de la cultura mexicana y, por tanto, imposible de erradicar.

La corrupción va desde el soborno a un policía para evadir una multa de tránsito, pagar para colgarse de la luz, las extorsiones de los municipios a los puestos ambulantes, la compra de medicinas cuya fecha de caducidad ya pasó, la adquisición de pizarrones electrónicos que no funcionan, el tráfico de influencias y la asignación de contratos millonarios de obra pública o servicios, que a pesar de que se licitan, acaban, sospechosamente, en las manos de los mismos de siempre.

Dentro de los muchos retos y deudas que el gobierno mexicano tiene con su sociedad, que ha salido a relucir con la pandemia del COVID-19, es el combate a la corrupción, ya que su persistencia en el tiempo se debe a que

no se sanciona y en caso de que se castigue las penas no son correspondientes al daño público y social que se hizo.

Son las consecuencias y efectos de actos de corrupción pasados los que han complicado, en México, aún más la crisis del COVID-19 y el regreso a la nueva normalidad. En materia de salud no se cuenta con la infraestructura o, en caso de que sí, ésta es muy antigua y opera parcialmente; asimismo no se tienen los insumos necesarios, como medicamentos o equipos de protección, para el personal de salud debido a que los recursos públicos nunca llegaron.

El regreso a la ‘nueva normalidad’ o a las actividades productivas para que comience la reactivación de la economía es, otra vez, sumamente complejo debido a los engaños y falsificaciones que los empresarios han realizado en colusión con las respectivas autoridades gubernamentales para obtener los permisos para operar bajo condiciones laborales precarias e insalubres y en instalaciones peligrosas. En materia educativa, el problema es nuevamente la falta de infraestructura en las escuelas cuyas instalaciones no son dignas y, en ciertos lugares, no tienen siquiera acceso a un recurso tan indispensable como es el agua potable.

Las principales medidas de salud para eliminar al COVID-19 son el lavado frecuente de manos con agua y jabón y la sana distancia, pero cómo será posible llevarlas a cabo en escuelas con falta de agua y salones con sobre cupo, o en lugares de trabajo insalubres. La desconfianza entre las personas e instituciones, así como la incertidumbre de que todas las empresas cuenten con las políticas para garantizar el regreso seguro de los trabajadores a las actividades productivas, justifican el actuar cauteloso del gobierno para la reapertura económica y de las actividades sociales.

Cuando pensemos en la corrupción no sólo hay que hacerlo en términos numéricos, sino también en las oportunidades de desarrollo que se acaban con la malversación de los recursos públicos.

V.- POLÍTICA PÚBLICA Y POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN

En los regímenes democráticos de la actualidad, la solución a los problemas públicos se realiza a través de una serie de procesos políticos en los cuales intervienen una serie de actores interesados, a este tipo de mecanismo institucional de solución de problemas públicos se le conoce como políticas públicas. Exponen Knoepfel, Larrue, Varone, Hinojosa (2007) que las políticas públicas son "una concatenación de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y ocasionalmente privados -cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían-, a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo" (p. 12).

Bajo este orden de ideas, el proceso político en el que se integran diversos actores con el fin de crear soluciones contra la corrupción definida como problema público, puede ser definida como una política anticorrupción, ya que según UNODC (2013), Hussmann (2007), Hussmann y Hechler (2008) y COE (2013) las políticas anticorrupción son un campo de la política pública, mediante el cual se desarrolla procesos dirigidos a la solución de los problemas públicos de corrupción y gobernabilidad a través del establecimiento de actividades anticorrupción.

De esta forma el México antes del año 2000 no produjo políticas públicas tendientes a combatir la corrupción ya que el problema fue definido únicamente en la agenda social y debido a la presión social proveniente de muchos sectores de la sociedad y academia este fue colocado en la agenda pública, solo para ser cooptado por la agenda gubernamental y ser definido como un problema de control interno de la Administración Pública Federal.

Este panorama cambio a partir del año 2000, con la denominada transición democrática, lo que permitió el desarrollo y autonomía de muchos entes públicos y el robustecimiento de la sociedad civil. El cambio motivo la exigencia de mecanismos para controlar la corrupción en el país y el surgimiento de nuevos canales institucionales para incidir en la definición de la corrupción como un problema público. Este objetivo se cumplió en el sexenio 2012-2018 mediante la denominada reforma anticorrupción, la

cual desarrollo el primer marco institucional global en la materia, el Sistema Nacional Anticorrupción.

La construcción del Sistema Nacional Anticorrupción ha generado la puerta para que los actores sociales, académicos, políticos e institucionales desarrollen las políticas públicas tendientes a crear normas, agencias, proyectos y programas de concientización, prevención y educación contra la corrupción, ya que la “elaboración de las políticas anticorrupción no consiste en un proceso muy racional con objetivos fijos que los tecnócratas expertos controlen para alcanzar resultados previstos o declarados” (Hussmann y Hechler, 2008, p. 2).

VI.- EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

La sociedad mexicana del siglo XXI se encontró con la posibilidad de incidir en la construcción de las políticas públicas, producto del fortalecimiento de los entes autónomos, la descentralización de algunas atribuciones del poder ejecutivo y el desarrollo de vigoroso de una nueva sociedad civil. Este panorama generó la posibilidad de influir de forma directa en la policy network -policy community (comunidad política), la cual, a diferencia de los anteriores intentos realizados en el siglo XX contó con una nutrida participación de policy stakeholders (sector implicado) en la construcción de la agenda y definiciones de los policy makers (tomadores de decisiones políticas) y por tanto en la propiedad de la nueva política pública en materia de combate a la corrupción.

En este orden señala Makowski (2016) que “la propiedad es la capacidad de manipular el significado, la definición del problema y gestionarlo, pero también es un conjunto de obligaciones y responsabilidades para la formulación de la política hacia el problema” (p. 57). De esta forma el desarrollo de una policy network más abierta marcaría “el inicio de un movimiento ciudadano, aun en marcha, que conjunta a instituciones académicas, organizaciones de empresarios y de la sociedad civil decididas a lograr una transformación en la manera de entender y combatir la corrupción en México” (Fierro, 2017, p. 95).

La transformación de la comunidad política interesada en combatir la corrupción, no solo obedeció a las actuales exigencias sociales e institucionales en la materia, también se deben a un path dependence (camino de dependencia), mediante el cual las acciones realizadas por las organizaciones de la sociedad civil y recomendaciones de órganos supranacionales en los años 80 “provocaron que se formara un marco de actores, temas y acciones (camisa de fuerza) que el Gobierno mexicano incluyó paulatinamente y que delimitaron el desarrollo de sus acciones anticorrupción” (Martínez, 2018, p. 114).

En consecuencia, las acciones de los policy stakeholders lograron instituir una nueva realidad anticorrupción en el orden instituido, ya que según Berger y Luckman “institucionalización es un proceso en el cual ciertos actores crean una realidad que subsecuentemente se objetiviza, se toma como real, y es internalizada por otros” (Schvarstein, 1998, p. 292). Esto permite comprender porque el desenlace de la reforma anticorrupción terminó en la construcción de un sistema anticorrupción y no en otro órgano de combate al fenómeno, ya que otro tipo de institución no permitiría dirigir una atención integral del problema y no podría reunir múltiples sectores implicados bajo un solo techo.

Mediante la creación de un sistema de combate a la corrupción, se institucionalizo un orden lógico de entidades bajo una cabeza de integración colegiada, lo que permite generar un órgano de trabajo y contrapeso que permite prescindir de un órgano con hegemonía en la materia. Esto refleja la preocupación del sector social y académico por generar un ente cuya labor no pueda ser cooptada políticamente y cuyas facultades sean atendidas de forma íntegra por órganos especializados en la materia. De esta forma la creación de un sistema genera la posibilidad de contar con un ente de prevención que cuente con funciones de sanción y persecución.

A pesar de que el SNA implica de cierta forma un ente multi propósito, las preocupaciones del sector implicado en la política anticorrupción causaron que se construyera un ente de prevención del fenómeno ya que bajo las clasificaciones de Meagher (2004), De Sousa (2009), y OCDE (2008) sobre Anti-Corruption Agencies ACAs (agencias anticorrupción) el sistema anticorrupción mexicano encaja en la descripción de un ente de prevención, ya que

sus objetivos se dirigen a la concientización, la educación, el monitoreo y la coordinación de tareas, estrategias y políticas. Esto nos lleva a la pregunta: ¿Por qué se creó un ente anticorrupción bajo una estructura de sistema?

La respuesta no podría ser otra que la evidente desconfianza en las instituciones del Estado mexicano, sin embargo, la verdadera respuesta no es la crisis de confianza en las instituciones sino la crisis moral que vive la sociedad e instituciones mexicanas. Este es el verdadero componente que lleva la comisión de actos corruptos y a la inoperancia de las instancias encargadas de sancionar los actos de corrupción. Dado que la estrategia de agencia única de combate a la corrupción requiere de un liderazgo hegemónico y un amplio apoyo de los policy makers, la mayoría de los países solo desarrollan entes de combate a la corrupción alternativos, siempre y cuando las condiciones de gobernabilidad e integridad sean rebasadas:

En estas situaciones, puede haber un gran escándalo o, al menos, una percepción amplia de que las estructuras existentes han demostrado ser inadecuadas para prevenir o reprimir costosos errores éticos. Sin embargo, la profundidad de la crisis y la fortaleza del liderazgo son insuficientes para apoyar una centralización más robusta de las funciones anticorrupción. En otras palabras, las agencias judiciales y administrativas tradicionales conservan sus capacidades básicas y su legitimidad, mientras que se establecen estructuras adicionales para abordar las brechas, las debilidades y las nuevas oportunidades para la corrupción (Meagher, 2004, p. 36).

Bajo este argumento, la creación del Sistema Nacional Anticorrupción como una agencia de tipo multi- agencias o modelo alternativo Meagher (2004) tiene mucho sentido si observamos los datos sobre confianza del *Latinobarómetro* y el *World Values Survey* (encuesta mundial de valores) WVS, en los cuales la confianza en las instituciones mexicanas y los valores de su sociedad van en declive. Por esta razón, el sector implicado o policy stakeholders buscaron la integración institucional de la sociedad civil organizada en la estructura del Sistema Nacional Anticorrupción, a través de la creación del Comité de Participación Ciudadana CPC.

Mediante la inclusión del CPC se institucionaliza la participación de la sociedad civil organizada en el cuerpo colegiado del Sistema Nacional Anticorrupción, generándose así un mecanismo de contrapeso frente a los órganos públicos que conforman el sistema. Este contrapeso surge de la evidente carga política que poseen los órganos que integran el cuerpo coordinado, en específico la Secretaría de la Función Pública SFP, Fiscalía General de la República FGR y la Auditoría Superior de la Federación ASF, órganos que están sujetos bajo procesos de politics que desarrollan los partidos políticos y el ejecutivo federal.

A pesar de la evidente carga política, la estructura colegiada del SNA permite que las diversas entidades que comprenden al sistema generen contrapeso a la hora de coordinar sus tareas y así evitar el uso del entramado institucional con fines políticos. De acuerdo con Martínez (2018) las actividades anticorrupción bajo esquema de coordinación que desarrolla el SNA son: 1.- prevención (Secretaría de la Función Pública SFP, Órganos Internos de Control OIC y Comité de Participación Ciudadana CPC); 2.- control (Secretaría de la Función Pública SFP y Auditoría Superior de la Federación ASF); 3.- investigación y persecución (Secretaría de la Función Pública SFP, Fiscalía General de la República FGR y Auditoría Superior de la Federación ASF); y 4.- sanción (Consejo de la judicatura federal CJF y Tribunal Federal de Justicia Administrativa TFJA).

La creación del Sistema Nacional Anticorrupción SNA, no únicamente fue un proceso legislativo o político, sino que fue un proceso social mediante el cual la exigencia de los valores sociales e institucionales cambiaron el orden instituido y centralizado en posiciones objetivas con posiciones y decisiones técnicas, por un orden basado en la prevención, educación y concientización en el cual las instituciones formales (las leyes) y las instituciones informales (la moral, los valores, la ética) se entrelazan para generar políticas y programas dirigidas a atender el problema corrupción, desde una pluralidad de enfoques y métodos.

VII.- CONCLUSIONES

Como primera conclusión, se puede observar que los valores y la moral han servido como elementos en el mejoramiento de la condición social y protección de las prácticas e instituciones democráticas. Por lo tanto, su empleo no debe limitarse a la función de corregir de manera informal las conductas de la sociedad ni disminuir su capacidad de influencia en la toma de decisiones de los ciudadanos y los servidores públicos.

Segundo, el desarrollo del Sistema Nacional Anticorrupción implicó en sí una política anticorrupción, ya que en la corrupción fue definida como un problema público, se colocó en la agenda pública, se desarrolló la discusión con los actores de la policy community, se formuló la política (la solución al problema definido), se adoptó la decisión (se creó su norma y crearon los entes) y se implementó (se eligieron, crearon, coordinaron y dotaron de recursos *lato sensu* los órganos).

Tercero, con la implementación de la Sistema Nacional Anticorrupción se rompió el paradigma tradicional en el cual solo los policy makers son los únicos actores con voz y voto en la elaboración de las políticas públicas. De esta forma cualquier persona o grupo a quien le afecte un problema público puede tomar parte en la solución, como lo es el caso de las políticas de seguridad y gobernabilidad, en las cuales las necesidades y la comunidad política son inmensas y difusas.

Cuarto, con la creación del Sistema Nacional Anticorrupción y en específico del Comité de Participación Ciudadana CPC, las políticas públicas en materia de combate a la corrupción adoptan un enfoque de prevención que solo la educación formativa (basada en valores y principios) puede generar nuevas soluciones a un problema tan arraigado en la sociedad mexicana.

Quinto, con el enfoque de prevención, se devuelve parte de interés hacia el estudio de las conductas y valores sociales que las políticas han olvidado por preferir enfoques económicos y racionales que omiten la esencia humana y moralidad de las conductas sociales que rodean al problema corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles (1220). Introducción. Virtudes Intelectuales para el Perfeccionamiento de los Actos Verdaderos, 15, 222.
- Asped y López (1999). 2.1 Hábitos. Marco Teórico, 2, 7.
- Barroso Ruliz, G. SCRIBD. <https://es.scribd.com/doc/185018472/Etica-segun-varias-definiciones-de-diferentes-autores>
- COE (2013). Designing and Implementing Anti-corruption Policies, Directorate General Human Rights and Rule of Law Council of Europe.
- Dussauge Laguna, Mauricio I. (2010). Combate a la corrupción y rendición de cuentas: Avances, limitaciones, pendientes y retrocesos. En José Luis Méndez (coord.), Políticas Públicas (pp. 207-252). D.F., México: El Colegio de México, COLMEX.
- Fierro Viesca, Jacinto (1988). El Federalismo Mexicano: Régimen Constitucional del Sistema Federal. México: Instituto Nacional de Administración Pública, INAP.
- Garzón Valdés, Ernesto (1997). Acerca del Concepto de Corrupción. En Laporta y Álvarez (coords.), en La Corrupción Política. Poder derecho y corrupción (pp. 39-69). Madrid, España: Alianza Editorial.
- Giddens, A. (1999). Sociología. Madrid. Alianza. Recuperado de https://cmapspublic3.ihmc.us/rid=1208893576750_474220728_4121/sociedad-definiciones.pdf
- Gonzales Amuchastegui, Jesús (2003). Corrupción, democracia y responsabilidad política. En Vásquez y Carbonell (coords.), Poder derecho y corrupción (pp. 63-80). Estado de México, México: Editorial Siglo XXI.
- Hussmann Karen (2007). La construcción de políticas anticorrupción en la práctica: ¿Qué se puede aprender para la implementación del Artículo

- 5 de la CNUCC? Informe comprensivo sobre seis estudios de caso. Bergen, Noruega: CMI- Chr. Michelsen Institute.
- Hussmann Karen y Hechler Hannes (2008). La construcción de políticas anticorrupción en la práctica: Implicaciones de la implementación de la CNUCC, U4Brief, núm. 19. Bergen, Noruega: CMI- Chr. Michelsen Institute.
- José Eduardo, Jorge (2010). Cultura Política y Democracia en Argentina. Buenos Aires: EDULP (pp. 18) Subsecretaría de Educación Básica. (2019). SISTEMA EDUCATIVO MEXICANO. 24 de marzo de 2019, de Secretaría de Educación Pública [MX] Sitio web: <https://www.mexico.gob.mx/sisedMEX.html>
- Kelsen H. (2000). ¿Qué es la justicia? Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/122793204/Hans-Kelsen-Que-Es-La-Justicia-pdf>
- Klitgaard Robert, Maclean Abaroa Ronald, H. Parris Lindsey (2000). *Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention*. World Bank, ICS Press.
- Knoepfel Peter, Larrue Corinne, Varone Frédéric, Hinojosa Dieck Miriam (2007). Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones, *Revista Ciencia Política*, Vol. 2 (3), 6-29.
- Leys Colin (1965). What is the Problem about Corruption? *The Journal of Modern African Studies*, vol. 3 (2), 215-230.
- Makowski Grzegorz (2016). Anti-corruption Agencies – Silver Bullet Against Corruption or Fifth Wheel to a Coach? Analysis from the Perspective of the Constructivist Theory of Social Problems. *Journal Studia z Polityki Publicznej*, vol. 3: (11), 55-78.
- Martínez Gaitán Enrique (2018). El desarrollo del combate a la corrupción y la agencia anticorrupción en México (Tesis de maestría). El Colegio de San Luis, San Luis Potosí, México.

- Meagher Patrick (2004). Anti-Corruption Agencies: a review of experience, Center for Institutional Reform and the informal Sector. USA: University of Maryland, Paper N°. 04/02.
- Morales Guerrero, J. (2017). Descartes: filósofo de la moral. Estudios de filosofía, (55), 11-29. Doi: 10.17533/udea.ef.n55a02.
- Nunes, P. (2015). Concepto de Jerarquía. Recuperado el 24/03/2019 desde <http://knoow.net/es/cieeconcom/gestion/jerarquia/>
- OCDE (2008), Specialised Anti-Corruption Institutions: Review of models, OECD publications.
- Posadas Ramírez, J. (2014). Ontología y Lenguaje de la Realidad Social. Obtenido el 24, marzo, 2019 recuperado desde https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-554X2014000200003
- RAE (2019). vigesimotercera edición. Definición de "corrupción", obtenida de: <https://dle.rae.es/?id=B0dY4I3>
- Schvarstein Leonardo, (1998). Diseño de organizaciones: Tensiones y paradojas. Argentina: Paidós.
- Sousa Luís De (2009). Anti-Corruption Agencies: Between Empowerment and Irrelevance. Editor European University Institute.
- UNODC (2013). Hacia una Primera Reflexión sobre Políticas Anticorrupción: Algunos Insumos para la Implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción desde la Experiencia de América Latina, Oficina Regional de UNODC para Centroamérica y el Caribe (ROPAN). Panamá.
- Valladares González, A. M. (2008). La familia. Una mirada desde la Psicología. Revista Electrónica de las Ciencias Médicas en Cienfuegos, 6 (1), 4-13. Recuperado de file:///C:/Users/JORGE/Downloads/402-9057-1-PB.pdf

LAS NORMAS DE *IUS COGENS* COMO IMPERATIVO EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL: ESTUDIO RELATIVO AL TRIBUNAL ESPECIAL PARA LA PAZ EN COLOMBIA

*Yennesit Palacios Valencia*¹

Docente Investigadora en la Facultad de Derecho y Ciencias Forenses, del Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, en Medellín (Colombia)

Resumen: Colombia se está enfrentando a un proceso complejo de justicia transicional, no solo por la exigencia constante de los movimientos sociales, sino por la presión internacional, la necesidad sentida de justicia y, sobre todo, por el clamor de las víctimas. Lo cual ha permitido el impulso de un conjunto de reformas para cambiar la huella del pasado conflictivo. Lo anterior, soportado en un amplio andamiaje jurídico que intenta responder a las víctimas y a la misma sociedad con criterios de verdad, justicia, reparación y medidas de no repetición, dando como resultado lo que hoy se conoce como el Marco Jurídico para la Paz. En este contexto, los crímenes cometidos en el pasado serán juzgados por un Tribunal Especial para la Paz que, bajo la hipótesis sustentada, deberá ceñirse a las normas de *ius cogens*

¹ PhD en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide (UPO); Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid adscrito al Ministerio de la Presidencia; Magister en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo de la UPO; Magister en Relaciones Internacionales de la Universidad Internacional de Andalucía; Especialista en Cultura Política y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín; Abogada de la Universidad de San Buenaventura Seccional Medellín. Actualmente es Docente investigadora, en la Facultad de Derecho y Ciencias Forenses del Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, en Medellín (Colombia).

y a las obligaciones internacionales contraídas en su nexos con el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, como estándares de obligatorio cumplimiento derivados del sistema jurídico internacional.

Palabras clave: crímenes internacionales; Colombia; ius cogens; justicia transicional; Tribunal Especial para la Paz.

Sumario: I.- Antecedentes generales. II.- La función del Tribunal Especial para la Paz con control de convencionalidad y su nexos con el bloque de constitucionalidad. III.- El ejercicio del Tribunal Especial para la Paz acorde a los estándares internacionales y a las normas de ius cogens. Bibliografía.

I.- ANTECEDENTES GENERALES

El 2012 fue el año en que las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia -más conocidas como las FARC o FARC-EP- y el Gobierno del ex presidente Juan Manuel Santos iniciaron en La Habana, Cuba, diálogos para un proceso de paz que incidiera en la terminación del conflicto armado². Una ruta que, diversos gobiernos habían intentado, no obstante, los resultados sobresalían por el fracaso, la complejidad y la continuidad del conflicto.

Esto ocurrió, como explica Uprimny³, porque el debate sobre cómo enfrentar las violaciones masivas de derechos humanos en el marco de un proceso de paz reviste gran complejidad, por las dimensiones jurídicas, políticas y éticas, que suelen presentar profundas tensiones entre sí. Estas tensiones se materializan en el enfrentamiento entre los imperativos jurídicos internacionales que muestran una tendencia hacia la exigencia del castigo a los responsables de crímenes atroces, por un lado, y las restricciones derivadas

² Cfr. Uprimny Yepes, Rodrigo, *et. al. Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, p. 146 y ss.

³ Uprimny Yepes, Rodrigo y Botero Marino, Catalina (Coords), *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, 19.

de las realidades políticas y de la necesidad de lograr negociaciones exitosas para trascender el conflicto, por otro lado.

En este contexto, tuvieron que pasar alrededor de cuatro (4) años para que la iniciativa liderada por el Premio Nobel de Paz, Juan Manuel Santos, se concretara, finalmente, en un Acuerdo Paz. Acto histórico ratificado el 26 de septiembre del año 2016, para intentar acabar con un conflicto que data aproximadamente de unos 60 años, dejando millones de víctimas, muchas de ellas, aún desplazadas por la violencia y otras desaparecidas⁴.

Debe decirse que durante las negociaciones en La Habana ocurrieron acontecimientos inesperados: por un lado, tras casi 4 años de negociación, dificultades y tensiones, los puntos acordados fueron sometidos a plebiscito, mecanismo de participación ciudadana consagrado en la Constitución Política de Colombia (art. 103), regulado en la Ley 134 de 1994, entendido como el pronunciamiento del pueblo convocado por el Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo. No obstante, en un hecho excepcional la población colombiana optó por el NO, ante la pregunta por la aceptación de los Acuerdos de La Habana.

Situación que debilitó los logros conseguidos, sin embargo, finalmente el texto quedó ratificado por el ejecutivo, con seis puntos pactados entre Las FARC y el Gobierno, de la siguiente manera: Punto 1. Sobre el Acuerdo de “Reforma Rural Integral”; Punto 2. Acuerdo relativo a la “Participación política de las FARC-EP”; Punto 3. Sobre el Acuerdo del “Cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y la dejación de las armas”; Punto 4. Relativo al acuerdo de “Solución al problema de las drogas ilícitas”; Punto 5. Acuerdo sobre las “Víctimas” del conflicto armado y Punto 6. Acuerdo relativo a los “Mecanismos de Implementación y Verificación”⁵.

⁴ Centro Nacional de Memoria Histórica, *Desaparición forzada. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*, 1era ed, 2018, Bogotá, CNMH.

⁵ Cfr. Gobierno Colombiano y Las FARC-EP. *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la Construcción de una paz estable y duradera*, 2016, <https://www.jep.gov.co/Paginas/Normativa/Acuerdo-Final.aspx>.

Ahora bien, en lo relativo al Punto 5. Sobre víctimas, desde el Encuentro Exploratorio, en el año 2012, se acordó que el resarcimiento de las víctimas debería estar en el centro de cualquier acuerdo. Es por ello que se estableció la creación del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (en adelante SIVJRNR o Sistema Integral), que contribuirá a la lucha contra la impunidad combinando mecanismos judiciales que permitan la investigación y sanción de las graves violaciones a los Derechos Humanos y las serias infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los desaparecidos y la reparación del daño causado a personas, a colectivos y a territorios enteros. En relación al Sistema Integral está compuesto por diferentes mecanismos y medidas⁶, entre ellos, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (en adelante la Comisión). Este será un órgano temporal y de carácter extra-judicial, que busca conocer la verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones y ofrecer una explicación amplia a toda la sociedad de la complejidad del conflicto; promover el reconocimiento de las víctimas y de las responsabilidades de quienes participaron directa e indirectamente en el conflicto armado; y promover la convivencia en los territorios para garantizar la no repetición.

La Comisión deberá cumplir tres objetivos fundamentales, que en su conjunto contribuyen a la no repetición del conflicto. Uno de ellos está encaminado a la promover la convivencia en los territorios, en el entendido que, la convivencia no consiste en el simple compartir de un mismo espacio social y político, sino en la creación de un ambiente transformador que permita la resolución pacífica de los conflictos y la construcción de la más amplia cultura de respeto y tolerancia en democracia.

A partir de lo anterior, se demanda una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) constituida por una serie de salas de justicia, entre las que se incluye una Sala de Amnistía e Indulto y un Tribunal Especial para la Paz (TEP), para

⁶ La Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; y las medidas de reparación integral.

administrar justicia e investigar, esclarecer, perseguir y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. La JEP hace parte del Sistema Integral y en su ejercicio, al ocuparse exclusivamente y de manera transitoria de las conductas relacionadas directa e indirectamente con el conflicto armado, no implica la sustitución de la jurisdicción ordinaria.

La JEP funcionará de manera especial para ejercer funciones judiciales de manera autónoma y preferente sobre los asuntos de su competencia, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos. Se aplicará únicamente a conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor. Sin embargo, lo acordado también plantea que la responsabilidad de los destinatarios del SIVJRNR no exime al Estado de su deber de respetar y garantizar el pleno goce de los derechos humanos y de sus obligaciones, conforme al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente descrito, el fin de este escrito es exponer al lector un acercamiento jurídico de fondo, sobre el escenario colombiano, en lo atinente al proceso de justicia transicional. Temario que se concentra, esencialmente, en la función atribuida al Tribunal Especial para la Paz, ejercicio que, a juicio de la autora, debe hacerse bajo el llamado que la jurisprudencia hace a los jueces, para que en la administración de justicia ejerzan control de convencionalidad teniendo en cuenta el imperativo de las normas de *ius cogens*.

No es gratuito que la Ley 1820 de 2016, “por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”, consagre que no serán amnistiables las graves violaciones a los derechos humanos y las serias infracciones al derecho internacional humanitario cometidas en el contexto del conflicto armado. Estándar internacional respetado por la comunidad internacional y ratificado por los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos de los cuales hace parte el Estado Colombiano.

En esta coyuntura, en marzo del año en curso (2018), la Plenaria de la Jurisdicción Especial para la Paz, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo transitorio 120 de la Constitución Política (Acto Legislativo No. 1° de 2017, artículo 1°), por el cual se adopta el Reglamento General de la Jurisdicción Especial para la Paz, adoptó las siguientes disposiciones normativas, entre las cuales destaca en su art. 2 que: “La JEP (...); administra justicia de manera transitoria, independiente y autónoma y conoce de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos (...)”. En consecuencia, no se puede entonces excusar la comisión de conductas que vulneran claramente la conciencia misma de la humanidad, como los homicidios arbitrarios, las torturas, los tratos crueles, las tomas de rehenes, las desapariciones forzadas, los juicios sin garantías o la imposición de penas *ex-post facto*⁷.

Como corolario, se asume como hipótesis central que, el Tribunal Especial para la Paz, máxima instancia de la JEP, deberá ceñirse, acorde a los estándares internacionales, a las normas de *ius cogens* y a las obligaciones internacionales contraídas en su nexa con el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, por varias razones, entre ellas, aparecen estándares internacionales con efecto *erga omnes* y de obligatorio cumplimiento, razón por la cual deben ser acatadas por todos los operadores jurídicos.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-225/95. Revisión de constitucionalidad del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”. 18 de mayo de 1995.

II.- LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL ESPECIAL PARA LA PAZ CON CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU NEXO CON EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Especial para la Paz tendrá como función básica corresponder con los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación, y con ellos, a medidas de no repetición; el instrumento aplicable será el Marco Jurídico para la Paz⁸, a propósito de la Ley de amnistía e indultos y otros tratamientos penales especiales, Ley 1820 de 2016, que no regirá para los delitos de lesa humanidad, genocidio y graves crímenes de guerra -esto es, toda infracción grave al Derecho Internacional Humanitario cometida de forma sistemática- la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, todo ello conforme a la tipología emanada del Estatuto de Roma (ER), de 1998⁹, instrumento del cual es Parte el Estado colombiano.

Tampoco serán amnistiables, conforme lo establece la Ley 1820 de 2016, en su art. 23, los delitos comunes que carecen de relación con la rebelión, es decir, aquellos que no hayan sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante el conflicto armado, o cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero. Ahora bien, solo serán amnistiables los delitos políticos y conexos, entendiendo por tales, aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente. Lo establecido en este artículo no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre

⁸ *Cfr. v.g.* Congreso de la República, Acto legislativo 01/2012, por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, Bogotá, julio 21 de 2012; Acto legislativo 01, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones” Bogotá, 4 de abril de 2017; Ley 1820 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones, Bogotá, 30 de diciembre de 2016.

⁹ Aprobado en Colombia mediante el decreto 2764 de 2002.

y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.

La ley 1820 de 2016 que rige para la Jurisdicción Especial para la Paz es contemplada como un mecanismo de extinción de la acción penal, disciplinaria, administrativa y fiscal, que se concederá por los delitos políticos de “rebelión”, “sedición”, “asonada”, “conspiración” y “seducción, usurpación y retención ilegal de mando” y los delitos que son conexos con estos de conformidad con esta ley¹⁰. Lo cual no extingue el derecho de las víctimas a recibir reparación. En consecuencia, así como está estipulado en el Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto Armado, la responsabilidad de los destinatarios del SIVJRN no exime al Estado de su deber de respetar y garantizar el pleno goce de los Derechos Humanos conforme al sistema jurídico internacional.

Así, la Ley 1820 consagra en su art. 9 el deber del Estado de investigar, esclarecer, perseguir y sancionar conforme a los estándares internacionales en la materia, conexas a la figura del control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad. Esta última como parámetro desarrollado por la misma Corte Constitucional en reiteradas sentencias¹¹, para incorporar de manera automática todos los tratados que versen sobre Derechos Humanos y áreas conexas al ordenamiento jurídico interno, y, por el mandato de las normas de *ius cogens*, a todas las normas imperativas que no admiten acuerdo en contrario.

Así, “el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”¹².

¹⁰ Ley 1820 de 2016, art. 15.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-878 de 2014; Sentencia C-067 de 2003; Sentencia C-582 de 1999.

¹² Sentencia C-225 de 1995.

Esta Corporación, en las sentencias citadas y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de Derecho Internacional Humanitario son parte integrante del *ius cogens*, así como también, las normas imperativas derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Surge entonces “una verdadera integración jurídica entre el derecho interno, en cuya cúpula se halla la Constitución Política y el derecho internacional cuando está de presente su *ius cogens*, dado que éste por representar valores superiores, inalienables e inajenables del individuo como son los Derechos Humanos, se coloca por encima de la misma normación internacional que pudiera desconocerlos y al mismo *ius cogens* habrá de acomodarse la legislación interna de los países”¹³.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, “sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II, y el Pacto de San José de Costa Rica”¹⁴, conocido también como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969. Uno de los instrumentos pioneros en el sistema interamericano.

Al mismo tiempo, a los Estados les rige el deber de adecuar no solo su normativa interna conforme a los instrumentos internacionales en la materia, sino que, los operadores jurídicos deben tener en cuenta las decisiones derivadas del Sistema Internacional de los Derechos Humanos por la figura del control de convencionalidad, que asiste la obligación correspondiente a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, para fallar y actuar en la praxis jurídica conforme a la aplicación que del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hacen los Tribunales Internacionales. Por tal razón, la misma Corte Constitucional ha reconocido que “el poder judicial está internacionalmente obligado a

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 1993.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999.

ejerger control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”¹⁵.

Al respecto, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*¹⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) contextualizó de forma específica de qué manera debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. Explicó que los Tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de su normatividad, sino también de convencionalidad. En esta tarea los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente los tratados que versen sobre Derechos Humanos, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH como intérprete última, en este caso, de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (en adelante entiéndase Convención Americana). De tal manera, como se expresó en los Casos *Radilla Pacheco*¹⁷, *Fernández Ortega*¹⁸ y *Rosendo Cantú*¹⁹, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas se adecuen al derecho internacional de los derechos humanos²⁰.

Con lo cual, la hipótesis más fuerte que se asume es, que el Tribunal Especial para la Paz (TEP) debe seguir, en estricto sentido, las normas de *ius cogens* y las obligaciones internacionales contraídas en su nexo con el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, pues la jurisprudencia emanada de los Tribunales Internacionales son parámetros de observancia, no solo para los magistrados que constituyan el Tribunal Especial para la Paz, sino para cualquier operador jurídico.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-500 de 2014.

¹⁶ Corte IDH, caso *Boyce y Otros vs. Barbados*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas de 20 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 169.

¹⁷ Corte IDH, Caso *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

¹⁸ Corte IDH, *Fernández Ortega vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215.

¹⁹ Corte IDH, *Rosendo Cantú vs. México*, interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 15 de mayo de 2011, serie C, núm. 225.

²⁰ Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 26 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 220.

Concluyentemente, a falta de estos parámetros y en ausencia de criterios de justicia, verdad y reparación, la implementación del Marco Jurídico para la Paz, con ellos, los Acuerdos de La Habana, el proceso de paz podría correr el riesgo de ser un proceso fallido e ineficaz.

Recuérdese que el auge del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la influencia que ha tenido en los procesos de justicia transicional, entendiéndose por tal, el *corpus iuris* creado en sociedades que han sufrido el impacto desproporcionado de múltiples manifestaciones de violencia, que se aplica excepcionalmente y de manera extraordinaria por Tribunales *ad hoc*, para garantizar la consolidación de la paz, de manera estable y duradera -sin que ello implique el amparo de la impunidad o desatención de los estándares internacionales- ha permitido impregnar la normatividad existente no sólo a nivel constitucional sino internacional, a través de la jurisprudencia y los mismos tratados internacionales -como pactos de obligatorio cumplimiento-.

De esta manera, la configuración de los mismos se ha desarrollado de forma progresiva, por ello los textos constitucionales suelen ser, por lo general, catálogos “vivos”, de textura abierta, pues deben ir a la par de los fenómenos sociales, adecuándose también a la realidad social, razón por la cual se exige del derecho transformación permanente y continua. De hecho, el art. 93 de la Constitución colombiana, en consonancia con lo consagrado en el art. 94, enlaza la figura del bloque de constitucionalidad con el control de convencionalidad²¹.

Lo anterior es capital precisarlo, toda vez los diferentes convenios internacionales en materia de derechos humanos y otras áreas conexas, otorgan pautas a seguir, de ahí el efecto impregnación que surten en el derecho doméstico, siendo una herramienta fundamental en cualquier proceso que afecte Derechos Humanos fundamentales, para moldear los textos normativos acor-

²¹ Art. 93. “Los tratados y convenios internacionales ratificados [entiéndase aprobados] por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Art. 94. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

de a la realidad y necesidades actuales. Es por ello que, las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, en el contexto colombiano, cuentan con un amplio y comprensivo corpus iuris internacional, que irradia a su vez, los derechos emanados de la Constitución, siendo, por tanto, necesaria la aplicación de los respectivos estándares internacionales en materia de protección de Derechos Humanos por los operadores jurídicos.

En tal sentido, aunque algunos derechos no se encuentran de forma expresa en las Constitución como norma de normas, no quiere significar que no existan con contenido propio, máxime cuando tienen amplio desarrollo jurisprudencial y convencional en materia de Derechos Humanos. Esto es lo que explica porqué la exigencia del control de convencionalidad siempre se mantiene vigente como deber atribuido a los Estados en cabeza de los operadores jurídicos.

Sobre el particular, como exigencia derivada para los Estados aparece en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, particularmente, en la Convención Americana, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en sus artículos 8 y 25 respectivamente. Derechos que tienen un fuerte contenido semántico en la lucha contra la impunidad, definida por la Corte IDH como, "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana"²². La consecuencia inmediata es que, como parámetro de control de convencionalidad, la Convención Americana se superpone como norma primaria superior, esto de conformidad con su art. 2 que reza así: "los Estados están obligados a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Lo cual, para el caso sub examine, obliga al Estado colombiano a combatir la impunidad, aún el Marco Jurídico para la Paz, por todos los medios legales

²² Cfr. Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 31 de enero de 2001, Serie C, núm. 71; *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de Fondo, de 25 de noviembre de 2000. Serie C, núm. 70.

disponibles, pues la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares²³. En tal sentido, la falta de recursos efectivos no solo para combatir la impunidad sino para garantizar el acceso a la justicia contraviene un cumulo de derechos, entre ellos, el derecho a la verdad que ha sido desarrollado vía jurisprudencial ampliamente, a la luz de la Convención Americana.

Ante esta realidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que el derecho a la verdad no debe ser coartado a través de medidas legislativas o de otro carácter, como, por ejemplo, las leyes de amnistía²⁴. Así, en el *Caso de las Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, la Corte IDH dispuso que “El Salvador tendría que asegurar que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, cesase de representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del (...) caso, ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado”²⁵.

Nótese que la Corte IDH obliga a seguir como parámetros de control de convencionalidad impedimentos fácticos o legales, tales como -la expedición de leyes de amnistía- y el acceso a la información sobre los hechos y circunstancias que rodean la violación de un derecho fundamental, que impida poner en marcha los recursos judiciales de la jurisdicción interna, cuando resultan incompatibles con el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana. El proceso destinado a establecer la verdad requiere del libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información y la adopción de las medidas necesarias para habilitar al poder judicial a emprender, y completar las investigaciones correspondientes²⁶.

²³ CIDH, *Verdad, justicia y reparación: cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13, 31 diciembre 2013, párr. 201. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/justicia-verdad-reparacion-es.pdf>.

²⁴ Véase v.g. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, Serie C, núm. 75; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.

²⁵ *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252.

²⁶ CIDH, *Verdad, justicia y reparación*, op, cit, párr. 205.

Igualmente, el control de convencionalidad obliga a seguir la interpretación que ha hecho la Corte IDH en sentido amplio respecto de los derechos amparados bajo la Convención Americana. Algunos de ellos constituyen aspectos claves en los procesos de justicia transicional, entre ellos, el derecho a la verdad asociado implícitamente con los derechos a las garantías judiciales y protección judicial.

Siguiendo a la CIDH y a la Corte IDH, el derecho a la verdad también comprende una doble dimensión: “En primer lugar, se reconoce el derecho de las víctimas y sus familiares a conocer la verdad con respecto a los hechos que dieron lugar a graves violaciones de los derechos humanos [...]. En segundo lugar, se ha consolidado la noción que este derecho no sólo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto. [...]”²⁷.

Recuérdese que el Comité de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte IDH, la CIDH y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, han considerado que el hecho de no proporcionar información sobre violaciones de derechos humanos, y, en específico “sobre la suerte y el paradero de los desaparecidos o sobre las circunstancias de una ejecución y el lugar exacto en el que se enterró a las víctimas, puede equivaler a tortura o maltrato. Sin embargo, el derecho a la verdad sigue siendo un derecho autónomo con su propia base jurídica”²⁸.

En consecuencia, acogiendo las bases que se derivan de los órganos e instrumentos internacionales, junto con la obligatoriedad de los operadores jurídicos para interpretar conforme a ellos, no se pueden desconocer los principios rectores originados de los tratados internacionales, pues marcan la pauta para el goce y ejercicio de los derechos contemplados en los distintos textos constitucionales, entre otras cosas, por una suerte de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, vía control de convencionalidad y bloque de constitucionalidad en sede interna. Además,

²⁷ CIDH, *Derecho a la verdad en Las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.152.Doc.2. 13 de agosto de 2014, párr. 15. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>.

²⁸ ONU, *Promoción y protección de los derechos humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad*, E/CN.4/2006/91, de enero 9 de 2006, párr. 42. Disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/120.pdf.

el principio *pacta sunt servanda* estipulado en la Convención de Viena de 1969²⁹, impone como deber a los Estados cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados, puesto que, en caso de incumplimiento, procede responsabilidad internacional para el Estados Parte.

En efecto, cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que, en conclusión, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad”³⁰ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales³¹.

Imperativo que debe seguir el Tribunal Especial para la Paz, pues su ejercicio está amparado no solo en el orden constitucional vigente, sino en las convenciones sobre derechos humanos que dan sustento al mismo ordenamiento jurídico, junto con toda la normativa derivada que exige verdad, justicia, reparación y medidas de no repetición, junto con la supresión de leyes de amnistía por la comisión de crímenes internacionales. En cuyo caso, en Colombia, la misma Ley de amnistía e indulto 1820 de 2016, estipula que le asiste al Estado como obligación derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el deber de investigar, pues si con su actuación o en ausencia de ella, las violaciones a los derechos humanos quedan impunes y no se restablece el daño causado, no estaría garantizando la protección efectiva de las personas bajo su tutela.

Por esta razón, en garantía a los derechos de las víctimas el Marco Jurídico para la Paz tuvo que ser objeto no solo de control de constitucionalidad sino de convencionalidad, habida cuenta que, los tratados que versan sobre

²⁹ Cfr. Art. 26.

³⁰ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186, párr. 180.

³¹ Cfr. *Caso Gelman vs. Uruguay*, párr. 193; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, párr. 219. *Caso Radilla Pacheco vs. México*, párr. 339.

derechos humanos y la jurisprudencia derivada de las Cortes Internacionales prohíben las leyes de amnistía por la comisión de crímenes internacionales, por ello, solo serán objeto de amnistía u otros eximentes de responsabilidad, aquellos delitos considerados como políticos y conexos.

Tipología que ha sido un concepto normativo empleado con tres fines plenamente diferenciables: "(i) permitir que a los condenados por estas conductas les sea otorgada una amnistía o les sea concedido un indulto; ejemplo de ello, es la consagración que desde 1991 se hizo en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución. (ii) Impedir que los perseguidos por conductas que se consideren delito político sean extraditados, tal y como lo prevé el tercer inciso del artículo 35 de la Constitución. (iii) Permitir que los condenados por estas conductas participen en política, específicamente para que puedan acceder a cargos públicos y ejercer el derecho de sufragio pasivo"³².

Al tener en cuenta esta diferenciación la Corte Constitucional ha establecido que resulta evidente que en instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y en diversas sentencias que conforman la jurisprudencia constitucional relativa a la materia, se consagran límites respecto de: "i) la concesión de amnistías e indultos, así como ii) la prohibición de extradición de delincuentes por parte del Estado colombiano; límites que a su vez determinan cuáles delitos podrán considerarse como políticos o conexos a delitos políticos cuando estas categorías sean utilizadas con dichos fines"³³. La particularidad de esta tipología de delitos en el ordenamiento jurídico colombiano es que no generan inhabilidad para el acceso a cargos públicos, como si lo hacen los delitos comunes que implican pena privativa de la libertad.

Ahora bien, la misma Corte Constitucional en sentencia C-579/13 tuvo que analizar si el "Marco Jurídico para la Paz" era incompatible con el pilar esencial que exige respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, a través del cumplimiento de las obligaciones de investigar, juzgar y en su caso sancionar, las graves violaciones a los Derechos Humanos

³² Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2014.

³³ *Ibidem*.

y al Derecho Internacional Humanitario, justamente por el imperativo del control de convencionalidad.

Al respecto expresó, “existe un pilar fundamental de la Constitución que consiste en el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. En virtud de este mandato, existe la obligación de: (i) prevenir su vulneración; (ii) tutelarlos de manera efectiva; (iii) garantizar la reparación y la verdad; e (iv) investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario”.

Consideró que para alcanzar una paz estable y duradera es legítimo adoptar medidas de justicia transicional, como los mecanismos de selección y priorización. Examinó si la posibilidad de centrar esfuerzos en la investigación penal de los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia. Y concluyó que, en virtud de los instrumentos de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y los pronunciamientos de sus intérpretes, es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán aquellos delitos³⁴.

En cuanto a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte Constitucional consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: “(i) La concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición”.

También analizó la renuncia condicionada a la persecución penal y al respecto aclaró que la figura se encuentra limitada, por cuanto no aplica para

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-579 de 2013.

los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio³⁵ y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, conforme con los estándares internacionales.

Finalmente, "explicó que la renuncia condicionada a la persecución penal se justifica al ponderar la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar, con el deber de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos en la búsqueda de una paz estable y duradera (...) siempre que se encuentren orientados a satisfacer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición, con observancia de los deberes estatales de investigación y sanción de las graves violaciones de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario"³⁶.

La jurisprudencia invocada evidencia de forma clara y contundente cómo opera la subsidiaridad del derecho internacional y su armonización a través del derecho interno, habida cuenta del necesario control de convencionalidad. No obstante, en virtud del principio de complementariedad, en caso que el derecho vigente con la constitución de la JEP no sea suficiente para el esclarecimiento de los hechos con criterios de verdad, justicia y reparación, ora porque se desconocen los estándares internacionales en la materia, ora porque Las FARC-EP incumplan lo pactado en los Acuerdos de La Habana, la intervención de los órganos del Sistema Interamericano -incluso los del sistema universal- y la competencia de la Corte Penal Internacional, siempre estará vigente, precisamente por tratarse de graves transgresiones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, en cuya circunstancia, tales violaciones no prescriben.

³⁵ Recuérdese la consagración de la tipología en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

III.- EL EJERCICIO DEL TRIBUNAL ESPECIAL PARA LA PAZ ACORDE A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y A LAS NORMAS DE *IUS COGENS*

Aclarado lo anterior, es necesario invocar, puntualmente, la aplicabilidad de las normas de *ius cogens* en el marco del TEP, habida cuenta que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos designa reglas de carácter imperativas que no admiten acuerdo en contrario so pena de nulidad absoluta. Por ello, estas normas³⁷ tienen la característica de ser inderogables, obligatorias, con efecto erga omnes, es decir, rigen para todos los Estados. Entre ellas, el principio de igualdad y no discriminación, la prohibición de la tortura³⁸, los principios básicos de protección de los derechos humanos, la proscripción del uso de la guerra, la prohibición del delito de genocidio y de crímenes contra la humanidad, y con ellos, la prohibición de la desaparición forzada³⁹ de personas y las leyes de amnistía, indultos y otros eximentes de responsabilidad, cuando contravengan bienes jurídicos superiores.

También son parte integrante del *ius cogens* “los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente

³⁷ Véase al respecto: Cepeda Rodríguez, Emerson. “Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa en la justicia transicional”, *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Colombia, núm. 36, junio 2016, pp. 1-16. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.02>; Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia del derecho internacional de los derechos humanos (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991-2006)*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 82-83 y ss. Cherif Bassiouni, Mahmoud, *International Crimes: “Jus Cogens” and “Obligatio Erga Omnes”*, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, num. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, autumn, 1996, pp. 63-74. Cebada Romero, Alicia, “Los conceptos de obligación erga omnes, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la cdi sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, Junio 2002, pp. 1-14, obtenido de <http://www.reei.org/index.php/revista/num4/archivos/Cebada.PDF>.

³⁸ Cfr. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985.

³⁹ Véase v.g. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006.

aceptado por la comunidad internacional. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario (...). Conviene tener en cuenta que tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto, como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana"⁴⁰.

Las normas de *ius cogens* siguiendo a Gómez-Robledo & Witker⁴¹, soportan el orden público internacional, esto es, normas y principios generales que constituyen su fundamento estructural y, por esta razón, no pueden ser remplazadas ni sustituidas sin que el sistema pierda sus características definitorias⁴². En tal sentido, Cançado Trindade⁴³, entiende que el acceso a la justicia y las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana, tomados conjuntamente, hacen parte del dominio del *ius cogens*"⁴⁴.

Con estas características la Convención de Viena de 1969, estipula en su art. 53 que todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa ("ius cogens") de derecho internacional

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.

⁴¹ Gómez-Robledo, Alonso & Witker Velázquez, Jorge (coords). *Diccionario de derecho internacional*, México D.F., UNAM-Porrúa, 2001. p. 252.

⁴² Gómez-Robledo, Antonio. *El ius cogens internacional. Estudio historico-critico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 60.

⁴³ Cançado Trindade, Augusto, "Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional". *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, 2010, p. 35. Disponible en: www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010_1.pdf. También puede consultarse, Cançado Trindade, Augusto, "La ampliación del contenido material del *ius cogens*", p. 8. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140. párr. 64.

general será nulo. Entendiendo por tal una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto⁴⁵ como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. En consecuencia, las potestades derivadas para el TEP, no son ajenas a los mandatos jurídicos internacionales, dicho de otra forma, las normas de *ius cogens* se imponen a la soberanía estatal, por cuanto los Derechos Humanos aparecen como límite al ejercicio del poder.

La naturaleza jurídica del Tribunal Especial para la Paz, que ya quedó descrita en acápites anteriores y con ella la normativa derivada del Marco Jurídico para la Paz, da tratamientos especiales en materia penal a los integrantes de las FARC-EP, siempre y cuando las conductas infringidas se traten de delitos políticos y conexos. Este sería el máximo umbral permitido de aplicación de la Ley de amnistía e indultos, pues para los crímenes internacionales está la prohibición tajante de aplicación de amnistías y otros eximentes de responsabilidad.

La cuestión es que, a pesar de la constitución de dicho marco normativo, hay delitos como la desaparición forzada de personas, cuya prohibición está contemplada como una norma de *ius cogens*, que, de quedar impunes, abren la puerta no solo a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sino a la activación de la Corte Penal Internacional, teniendo en cuenta que por su naturaleza es un delito continuado que solo culmina cuando aparece la presunta víctima o se tiene indicio de su paradero.

La caracterización pluriofensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada, en el Sistema Interamericano, “se desprende no sólo de la propia definición del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los travaux préparatoires a ésta, su preámbulo y normativa, sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la

⁴⁵ Díaz Tolosa, Regina, “El reconocimiento del *ius cogens* en el ordenamiento jurídico chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, 41, no. 2, 2014, p. 560. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchil-der/v41n2/art07.pdf>.

privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada”⁴⁶.

Implica de base un conjunto de violaciones simultáneas a diferentes derechos. Tipología que requiere de un análisis sistémico y comprensivo, en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos de manera permanente⁴⁷.

Así, la Corte DIH ha establecido que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple⁴⁸ que inicia con una privación de libertad contraria al artículo 7 de la Convención Americana⁴⁹. La Corte IDH, Instituyó a su vez, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida. Esto es lo que obliga una conexión necesaria entre la desaparición forzada con la violación simultánea de diferentes derechos humanos.

Los Tribunales Penales Internacionales anteriores a la CPI, también se han pronunciado invocando normas de *ius cogens*, entre ellas, la prohibición de la tortura. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TIPY), por ejemplo, en el caso *prosecutor (fiscal) vs. Furundzija* afirmó: “cabe señalar que la prohibición de la tortura establecida en los tratados de derechos humanos consagra un derecho absoluto, que nunca puede ser derogado, ni siquiera en caso de emergencia (por este motivo la prohibición también se aplica a situaciones de conflicto armado). Esto está vinculado al hecho, (...) que la prohibición de la tortura es una norma imperativa o *ius cogens*. Esta prohibición es tan extensa que incluso el derecho internacional impide a los

⁴⁶ *Caso Radilla Pacheco vs. México*, 2009, párr. 140.

⁴⁷ *Caso González Medina y Familiares vs. República Dominicana*, 2012, párr. 129.

⁴⁸ *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2012, párr. 103.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 122.

Estados expulsar, devolver o extraditar a una persona a otro Estado cuando existan motivos fundados para creer que la persona estaría en peligro de ser sometida a tortura”⁵⁰.

Estas disposiciones de los tratados imponen a los Estados la obligación de prohibir y castigar la tortura, así como de abstenerse de practicar la tortura a través de sus funcionarios. En el derecho internacional de los derechos humanos, que se refiere a la responsabilidad de los Estados más que a la responsabilidad penal individual, la tortura está prohibida como delito penal y es sancionada por la legislación nacional. Además, todos los Estados partes en los tratados pertinentes han reconocido y están obligados a ejercer la jurisdicción para investigar, perseguir y castigar a los infractores. Consecuentemente, en la legislación de derechos humanos también la prohibición de la tortura se extiende y afecta directamente la responsabilidad penal de las personas⁵¹.

Ahora bien, la prohibición de la tortura es tan sumamente estricta que para prevenir su ocurrencia no basta con intervenir después de la imposición de la tortura, cuando la integridad física o moral de los seres humanos ya ha sido irremediamente dañada. “Los Estados están obligados a poner en práctica todas las medidas que puedan prevenir la perpetración de la tortura, tal como lo expresó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Soering vs. Reino Unido*, el derecho internacional tiene la intención de prohibir no sólo las infracciones reales, sino también las violaciones potenciales de la prohibición de la tortura (así como cualquier trato inhumano y degradante).

⁵⁰ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. *Prosecutor vs. Furundzija*, case IT-95-17/1-T. Judgement. 10 december 1998, párr. 144. It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situations of armed conflicts). This is linked to the fact, discussed below, that the prohibition on torture is a peremptory norm or *ius cogens*. This prohibition is so extensive that States are even barred by international law from expelling, returning or extraditing a person to another State where there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to torture (version original).

⁵¹ *Ibidem*, párr. 145.

De esto se desprende que las normas internacionales prohíben no sólo la tortura, sino también (i) la falta de adopción de las medidas nacionales necesarias para aplicar la prohibición (ii) y el mantenimiento en vigor o la aprobación de leyes contrarias a la prohibición⁵². Esta exigencia se mantiene latente y vigente en todos los sistemas de responsabilidad, tanto para los Estados en el sistema regional y universal, como para las personas en el ámbito de la Corte Penal Internacional (CPI). Situación que explica cómo la no aplicación de estos principios básicos activaría, no solo el sistema penal derivado del Estatuto de Roma (ER), sino la responsabilidad para los Estados en los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter de *ius cogens* del acceso a la justicia y las garantías judiciales -recuérdese que Colombia tenía una reserva que fue propuesta durante el Gobierno del ex presidente Andrés Pastrana, la cual se ratificó durante el Gobierno del ex presidente Álvaro Uribe-, en relación a la competencia de la CPI para conocer de crímenes de guerra, so pretexto de impulsar un acuerdo de paz que diera terminación al conflicto y, por tanto, la jurisdicción de la CPI no se convirtiera en un obstáculo para dicho propósito. Lo cual impidió que en el marco del ER la CPI pudiera investigar por un lapso de 7 años crímenes de guerra para el caso de Colombia, terminándose dicha reserva en el año 2009.

Sin embargo, la competencia de la CPI estuvo vigente desde el año 2002 en relación a crímenes de lesa humanidad y genocidio, hecho que deja otra ventana abierta, en caso que no se satisfaga con el Tribunal Especial para la Paz el derecho de las víctimas con criterio de justicia, para que la CPI reabra investigaciones por estos dos crímenes, pues conforme al art. 17, relativo a las cuestiones de admisibilidad, el ER prevé que no haya *litis pendencia* y que no opere la cosa juzgada⁵³, pues la CPI no puede fallar, entre otras cosas, con base en los mismos hechos y delitos incoados por otro Tribunal competente, conforme lo establece su art. 20.

⁵² *Ibidem*, párr. 148.

⁵³ *Cfr.* Art. 20 del ER.

En relación a lo anterior, la CPI puede valorar si la decisión adoptada por el Tribunal Especial para la Paz, ha sido, dado el caso, con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte para proceder a investigar conforme lo estipula el ER.

Otro asunto de sumo cuidado es el retardo injustificado en relación al llamado de justicia de las presuntas víctimas, pues si en un plazo razonable, teniendo en cuenta la complejidad del asunto y la gravedad de los hechos, no hay decisión de fondo por el Tribunal Especial para la Paz, queda la interpretación abierta sobre si la Fiscalía de la CPI podría investigar a muto propio, debido al retardo injustificado.

La Corte IDH, por ejemplo, en el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, basándose en casos anteriores, *verbi gratia*, *Genie Lacayo vs. Nicaragua*⁵⁴, estipuló que un término superior a 5 años rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención, por lo tanto, entendió que la víctima no estaba obligada a soportar la negligencia por la mora en la administración de justicia.

Acorde a lo anterior, la Corte IDH señaló que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano jurisdiccional carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión.

Esta garantía de protección de los derechos de los individuos no supone sólo el resguardo directo a la persona vulnerada sino, además, a los familiares, quienes, por los acontecimientos y circunstancias particulares del caso, son quienes ejercen la reclamación en el orden interno. Además, la Corte IDH

⁵⁴ *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, 1997, párr. 81.

ha manifestado que: del artículo 8 de la Convención Americana se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación⁵⁵.

En el mismo sentido, la CPI podría basarse en los precedentes existentes para hacer la misma interpretación, si fuese el caso, teniendo en cuenta no solo la complejidad del asunto, sino los parámetros perseguidos con el art. 17.2 del ER, pues consagra que procede la admisibilidad de un caso, siempre,

“(...) b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia”.

Por otra parte, los criterios de la CPI respecto a su admisibilidad y competencia por crímenes internacionales, pueden vía interpretación, ser extensivos, conforme a los precedentes de otros Tribunales, toda vez que, el ER en su art. 21 estipula, en relación al derecho aplicable que,

1. La Corte aplicará:

- a) En primer lugar, el (...) Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;
- b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; (...).

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

⁵⁵ *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, 2000, párr. 59.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...).

La conclusión inmediata es que debido a los imperativos derivados de las normas de *ius cogens*, el TEP con la aplicación de la Jurisdicción Especial para la Paz, debe vincular, en interpretación extensiva, los precedentes de la CPI, con los restantes en la materia, en otros Tribunales Penales Internacional y Cortes de Protección de Derechos Humanos por control de convencionalidad, siempre que esos principios no sean incompatibles con el derecho interno, el orden internacional, ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

Lo explicado, en suma, deja suficiente claridad en relación a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el sistema del ER, son un todo armonioso que rigen de manera íntegra en la coyuntura actual colombiana, con lo cual, su observancia, por todo lo explicado, es obligatoria, teniendo cuenta la fuerza de las normas de *ius cogens* y la principalística derivada. Máxime cuando la CPI y la Corte IDH, no están exentas de intervenir, en caso que se diera cualquiera de las circunstancias anteriormente explicadas:

1. Retardo injustificado en las decisiones del Tribunal Especial para la Paz.
2. Incompatibilidad en la tipología de crímenes con las leyes de amnistía.
3. Falta de independencia e imparcialidad del Tribunal Especial para la Paz.
4. Y, por último, y no menos importante, incongruencia en las decisiones en relación a los derechos de verdad, justicia, reparación y medidas de no repetición, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

En suma, este escrito es una descripción sensata, y no menos rigurosa, en el estudio jurídico posible, sobre la aplicabilidad de las normas de *ius cogens*, en las providencias del Tribunal Especial para la Paz, pues en todo caso, estas normas se imponen sobre el Marco Jurídico para la Paz, so pena de responsabilidad internacional. Esto implica, por tanto, que investigar y sancionar

crímenes por graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario conforme a los estándares internacionales, no es una opción, es una obligación.

BIBLIOGRAFÍA

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, "Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional", *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, País Vasco, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 20-95. Disponible en: www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2010/2010_1.pdf.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia del derecho internacional de los derechos humanos (votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1991-2006)*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Augusto, "La ampliación del contenido material del *ius cogens*", 2007, pp. 1-16. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf.

CEBADA ROMERO, Alicia, "Los conceptos de obligación erga omnes, *ius cogens* y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 4, junio 2002, pp. 1-14, obtenido de: <http://www.reei.org/index.php/revista/num4/archivos/Cebada.PDF>.

Centro Nacional de Memoria Histórica, *Desaparición forzada. Balance de la contribución del CNMH al esclarecimiento histórico*, 1era ed, Bogotá, CNMH, 2018.

CEPEDA RODRÍGUEZ, Emerson, "Interrelación entre el *ius cogens* y el derecho blando. Derechos sociales y responsabilidad social corporativa

en la justicia transicional”, *Revista de Derecho Público*, núm. 36, Universidad de los Andes, Colombia, 2016, pp. 1-16. DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.02>.

CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud, International Crimes: “Jus Cogens” and “Obligatio Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, núm. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights, 1996, pp. 63-74.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho a la verdad en Las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.152.Doc.2. 13 de agosto de 2014. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc.49/13. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/justicia-verdad-reparacion-es.pdf>.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio. *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

DÍAZ TOLOSA, Regina, “El reconocimiento del *ius cogens* en el ordenamiento jurídico chileno”. *Revista Chilena de Derecho*, 41, núm. 2, 2014, pp. 555-587. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v41n2/art07.pdf>.

GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*. México D.F., UNAM, 2003.

GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso & Witker Velázquez, Jorge (coords), *Diccionario de derecho internacional*, México, UNAM-Porrúa, 2001.

Organización de Naciones Unidas. *Promoción y protección de los derechos humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad*, E/CN.4/2006/91, 2006. Disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/120.pdf.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, SÁNCHEZ DUQUE, Luz, SÁNCHEZ LEÓN, Nelson.
Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y Botero Marino, Catalina, *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PERÚ: ¿REGLA O EXCEPCIÓN?

*Erick Palao Vizcardo*¹

Asociado del área penal del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (Perú)

I.- INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva adquirió notable importancia en el Perú, a raíz de las diversas investigaciones que se han venido dando contra ex Presidentes de la República, actores políticos, funcionarios públicos y empresarios por supuestamente haber tenido participación en actos de corrupción con la empresa Odebrecht. Un sector de la población considera que por la fuerte presión mediática que se ha dado en torno a estos casos, los fiscales vienen solicitando prisiones preventivas de manera continua y los jueces están imponiendo medidas de prisión preventiva como si ello fuera una regla en el proceso penal, dejando de lado el carácter excepcional de esta medida.

Asimismo, se ha identificado que los jueces no tienen un criterio uniforme para la imposición de la prisión preventiva y no analizan correctamente cada uno de los presupuestos que se deben cumplir para poder imponer dicha medida. Ello ha evidenciado una falta de motivación en las resoluciones judiciales de prisión preventiva, lo cual resulta esencial en toda resolución judicial y de sobre manera en una resolución de prisión preventiva toda vez que su imposición afecta un derecho fundamental como es la libertad personal.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla y estudios del máster en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad de Castilla-La Mancha.

Por lo expuesto, los jueces de la Corte Suprema dispusieron que en el XI Pleno Jurisdiccional que se realizó el 9 de julio de 2019 se debatiera la problemática que se viene dando con la aplicación de la medida de prisión preventiva por parte de los distintos órganos jurisdiccionales.

Por ello, analizaré el carácter excepcional de la prisión preventiva y los presupuestos que se deben cumplir para su imposición en un proceso penal. Asimismo, señalaré cuáles han sido los principales errores en los que vienen incurriendo los distintos órganos jurisdiccionales al momento de fundamentar sus resoluciones de prisión preventiva.

II.- DELIMITACIÓN DE LA MEDIDA DE PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es una medida coercitiva personal que se encuentra regulada en el artículo 268² del Código Procesal Penal Peruano (en adelante “CPP”). Con la imposición de esta medida coercitiva se dispone que una persona procesada vaya a prisión por un período de tiempo a fin de evitar principalmente que el procesado vaya a fugar u obstaculizar el trámite del proceso.

Con la imposición de la prisión preventiva se afecta el derecho a la libertad personal de una persona³, que, si bien es un derecho fundamental, no es un derecho ilimitado, por lo que se encuentra sujeto a restricciones con la finalidad de tutelar otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes. Ello también ha sido reconocido en el artículo 9.1. del Pacto

² “Artículo 268°. Presupuestos materiales.

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

³ Artículo 2.24 de la Constitución Política del Perú.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) y en el artículo 7.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH”).

Por esta razón, la aplicación de la prisión preventiva es de carácter excepcional, por lo que se deberá imponer únicamente en casos necesarios donde se cumplan cada uno de los requisitos legales, en especial el peligro procesal⁴. En virtud de ello, el Tribunal Constitucional⁵ ha señalado que la prisión preventiva es una medida de última ratio y debe ser aplicada de manera excepcional y no como regla general. Esta medida coercitiva debe ser excepcional y de última ratio porque con su imposición se restringe la libertad de una persona que le asiste la presunción de inocencia debido a que dicha medida es dictada antes de la emisión de la sentencia. De igual modo, recientemente la Corte Suprema en la Casación N° 1445-2018/Nacional⁶ ha señalado que la prisión preventiva es una medida de aplicación excepcional, subsidiaria y provisional.

Asimismo, el artículo 9.3. del PIDCP señala que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”. También, el artículo 6.1. de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (reglas de Tokio) indica que en un proceso penal la prisión preventiva debe ser aplicada como último recurso. De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “CIDH”) en los casos Barreto Leiva vs Venezuela⁷ y Tibi vs Ecuador⁸ señaló

⁴ Fundamento décimo primero de la sentencia de casación de fecha 30 de junio de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 626-2013/Moquegua (Ponente Dr. José Antonio Neyra Flores).

⁵ Fundamento trigésimo segundo de la sentencia de fecha 26 de abril de 2018, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04780-2017-PHC/TC (caso Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

⁶ Fundamento de derecho tercero de la sentencia de casación de fecha 11 de abril de 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 1445-2018/Nacional (Ponente Dr. César Eugenio San Martín Castro).

⁷ Fundamento ciento veintiuno de la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2009, emitida por la CIDH (caso Barreto Leiva vs Venezuela).

⁸ Fundamento ciento seis de la sentencia de fecha 7 de septiembre de 2004, emitida por la CIDH (caso Tibi vs Ecuador).

de manera expresa que en un proceso penal la prisión preventiva debe ser aplicada de manera excepcional y no como una regla.

También, diversos juristas peruanos entre ellos SAN MARTÍN CASTRO⁹, SÁNCHEZ VELARDE¹⁰ y DEL RÍO LABARTHE¹¹ sostienen que la prisión preventiva es una medida coercitiva que debe ser impuesta de manera excepcional y subsidiaria. Asimismo, sostienen que dicha medida debe ser aplicada en concordancia con el principio de proporcionalidad y luego de haberse examinado la posibilidad de imponer una medida menos gravosa. En el mismo sentido, el jurista español ASENSIO MELLADO señala que “el respeto a los principios o exigencias constitucionales de la excepcionalidad, la necesidad y la proporcionalidad de cualquier privación de libertad cautelar tiene como función la de, precisamente, garantizar los fines del proceso que se consideran dignos de protección con anterioridad a la emisión de una sentencia condenatoria. Y solo es procedente constitucionalmente una medida de estas características cuando deviene indispensable en el caso concreto, lo que exige la motivación expresa no sólo de la adopción de una medida de tal naturaleza, sino que igualmente debe fundamentarse la decisión de optar por la privación de libertad frente al resto de medidas alternativas o menos sensibles frente al derecho a la libertad. No es posible decretar la prisión provisional con olvido de otras medidas menos intensas frente al derecho a la libertad (...)”.

En tal sentido, la medida de prisión preventiva no debe ser aplicada como regla general sino de manera excepcional y subsidiaria debido a que esta medida coercitiva restringe la libertad de una persona presuntamente inocente, a fin de cautelar su presencia durante el curso del proceso o para evitar una afectación de la actividad probatoria. Por ello, como se verá más adelante, los jueces deben aplicar esta medida tomando en cuenta criterios de proporcionalidad, valorando correctamente el cumplimiento de los requisitos legales y evaluando la posibilidad de imponer una medida menos grave que pueda asegurar la presencia del procesado en el proceso.

⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, 1° ed., Ed. INPECCP-CENALES, Lima, 2015, pp. 454 y ss.

¹⁰ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*, 1° ed., Ed. IDEMSA, Lima, 2009, pp. 325 y ss.

¹¹ DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *Prisión preventiva y medidas alternativas*, 1° ed, Ed. Ideas, Lima, 2017, pp. 19 y ss.

III.- PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En el artículo 268 del CPP se regulan los presupuestos que se deben cumplir para imponer la medida coercitiva de prisión preventiva en un proceso penal. En dicho artículo se señala que el Juez a pedido del representante del Ministerio Público podrá dictar mandato de prisión preventiva si es que concurren los siguientes presupuestos:

- Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.
- Que exista peligro procesal: que el imputado intente eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Si bien el CPP regula únicamente tres presupuestos que se deben cumplir para imponer la medida de prisión preventiva, la Corte Suprema en la Casación N° 626-2013/Moquegua¹² dispuso como doctrina jurisprudencial que adicionalmente a los tres requisitos antes mencionados se debían cumplir dos requisitos adicionales, a saber: (i) efectuar un test de proporcionalidad y (ii) fijar un plazo de prisión preventiva. En virtud de ello, en la actualidad los jueces penales del Perú deben cumplir con fundamentar estos cinco (5) requisitos al momento de dictar o desestimar una medida de prisión preventiva.

El primer requisito es sobre los fundados y graves elementos de convicción, el cual ha sido reconocido también por la CIDH en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador¹³, Pacheco Teruel y otros vs

¹² Fundamento vigésimo cuarto de la sentencia de casación de fecha 30 de junio de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 626-2013/Moquegua (Ponente Dr. José Antonio Neyra Flores).

¹³ Fundamento ciento uno de la sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007, emitida por la CIDH (caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador).

Honduras¹⁴ y J vs Perú¹⁵. Se debe acreditar mediante datos objetivos obtenidos en la investigación que cada uno de los aspectos de imputación tenga una probabilidad de ser cierta. Es el llamado *fomus delicti comissi*, es decir, la apariencia de verosimilitud del hecho delictivo y vulneración del imputado.

Asimismo, existe aún discusión en la Corte Suprema para ver si en este requisito se deben analizar criterios de tipicidad. Han existido pronunciamientos donde se indica que en el análisis de la prisión preventiva no se pueden discutir temas de tipicidad¹⁶, debido a que ello se debe discutir en una audiencia de excepción de improcedencia de acción (medio de defensa), pero en otros pronunciamientos se señala que sí es necesario analizar la tipicidad del delito¹⁷ para determinar si la conducta imputada al procesado se subsume o no en los elementos típicos del delito.

La Corte Suprema sostuvo en el fundamento vigésimo séptimo de la Casación N° 626-2013/Moquegua que para la adopción de la prisión preventiva se requiere un alto grado de probabilidad de que el procesado ha cometido el hecho que se le imputa. Ello fue explicado en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017 donde se indica que para la imposición de la prisión preventiva se requiere una sospecha grave, que será mayor a la sospecha suficiente que se requiere para formular acusación con la finalidad de iniciar un juicio oral. Por tanto, la imposición de la prisión preventiva se dará cuando exista

¹⁴ Fundamento ciento seis de la sentencia de fecha 27 de abril de 2012, emitida por la CIDH (caso Pacheco Teruel y otros vs Honduras).

¹⁵ Fundamento ciento cincuenta y nueve de la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013, emitida por la CIDH (caso J vs Perú).

¹⁶ Fundamento décimo octavo de la sentencia de casación de fecha 30 de junio de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 626-2013/Moquegua (Ponente Dr. José Antonio Neyra Flores); Fundamento vigésimo cuarto de la sentencia de casación de fecha 27 de noviembre de 2017, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 704-2015/Pasco (Ponente Dra. Elvia Barrios Alvarado).

¹⁷ Fundamento cuarto de la sentencia de casación de fecha 15 de abril de 2016, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 724-2015/Piura (Ponente Dr. César San Martín Castro); Fundamento quinto de la sentencia de casación de fecha 12 de noviembre de 2018, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 564-2016/Loreto (Ponente Dr. José Luis Lecaros Cornejo).

una probabilidad cercana a la certeza de que el imputado ha cometido el hecho ilícito por el cual viene siendo procesado y que como consecuencia de ello existe una probabilidad alta de que se vaya a emitir una sentencia condenatoria en su contra.

El segundo requisito se cumplirá si es que la pena a imponer al procesado superará los cuatro (4) años de pena privativa de libertad. Para ello, se deberá analizar la pena prevista en el delito imputado y las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir en el procesado, así como cualquier otra causal que pudiera generar la agravación o atenuación de la pena.

El tercer requisito es el peligro procesal que se divide en peligro de fuga y peligro de obstaculización. Este requisito es el más importante y fundamentalmente es la razón principal por la que se impone la prisión preventiva.

El peligro de fuga es reconocido en el artículo 7.5 de la CADH y en el artículo 9.3 del PIDCP, ya que en ambas normas se autoriza la medida de prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado al juicio u otras diligencias. En el artículo 269 del CPP se establecen una serie de criterios (no taxativos) para determinar la probabilidad de fuga del imputado, a saber: (i) el arraigo, (ii) la gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento, (iii) la magnitud del daño causado y la falta de voluntad en reparar el daño, (iv) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, respecto a la voluntad que tiene para someterse a la persecución penal y (v) la pertenencia o reintegración a una organización criminal.

Todos los criterios previstos en el CPP y otros adicionales que pudiera plantear el fiscal deben ser analizados de manera conjunta para determinar si existe o no un peligro de fuga por parte del procesado. Asimismo, para cumplir este requisito se deberá evidenciar que el imputado tiene a su disposición medios suficientes para perpetrar la fuga¹⁸. En ese sentido, se debe demostrar que si el imputado continúa en libertad optará por huir o pasar

¹⁸ En el mismo sentido, NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III- Proceso penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 286.

a la clandestinidad, perjudicando así el trámite del proceso y los actos de investigación en los cuales resulta necesaria su presencia.

El peligro de obstaculización guarda relación directa con el éxito de la investigación, debido a que busca evitar el ocultamiento y/o alteración de elementos de prueba, que servirán para dilucidar el caso en concreto¹⁹. En el artículo 270 del CPP señala que para acreditar dicho peligro se debe tener en cuenta el riesgo razonable de que el imputado: (i) destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; (ii) influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e (iii) inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

El cuarto requisito es que la medida debe ser proporcional, por lo que se debe evaluar si la medida de prisión preventiva resulta ser idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto. Para ello, se debe analizar si es que la medida es idónea para asegurar la presencia del imputado en el proceso; si es necesaria, para lo cual se deberá analizar si es que hay medidas alternativas menos gravosas que puedan cumplir con la misma finalidad de la prisión preventiva; y finalmente, se deberá hacer un juicio de ponderación entre los efectos que traerá consigo la imposición de la medida, los cuales son la restricción de la libertad de una persona y el aseguramiento del proceso.

Finalmente, en el artículo 272 del CPP se establece que la duración del plazo de la prisión preventiva no podrá exceder de nueve (9) meses en procesos ordinarios, en procesos complejos no podrá exceder de dieciocho (18) meses y en procesos de criminalidad organizada no podrá exceder de treinta y seis (36) meses. El Juez no podrá imponer la prisión preventiva por un plazo mayor al fijado en el artículo en mención, ni de manera automática deberá imponer el plazo máximo fijado en la ley, sino que deberá motivar de manera específica la imposición del plazo de prisión preventiva²⁰.

¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal...*, p. 462.

²⁰ Fundamento de derecho vigésimo octavo de la sentencia de casación de fecha 9 de agosto de 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 358-2019/Nacional (Ponente Dr. Hugo Herculano Príncipe Trujillo).

IV.- INDEBIDA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Todas las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales deben estar debidamente motivadas, en atención a lo expuesto en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado. En el caso de la prisión preventiva se exige que la resolución judicial tenga una especial motivación²¹, debido a que debe demostrar no solamente que la medida es legal, sino también si es proporcional y por tanto estrictamente necesaria para el desarrollo del proceso²². Sin embargo, en nuestro país muchas de las resoluciones de prisión preventiva no han sido debidamente motivadas por los distintos órganos jurisdiccionales, toda vez que no sustentan correctamente los cinco requisitos que son necesarios para imponer tal medida. Ello muchas veces se ha dado por la presión mediática²³ que tienen los casos vinculados a figuras políticas que presuntamente habrían cometido actos de corrupción para favorecer a la empresa Odebrecht.

Esta falta de motivación se ha presentado principalmente al momento de fundamentar los graves y fundados elementos de convicción, el peligro procesal, la proporcionalidad de la medida y el plazo de duración.

En cuanto a los graves y fundados elementos de convicción, debo señalar que muchas veces los jueces para acreditar este presupuesto toman en cuenta declaraciones de aspirantes a colaboradores eficaces sin haber corroborado correctamente dichas declaraciones con otros medios probatorios. También, en muchas ocasiones no se analiza correctamente si efectivamente los elementos de convicción demuestran un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el delito y si es que ello demuestra una sospecha grave que traiga

²¹ Fundamento sétimo de la sentencia de fecha 13 de octubre de 2008, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0728-2008-PHC/TC (caso Giuliana Flor de María Llamoca Hilares), se señala que debe tener una “motivación cualificada”.

²² Fundamento trigésimo octavo de la sentencia de fecha 26 de abril de 2018, emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 04780-2017-PHC/TC (caso Ollanta Moisés Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón).

²³ Considerando N° 43 del Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2013, señala que una de las razones por las que la prisión preventiva no se aplica de manera excepcional es por las presiones o injerencias que ejercen los medios de comunicación y la opinión pública.

consigo una eventual sentencia condenatoria. Asimismo, se han dado casos en donde el órgano jurisdiccional no permite que la defensa aporte medios probatorios para desacreditar el pedido de prisión preventiva, sino que únicamente el debate se centra en los elementos de convicción formulados por el Ministerio Público en su pedido de prisión preventiva. Además, en muchas ocasiones en la audiencia de prisión preventiva no se permite realizar un debate sobre la tipicidad del delito imputado, a pesar de que los graves y fundados elementos de convicción justamente buscarían demostrar la alta probabilidad de la comisión del delito imputado, por lo que sería necesario efectuar un análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la audiencia.

Sobre el peligro procesal los jueces muchas veces han sustentado que el imputado podría fugar del país por el simple hecho de contar con recursos económicos suficientes y/o por registrar en sus movimientos migratorios viajes recurrentes al extranjero. A raíz de ello, recientemente la Corte Suprema en la Casación N° 1445-2018/Nacional²⁴ ha señalado que esas razones no son suficientes para sustentar un riesgo de fuga, sino que debe analizarse si es que la persona que realizó esos viajes regresó al país y si es que tiene conexiones y/o contactos en el extranjero que le permitan quedarse u ocultarse para evitar que la justicia lo alcance. Asimismo, al analizar los criterios del peligro de fuga tampoco se valora correctamente la conducta procesal del imputado, ya que a pesar de que viene concurriendo a todas las diligencias el fiscal solicita prisión preventiva y el Juez no toma en cuenta su buena conducta procesal.

Asimismo, los jueces normalmente no sustentan correctamente por qué la medida de prisión preventiva es proporcional, ya que no explican de manera razonable por qué no sería necesario poder imponerle al imputado una medida menos gravosa que pudiera cumplir el mismo fin, como podría ser una medida de arresto domiciliario o impedimento de salida del país, ya que dichas medidas podrían ser suficientes para evitar que el procesado huya del país, más aún en los casos en los cuales durante toda la investigación el procesado ha mostrado una buena conducta procesal durante el proceso.

²⁴ Fundamento de derecho quinto de la sentencia de casación de fecha 11 de abril de 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, en la Casación N° 1445-2018/Nacional (Ponente Dr. César Eugenio San Martín Castro).

Finalmente, es usual que los jueces impongan de manera automática los plazos máximos fijados por la ley sin sustentar en sus resoluciones judiciales de prisión preventiva las razones por las que resulta necesario imponer dicho plazo. Ello contraviene el debido proceso, debido a que no motivan suficientemente sus resoluciones judiciales y además afectan el principio de proporcionalidad al imponer plazos excesivos.

LA POSIBILIDAD DE PRACTICAR PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO DE CONSUMO¹

Vicente Pérez Daudí
Catedrático de Derecho Procesal
(Universitat de Barcelona. España)

I.- EL CONSUMIDOR, EL ORDEN PÚBLICO COMUNITARIO Y LOS EFECTOS PROCESALES

Cuando la doctrina se enfrenta al concepto de orden público manifiesta con carácter previo la dificultad de definirlo y de identificar su contenido². Esta circunstancia ha motivado que en el ámbito de cada disciplina se haya delimitado con un objeto y una estructura diferente³. En el caso del derecho comunitario no hay ningún texto legal que lo defina. PICHERAL afirma que el calificativo de europeo añade complejidad⁴.

El concepto de orden público comunitario que utilizaré es el de la Europa Institucional. Es decir, el que se identifica con los principios esenciales de la Unión Europea. Actualmente es verdad que el orden público económico es el

¹ Este trabajo se realiza en el ámbito del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Empresa PGC2018-096260-B-C21 y de la Cátedra Manuel Serra Domínguez de la Universitat de Barcelona.

² Ver ampliamente mi monografía sobre *la protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

³ PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, 2001, p. 10.

⁴ Loc. cit.

punto de partida del concepto desde el punto de vista comunitario. Pero hay que tener en cuenta que la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del Tratado de Ámsterdam determina que sus principios esenciales se integren en el concepto de orden público comunitario. Lo significativo es que se amplía el ámbito objetivo de actuación, lo que generará nuevos criterios esenciales que con el tiempo integrarán el orden público comunitario⁵.

La protección del consumidor integra el concepto de orden público comunitario⁶. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado de forma reiterada su inclusión. El fundamento de esta decisión del TJUE es la garantía de la libre competencia en los Estados de la Unión Europea que se identifica con una igualdad en la protección de los consumidores, ya que en caso contrario las empresas podrían ser perjudicadas por el carácter tuitivo o no de las normas estatales de defensa del consumidor. Es decir, se identifica con el orden público económico y el motivo es que la Unión Europea en su origen lo que pretendía era crear un mercado único entre sus Estados miembros. Es en este contexto en el que debe entenderse la inclusión de la protección del consumidor en el concepto de orden público comunitario.

Una vez identificado el contenido del orden público comunitario hay que tener en cuenta que las normas que lo regulan son imperativas y deben ser aplicadas por los jueces nacionales, que actúan como juez comunitario, aplicando los principios de equivalencia y de efectividad del derecho de la Unión Europea.

La problemática se plantea cuando colisionan las normas de la Unión Europea, que integran el orden público comunitario, y las normas nacionales. El TJUE, en algún caso y de forma excepcional, ha declarado que las normas procesales internas no deben ser aplicadas cuando fueran incompatibles con

⁵ Uno de los ámbitos a los que se extenderá el orden público comunitario será el proceso penal. Ver ampliamente MARTIN DIZ, “Constitución europea: génesis de una justicia penal comunitaria”, en *Constitución europea: aspectos históricos, administrativos y procesales*, Torculo edicions, Santiago de Compostela, 2006, pp. 199 y ss.

⁶ Ver por todas la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 y de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y 94/17.

la efectividad del derecho comunitario. Son los supuestos en que la colaboración entre los ordenamientos jurídicos, el comunitario y el nacional, se muestran contrarios. En función de los intereses presentes cede la norma procesal nacional en beneficio de la aplicación del derecho comunitario, si bien es cierto que el TJUE se ha mostrado muy cauto en la imposición de esta doctrina. Una de las materias en las que se ha planteado es la posibilidad de que el Tribunal pueda practicar prueba de oficio para proteger al consumidor, a pesar de que las normas procesales internas no lo prevean.

II.- LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE OFICIO

1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Una de las cuestiones sobre las que se ha pronunciado el TJUE ha sido sobre la posibilidad del Tribunal de acordar la práctica de prueba de oficio⁷. En el ámbito de la protección el consumidor y la consideración de norma de orden público comunitario de la directiva 93/13/UE el Tribunal puede apreciar la existencia de cláusulas abusivas en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho suficientes para ello. El problema que se puede plantear es que las partes no propongan ningún medio de prueba para acreditar este carácter, especialmente cuando el demandado se halla en situación de rebeldía.

En el pf. 56 de la Sentencia Penzugyi Linzing Zrt, C-137/08, de 9 de noviembre de 2010, declara que:

“el juez nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula”.

⁷ Tal como afirma FERNÁNDEZ SEIJO es una consecuencia lógica de la obligación del Juez de apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva (en *La tutela de los consumidores en los procesos judiciales*, edit. Bosch, Barcelona, 2017, p. 179).

Posteriormente el TJUE reitera esta doctrina en la Sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto Banif C-618/10, en el que afirma que que el Tribunal tiene la obligación de acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

También se ha pronunciado sobre esta posibilidad cuando el objeto del proceso se integra en el ámbito de la competencia, que también integra el concepto de orden público comunitario. Así en la Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto Laboratorios Boiron, C-526/04, afirma en el apartado 57 que “con el objeto de garantizar el cumplimiento del principio de efectividad, el juez nacional, si constata que el hecho de hacer que recaiga sobre un laboratorio farmacéutico como Boiron la carga de la prueba de la existencia de un exceso de compensación en beneficio de los mayoristas distribuidores, y por ende del carácter de ayuda de Estado del gravamen sobre las ventas directas, puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil la aportación de tal prueba, debido en particular a que ésta versa sobre datos de los que dicho laboratorio no puede disponer, está obligado a hacer uso de todos los medios procesales puestos a su disposición por el Derecho nacional, entre los que figura el de ordenar la práctica de las diligencias de prueba necesarias, incluida la aportación por una de las partes o por un tercero de un escrito o documento”⁸.

La doctrina se ha mostrado dividida sobre el alcance de esta obligación. Por un lado, PAZOS GARCÍA afirma que “cuando el juez nacional no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para llevar a cabo el control de contenido, no está obligado a actuar para obtenerlos. Creo que la sentencia Banco Primus recoge esta interpretación. Si el juez nacional estuviese obligado a acordar diligencias de prueba, todas las cláusulas deberían ser objeto de examen desde el primer momento”⁹.

⁸ Según CARRATA con esta previsión “el TJUE quiere que la posición procesal de la parte que se haya beneficiado de la ayuda del Estado ilegal sea más desfavorable en sede procesal que la de la parte contraria” (en “Libertà fondamentali del Trattato dell’Unione Europea e Processo Civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 70, 2016, número 6, p. 1420).

⁹ PAZOS GARCÍA, “un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, número 1, enero-marzo 2017, p. 168.

En sentido contrario yo me pronuncié interpretando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obligaba al Juez nacional a practicar prueba de oficio para lograr la convicción sobre los elementos de hecho necesarios para poder resolver si la cláusula examinada era o no abusiva¹⁰. En este mismo sentido ya se había pronunciado GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO¹¹ y SOLER SOLE¹². Posteriormente FERNÁNDEZ SEIJO, al comentar la Sentencia del TJUE VB Pénzugyi Lizing Zrt, de 9 de noviembre de 2010, afirma que “se reconoce por primera vez que los deberes de actuación de oficio del juez se extienden también a la práctica de diligencias judiciales”¹³.

Esta cuestión se ha planteado también en la prueba de la condición de consumidor. La sentencia del TJUE de 4 de junio de 2015, asunto FABER, C-497/13 declara en el pf. 38 que “en el marco de las modalidades procesales de su ordenamiento jurídico interno, para identificar la norma jurídica nacional aplicable, debe proceder a la calificación de los datos jurídicos y fácticos que le hayan sido presentados por las partes, en su caso requiriendo a éstas para que aporten cualquier precisión útil, el juez nacional, en virtud del principio de equivalencia, debe realizar la misma operación para determinar si es aplicable una norma del Derecho de la Unión”.

Para interpretar el contenido de esta sentencia hay que tener presente que, en el derecho holandés, que es el marco en el que se plantea la cuestión prejudicial, el gobierno holandés afirma que el Juez puede requerir a las partes para que precisen determinadas alegaciones o que presenten determinados documentos (pf. 40 de la sentencia). En este contexto el TJUE aplica el principio de efectividad para aplicar esta previsión (pf. 41) y por ello se limita a este medio probatorio.

¹⁰ PÉREZ DAUDÍ, la protección procesal del consumidor y el orden público comunitario, edit. Atelier, Barcelona, 2018, pp. 70 y ss.

¹¹ GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, “el control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, en *Revista de la Unión Europea*, número 26, enero-junio 2014, pp. 318 y 321.

¹² SOLER SOLE, *Protección frente a cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, edit. 7º Gen, Barcelona, 2017, pp. 37 y 95.

¹³ FERNÁNDEZ SEIJO, “lo que se sabe y lo que no se sabe: la prueba en los procedimientos que afectan a los consumidores”, en *Diario La ley*, 24 de mayo de 2018, p. 2 de la versión digital.

Sigue afirmando esta sentencia en el pf. 44 que “las modalidades procesales que, como podría ser el caso en el litigio principal, no permitieran ni al juez de primera instancia ni al de apelación, cuando conocen de una demanda sobre obligaciones de garantía basada en un contrato de compraventa, calificar, conforme a los datos jurídicos y fácticos de los que disponen o de los que pueden disponer mediante un simple requerimiento de aclaración, la relación contractual de que se trate de venta al consumidor, cuando este último no se haya atribuido expresamente esta condición, equivaldrían a imponer al consumidor la obligación de efectuar él mismo, si no quiere verse privado de los derechos que el legislador de la Unión ha querido conferirle a través de la Directiva 1999/44, una calificación jurídica completa de su situación. En un ámbito en el que, en numerosos Estados miembros, las normas procesales permiten a los particulares comparecer por sí mismos ante los tribunales, existiría un riesgo nada desdeñable de que, entre otras razones, por ignorancia, el consumidor no pudiera cumplir una exigencia de tal nivel”.

Finalmente concluye que “El principio de efectividad, por el contrario, exige que el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva tenga la obligación, siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración, de comprobar si el comprador puede tener la condición de consumidor, aunque éste no la haya alegado expresamente”.

FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, al comentar esta sentencia, afirma que “nos plantea una nueva perspectiva sobre la carga de la prueba en materia de consumidores, ya que la misma no recaerá únicamente sobre las partes del proceso, sino que el juez de oficio deberá recabar la prueba que considere necesaria para aclarar esta circunstancia, incluso en el supuesto que no se haya planteado ni como controvertido por las partes, si dispone de datos jurídicos o fácticos que apuntan en tal sentido”¹⁴.

¹⁴ FERNANDEZ DE SENESPLEDA, “la prueba de la responsabilidad profesional y el derecho de consumidores”, en la prueba de la responsabilidad profesional, dir. Pico Junoy, Abell Lluç y Pellicer Ortiz, edit. Wolters Kluwer, 2018, pp. 163 y ss.

Por todo ello concluyo que el TJUE ha interpretado que el principio de efectividad del derecho de la Unión obliga al Juez nacional que aplique una norma del Derecho de la Unión a practicar la prueba de oficio para constatar su aplicación o no si se ha vulnerado. Ésta debe realizarse de conformidad con las normas procesales de cada uno de los Estados. En el siguiente apartado analizaré la práctica de la prueba de oficio en el proceso español.

2. La práctica de prueba de oficio en el proceso español

En el derecho español la actividad probatoria de oficio sólo está prevista en el proceso civil en los procesos no dispositivos que se regulan en el capítulo I del Libro IV de la LEC¹⁵. El inciso segundo del artículo 752.1 LEC permite al Tribunal que decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes. Sin embargo, en los procesos civiles ordinarios regulados en el libro II LEC el Tribunal no puede acordarla de oficio¹⁶. Lo que puede hacer es integrar la actividad probatoria de las partes sugiriendo la práctica de algún medio de prueba (incisos segundo y tercero del artículo 429.1 LEC) o acordar la práctica de diligencias finales, que en la práctica tiene carácter excepcional.

El TJUE obliga al juez nacional a practicar pruebas de oficio que considere necesarias para acreditar la concurrencia de una cláusula abusiva. Esta obligación es una consecuencia del carácter imperativo de la norma de orden público comunitario y servirá para facilitarle los instrumentos necesarios para tener a su disposición los elementos de hecho necesarios para que pueda pronunciarse sobre la naturaleza y eficacia de la cláusula.

La obligación del juez nacional se debe integrar a través de la aplicación de las normas procesales nacionales y respetando en todo momento los principios esenciales del proceso, especialmente el principio de audiencia.

¹⁵ Ver la crítica que realiza RAMOS MÉNDEZ que realiza una defensa de que el Tribunal utilice los instrumentos procesales y de lege ferenda propone una ampliación de las facultades procesales del juez que incluya la proposición de prueba de oficio, calificando de “absurdo que el ordenamiento obligue al Tribunal a fallar en todo caso y que luego le ate las manos, vedándole el uso de las herramientas adecuadas para sacar adelante la verdad de la controversia” (en *Enjuiciamiento Civil*, volumen I, edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 630 y ss.).

¹⁶ Ver ampliamente el análisis que efectúa ABEL LLUCH, en *Derecho Probatorio*, edit. J.M. Bosch, Barcelona, 2012, pp. 423 y ss.

Los momentos procesales en los que el Tribunal puede proponer la prueba de oficio son:

- En el juicio ordinario el momento previsto es en el acto de la audiencia previa. Posteriormente lo podrá realizar al inicio del acto del juicio o acordarla como diligencia final. Además, podrá acordarla en cualquier momento procesal, respetando el derecho de audiencia de las partes y su participación en la práctica de la prueba.
- En el juicio verbal el momento previsto legalmente es al inicio del acto del juicio. El inciso primero del artículo 438.4 LEC prevé que éste se celebrará si alguna de las partes lo pide o el Tribunal considera procedente su celebración. De esta forma si debe practicarse cualquier medio de prueba, al margen de la documental que se haya aportado junto con demanda o con contestación, deberá celebrarse el acto del juicio.

En el juicio ordinario también el tribunal también podrá acordar la práctica de la prueba como diligencia final (artículo 435 LEC). En el juicio verbal no existe ninguna previsión similar¹⁷, pero nada impide que el Tribunal pueda proponer la prueba en el acto del juicio y convoque un nuevo día para su práctica aplicando de esta forma analógicamente la regla 4ª del artículo 770 LEC.

Otra cuestión que se plantea es si el Tribunal de apelación podrá proponer la prueba de oficio. Aplicando la doctrina jurisprudencial del TJUE solo hay una respuesta y es que tiene la obligación de practicar prueba, incluso de oficio, cuando se trate de acreditar los elementos de hecho necesarios para aplicar una norma que forma parte del orden público comunitario. El problema es cómo se cumple esta obligación aplicando las normas procesales nacionales cuando no hay ninguna norma del Libro II que lo regule.

¹⁷ La doctrina se muestra dividida sobre esta posibilidad. Ver por todos ABEL LLUCH, en *Derecho Probatorio*, cit., pp. 340 y ss. A pesar de las polémicas dogmáticas en la práctica lo habitual es que los juzgados no la admitan.

No existe ninguna previsión en torno a la práctica de oficio de prueba en segunda instancia en el Libro II de la LEC, que regula los procesos ordinarios. Sin embargo, el artículo 752.3 LEC prevé que en los procesos no dispositivos (título primero del Libro IV) "lo dispuesto en los apartados anteriores (práctica de prueba de oficio) será aplicable asimismo a la segunda instancia". La forma de practicarla es la prevista en los artículos 464 y ss. LEC. Aplicando el principio de eficacia del derecho comunitario y la doctrina del TJUE que ha permitido la práctica de prueba de oficio cuando se haya vulnerado una norma de orden público comunitario y al existir una laguna legal en la regulación del Libro II de la LEC creo que lo menos perturbador para el proceso es aplicar analógicamente las previsiones del Libro IV en el que sí contempla esta posibilidad.

Otra opción es practicar la prueba como diligencia final. La LEC no lo prevé expresamente, pero tal como indica ABEL LLUCH ha sido admitida por la STS de 16 de mayo de 2007, bajo el argumento de que no existe prohibición en la segunda instancia y que ante la imprevisión legislativa debe prevalecer el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁸.

También se puede plantear el alcance de la obligación del Tribunal de practicar la prueba. El artículo 429.1. II y III LEC regula la facultad judicial de integración probatoria. La doctrina ha discutido sobre si es una facultad o un deber¹⁹. En el caso de que se haya producido la infracción de una norma de orden público comunitario el TJUE ya ha declarado que el juez nacional está obligado a practicar prueba de oficio.

Como he indicado el momento procesal oportuno es en la audiencia previa del juicio ordinario y al inicio de la vista del juicio verbal. Sin embargo, el TJUE ha declarado que cuando el juez nacional aprecie la existencia de una infracción de una norma de orden público comunitario no rigen las reglas de preclusión. Por ello se podrá acordar en cualquier momento procesal antes de que se dicte sentencia, respetando los principios de audiencia e igualdad de las partes.

¹⁸ ABEL LLUCH, op. cit, pp. 423 y ss.

¹⁹ ABEL LLUCH, op. cit., pp. 437 y ss.

La consecuencia de configurar la actividad probatoria de los elementos de hecho de la infracción de la norma de orden público comunitario como una obligación del Tribunal, es que éste deberá practicar una mínima actividad probatoria. Es decir, si aprecia que puede concurrir la vulneración, deberá acordar la práctica de la prueba que considere pertinente y útil. Sólo cuando ésta se haya practicado estará en condiciones de dictar sentencia.

3. La incidencia en las normas de carga de la prueba

El problema que se puede suscitar es si en el momento de dictar sentencia no ha hecho uso de esta obligación y no se ha practicado prueba alguna y considera que no se han acreditado los elementos de hecho necesario para la apreciación de la vulneración de la norma de orden público comunitario. En este caso el Tribunal no podrá aplicar las normas sobre carga de la prueba previstas en los artículos 217 y ss. LEC si no ha practicado prueba de oficio. Una cuestión distinta es que habiéndolo realizado el resultado de la actividad probatoria no haya acreditado los hechos. En este supuesto estaría en disposición de aplicar las normas legales sobre la carga de la prueba²⁰.

Si el Tribunal pronuncia una sentencia analizando la posible vulneración de una norma de orden público comunitario y afirmase que no se han acreditado los hechos constitutivos de la misma sin haberse practicado una mínima actividad probatoria, nos hallaríamos ante un caso de infracción de una norma de orden público comunitario. En mi opinión el Tribunal habrá dejado de cumplir con una obligación legal en cuanto juez comunitario, que es la de haber acordado la prueba de oficio. Al no realizarlo vulnera esta obligación, lo que implica la infracción del artículo 24 de la Constitución Española y del 46 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales. La parte a la que la resolución le sea gravosa podrá alegarlo por la vía de los recursos ordinarios.

²⁰ Tal como indica ESCALER BASCOMPTE la iniciativa probatoria y la carga de la prueba actúan como vasos comunicantes, afirmando que “cabe afirmar que la actividad probatoria es perfectamente compatible con las reglas de la carga de la prueba” (en *La carga de la prueba*, edit. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 76 y ss.).

Si cabe recurso el defecto se podrá subsanar en el ámbito del recurso de apelación o, en su caso, en el recurso por infracción procesal. La cuestión se plantea en el supuesto en que no quepa recurso alguno. En este caso se podrá plantear un incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme, previsto en el artículo 228 LEC y 241 LOPJ.

LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN EL PROCESO CIVIL

Ignacio Pérez Gómez

Investigador de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla. España)

Sumario: Resumen. I.- Introducción. II.- Regulación de la acumulación de acciones. III.- Concepto y naturaleza de la acumulación de acciones en el proceso civil. IV.- Clases de acumulación de acciones. V.- Presupuestos necesarios para la admisibilidad del proceso acumulativo. VI.- Conclusiones.

Resumen: con el presente artículo que lleva la rúbrica de "La acumulación de acciones en el proceso civil" se pretende mostrar, de forma somera y sistemática, las ideas principales de la mencionada materia dentro del Derecho Procesal Civil, así como determinar el alcance y los objetivos del proceso acumulativo, tanto en el juicio ordinario como en el verbal. Esta figura jurídica está encaminada a cumplir un doble objetivo: de un lado, reducir la economía procesal, y de otro, evitar resoluciones contradictorias ante pretensiones similares. En la práctica judicial de nuestros tribunales son cada vez más frecuentes los procesos con objeto múltiple en los que generalmente aparecen implicados una pluralidad de demandantes y/o de demandados, originando así, el fenómeno de acumulación de acciones, que permite tramitar en un solo proceso y resolver en una única sentencia diversos conflictos.

I.- INTRODUCCIÓN

La acumulación de acciones se encuentra regulada desde los arts. 71 al 73 de la LEC 1/2000¹. Este fenómeno no es una novedad introducida en nuestra legislación, sino que encuentra su precedente en las Partidas de Alfonso X², en la Novísima Recopilación³ y en la Codificación Procesal de 1881⁴. La LEC de 1855 no se ocupaba de la acumulación de acciones, por considerarse como materia extraprocesal. Esto es, que, según la doctrina mayoritaria, a modo de ejemplo GUASP⁵, la acumulación de acciones era competencia exclusiva del Derecho Civil y no del Derecho Procesal. No obstante, pese a la falta de regulación, los litigantes utilizaban esta figura procesal en la práctica forense.

La regulación de la acumulación de acciones se encuentra ubicada en el Título III de nuestra actual norma procesal civil denominado “De la acumulación de acciones y de procesos”, concretamente, en su Capítulo I, “De la acumulación de acciones”.

En primer lugar, analizaremos, brevemente, las fuentes históricas del proceso acumulativo.

Posteriormente, abordaremos el concepto de la acumulación de acciones en la vigente LEC, diferenciándola, para su completa delimitación, de otros conceptos afines tales como del litisconsorcio o de la reconvención, figuras que constituyen una pluralidad de objetos litigiosos. Así mismo, junto al concepto, analizaremos el doble fundamento que tiene el proceso acumulativo; evitar resoluciones contradictorias y la economía procesal.

Proseguiremos con la mención de los diferentes tipos de acumulación de acciones que pueden efectuarse desde la óptica de la forma y

¹ Ley de enjuiciamiento civil. BOE, 8 de enero de 2000, núm. 7, Madrid, España.

² Las Siete partidas del sabio Rey Don Alfonso el nono, Salamanca, España, 1555.

³ Novísima recopilación de las leyes de España. Madrid, España, 1805.

⁴ Ley de enjuiciamiento civil. BOE, 5 de febrero de 1881, núm. 36, Madrid, España.

⁵ GUASP DELGADO, J., *Teoría general del proceso*, 1ª edición, Colombia, 2010, p. 98.

el momento en que tiene lugar la acumulación, así como del elemento o factor acumulado.

A continuación, examinaremos los presupuestos que la Ley exige a esta institución. Presupuestos que pueden sistematizarse partiendo de su división en dos grupos: de un lado los presupuestos que presentan un carácter material o sustantivo y de otro los de carácter procesal o formal. El primero hace referencia a la compatibilidad de las acciones, así como la conexión en el caso de la acumulación subjetiva. El segundo exige se tenga competencia y jurisdicción de las acciones que se pretendan acumular, su homogeneidad procedimental y que no exista ninguna norma que prohíba la acumulación.

Antes de finalizar el estudio de la acumulación de acciones debemos referirnos a su tratamiento procesal en caso de una indebida acumulación, novedad introducida en nuestra norma procesal, en su art.73.4. Este precepto permite al órgano jurisdiccional, de oficio, denunciar la falta de algunos de los presupuestos necesarios para la acumulación de acciones. Sin embargo, no sólo el órgano jurisdiccional es competente para llevar a cabo un control de la acumulación, sino que el demandado, en la audiencia previa puede denunciar el vicio ocasionado por parte del actor. Brevemente, mencionaremos los recursos que son aplicables para la impugnación de las resoluciones judiciales con respecto a las acciones acumuladas.

En suma, la acumulación de acciones es un fenómeno complejo, que requiere de una explicación más completa que la contenida en el presente trabajo, ya que sólo podemos observar una visión generalizada de lo que realmente puede abarcar el fenómeno acumulativo. Por tanto, para que nuestra tarea no exceda de los límites expuestos, nos centraremos en cómo se contempla esta figura en nuestro Derecho.

II.- REGULACIÓN DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES

La acumulación de acciones es una figura práctica y de gran trascendencia dentro del proceso civil. Sin embargo, no podemos profundizar en la naturaleza de la acumulación de acciones sin hacer referencia a las sucesivas regulaciones de nuestro sistema procesal, aunque de forma breve, sin entrar

en cuestiones detalladas, ya que no forma parte del quehacer jurídico de este trabajo.

La acumulación de acciones no ha surgido de forma inmediata en la actual LEC, sino que, como la mayoría de las figuras jurídicas existentes en nuestro Derecho, deviene de épocas muy remotas en nuestra historia.

Su principal y primer antecedente aparece recogido en Las Partidas de Alfonso X, redactadas en el siglo XIII⁶. De manera específica, en el Título X, Ley VII de la partida tercera relativa a *Quales demandas deuen ser cabidas*. La siguiente regla ya toma en consideración el fenómeno de acumulación de acciones estableciendo que: *“Poner puede alguno muchas demandas cótra fu cóntendor, mostrándolas, e razonandolas todas en uno, folo que non fea cótraria la una de la otra. Ca si tales fueffen non lo podría fazer”*⁷. De la anterior regla, escrita en castellano antiguo, se puede deducir que cualquier actor puede acumular todas las acciones que estime conveniente en su demanda, siempre y cuando, estén razonadas y no sean contrarias entre sí, de manera que se excluyan entre ellas. De lo contrario, no habría posibilidad de acumulación⁸.

Posteriormente a las Partidas, las sucesivas Recopilaciones castellanas, como es el caso de la Novísima Recopilación de las Leyes de España; su cuerpo legal, en su libro XI, dedicado al procedimiento civil, en la Ley IV, Título III, Libro XI, también trató la acumulación de acciones de la siguiente manera:

*“Las demandas sean claras y expresivas de los remedios intentados en ellas, y de los linderos y calidades de las cosas demandadas”*⁹.

⁶ Cfr. ORTIZ PALANQUES, M., “Las siete partidas de Alfonso X el sabio como instrumento legitimador”, Revista Filosofía, núm. 20, 2009, pp. 53-92.

⁷ PORTONARIS, A., *Las siete partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono*, 1ª edición, Salamanca, 1555, p. 53.

⁸ ROMERO SEGUEL, A., *La Acumulación de Acciones en el Derecho Procesal Español*, 1ª edición, Barcelona, 1999, pp. 19-20.

⁹ *Ibíd*em, p. 21.

Ahora bien, las partidas y la Novísima Recopilación no son los únicos antecedentes a tener en cuenta en materia de acumulación de acciones en la etapa previa a la Codificación Procesal Española, como tendremos ocasión de comentar, sino que en la etapa de los prácticos judiciales también aparecen ciertos indicios de acumulación.

De un lado, en este periodo se recogieron varias pautas para la tramitación conjunta de diversas acciones, considerando que en un mismo libelo se pueden acumular acciones diversas, no siendo contrarias unas de otras, requisito que sigue siendo indispensable en la actualidad¹⁰. Así mismo, se trató de explicar la forma práctica de realizar la acumulación de acciones, estableciendo que la tercera parte de la demanda consiste en la conclusión del pedimento, que es la que da forma al juicio, determina la acción, y es parte dominante que debe atenderse en cualquiera duda que haya entre la misma conclusión y la narrativa del escrito; pues aunque en ésta se encierran todos los hechos y partes fundamentales de la causa y de las acciones, pueden producir diferentes remedios, ya sean ordenados de un modo que los interesados puedan usar de ellos sucesivamente, o ya se consideren incompatibles¹¹.

De otro lado, se reconoció la posibilidad de que el actor en una misma demanda pueda proponer, y, por ende, acumular varias acciones civiles y criminales¹² contra uno o más sujetos, siempre y cuando, las acciones no sean contrarias e incompatibles entre sí. En caso contrario, será necesario que las acciones se tramiten por separado¹³.

¹⁰ Cfr. HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica*, 1ª edición, Madrid, 1747, pp. 62 y ss.

¹¹ ROMERO SEGUEL, A., ob. cit., p. 26.

¹² *Ibidem.*, pp. 31; Sin embargo, fue con la Codificación Procesal Penal cuando se separó debidamente la Admón. de Justicia civil, de la criminal y, en consecuencia, las distintas acciones. Siguiendo esta línea, podemos deducir el origen de la imposibilidad de acumular acciones del órgano jurisdiccional civil con el penal.

¹³ TAPIA GARCÍA, E., *Febrero Novísimo ó Librería de Jueces, Abogados o Escribanos*, 3ª edición, Valencia, 1837, pp. 275 y ss.

1. La acumulación de acciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

A comienzos del pasado siglo los Gobiernos Españoles tuvieron la encomienda de desarrollar el Derecho Procesal a través de la *codificación*¹⁴. Este periodo tiene su origen en la Constitución de Cádiz¹⁵, que formuló una serie de normas procesales de rango constitucional dentro de la concepción propia del constitucionalismo liberal, posteriormente desarrolladas por el legislador.

La primera norma procesal codificada y segunda Ley procesal Europea después del *Code de Procedure Civile* francés de 1806¹⁶ fue la LEC de 1855¹⁷. Esta Ley, a diferencia de las Partidas, de la Novísima Recopilación y de los Prácticos judiciales, no se ocupó de regular la acumulación de acciones sólo de la acumulación de autos o de procesos. El olvido legislativo resultó más ininteligible todavía si se atiende al Preámbulo del Proyecto de Ley denominado: "Para la reforma de los procedimientos judiciales"¹⁸, que fue el antece-

¹⁴ La idea de codificación es más amplia que la recopilación, ya que esta última tiene por objeto, reunir en un texto, por orden sistemático o cronológico, las leyes que hasta un determinado momento han sido dictadas. Codificar, sin embargo, es una tarea más ardua, entendiéndose como aquella reunión de todas las leyes de un país o a las que se refieren a una determinada rama jurídica, en un solo cuerpo de leyes racionalmente formado y asentado sobre unos principios armónicos y coherentes (DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 1, 11ª edición, Madrid, 2012, pp. 33-34).

¹⁵ La codificación, iniciada a través de la Constitución de Cádiz, se atiende a los hitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, al Decreto de Unificación de fueros y a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil: Proceso de declaración. Proceso de ejecución. Procedimientos especiales. Arbitraje y mediación*, 10ª edición, Madrid, 2017, p. 46).

¹⁶ El Code de Procédure Civile fue instaurado en 1811, (cfr. REMCO VAN RHEE, C.H., "European traditions in Civil Procedure: an introduction", *Revista de estudios de la justicia*, núm. 15, 2011, p. 7).

¹⁷ Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, aprobada mediante Real Decreto el 5 de octubre de ese mismo año. Fue modelo para varios países hispanoamericanos cuando consiguieron su independencia, así como su posterior Ley de 1881. Debido a las críticas que presentaba, no duró vigente mucho tiempo, ya que en 1880 se presentó a las Cortes un proyecto de ley de bases para reformarla. Se argumentó la falta de brevedad, economía, y abusos que se intentaron reprimir con la codificación. Esta Ley no respondía a las necesidades de la época, ni a la noción filosófica y moderna que se empezaba a atribuir al Derecho Procesal.

¹⁸ Se pretendía «ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil, con el fin de restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas

dente de discusión de lo que luego fue LEC de 1855, presentado a las Cortes en enero de ese mismo año. En suma, aunque la acumulación de acciones tuvo profundas raíces en nuestro Derecho histórico, careció de regulación jurídica en esta Ley¹⁹.

Parte de la doctrina formuló una posible tesis de este vacío legal, y es que, todas las acciones jurídicas correspondían, por razón de su naturaleza, a las leyes sustantivas prescindiendo del carácter procesal de las mismas. Siguiendo esta afirmación, es lógico que el fenómeno de acumulación de acciones no hubiese formado parte de las materias reguladas en la anterior Ley. En todo caso, este vacío, no supuso ningún obstáculo para que en la práctica se siguiera utilizando el fenómeno de acumulación de acciones, ya que se remitían a las fuentes ya comentadas, y con la misma naturaleza que la doctrina le atribuyó²⁰.

2. La acumulación de acciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Una vez comentada la LEC de 1855 y su laguna con respecto a la acumulación de acciones, su posterior es la LEC de 1881²¹.

La reforma de la LEC de 1855 presentó veintisiete bases y ninguna de ellas contempló la regulación de la acumulación de acciones. No obstante, la última base permitió contemplar de forma amplia cualquier supuesto que la ciencia y experiencia hubieran aconsejado. Por tanto, dentro de este presupuesto pragmático se pudo reconsiderar el tema de la acumulación de acciones. Y así fue, como la acumulación de acciones tuvo una regulación expresa por primera vez en nuestra Codificación Procesal Española, inspirándose en la jurisprudencia de los Tribunales y en otros principios establecidos en las disposiciones de la misma Ley²².

leyes. No se trataba, pues, de innovar, sino de consolidar lo existente (MONTERO AROCA, J., “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y oralidad”, Revista Dialnet, núm. 53, 2000, p. 594).

¹⁹ ROMERO SEGUEL, A., ob. cit., p. 36.

²⁰ *Ibidem*, ob. cit., p. 38.

²¹ Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aprobada por Real Decreto, el 3 de febrero y vigente desde el 1 de abril de ese mismo año.

²² ROMERO SEGUEL, A., ob. cit., p. 39.

A diferencia de nuestra LEC actual, que recoge la acumulación de acciones desde los arts.71 al 73, la anterior, tiene una regulación más amplia, ya que trató a esta figura desde los arts.153 al 159²³, en el Título IV del Libro I, relativo a la acumulación de acciones y de procesos.

Esta Ley tuvo como fundamento principal dos razones o principios para mantener el proceso acumulativo, a saber: la economía procesal y el principio dispositivo (o de aportación de parte); principios que siguen estando vigentes en nuestra actual regulación.

El primero, tiene por objeto evitar derroches de tiempo, así como reducir costes procesales, conocer varias acciones en un único procedimiento, y, por ende, resolverlas en una sola sentencia. El segundo, tiene como fundamento la titularidad de las partes con respecto a las acciones, esto es, que la acumulación es siempre un acto de parte y no del juez. En nuestro Derecho se prohíbe la posibilidad de realizar una acumulación *ex officio*. De forma contraria, se vulneraría la garantía básica del *nemo iudex sine actore*²⁴.

Sin embargo, esta Ley presentó ciertas críticas y lagunas en esta materia. A saber, las siguientes:

En primer lugar, el legislador no consideró la conexión procesal como un criterio o instrumento para la organización, distribución y racionalización del funcionamiento de la competencia jurisdiccional, que, a la vez sirviera de intento unificador del fenómeno acumulativo²⁵. Tampoco trató la acumulación de acciones en todas sus manifestaciones. No existe una única exteriorización, sino diversas formas de configurar un proceso con objeto complejo. El legislador sólo se limitó a distinguir entre acumulación de acciones y de

²³ Tales preceptos tienen carácter de normativa general sin perjuicio de que existan otros en la legislación especial que regulen ciertas hipótesis excepcionales de acciones y cuya diferencia radique fundamentalmente en la conexión procesal objetiva que justifica la admisibilidad del litisconsorcio facultativo. A modo de ejemplo, la derogada Ley 83/1980 de arrendamientos rústicos contiene supuestos especiales de acumulación, como es el art. 126.1.

²⁴ *Nemo iudex sine actore* significa “No hay juicio sin actor, ni el juez puede iniciarlo de oficio” o “No hay juicio sin parte que lo promueva”, utilizada en el ámbito del Derecho procesal como aplicación del principio dispositivo (ROMERO SEGUÉL, A., ob. cit., pp. 44-45).

²⁵ *Ibidem*, p. 42.

procesos²⁶.

En segundo lugar, analizando los artículos de esta Ley rituaria, podemos llegar a la conclusión de que el legislador hizo más hincapié en la acumulación inicial de acciones, que, al resto de sus posibles manifestaciones, como es el caso de la acumulación sobrevenida, que careció de todo orden de sistematización. Tampoco estableció pautas generales para el caso de acumulación condicional de acciones, pese a que ya existía apoyo doctrinal y jurisprudencial²⁷.

En tercer lugar, la LEC no reglamentó el tema del litisconsorcio, y en especial, el litisconsorcio facultativo, carencia que guarda íntima relación con la acumulación de acciones, la *subjetivo-objetiva*. No obstante, la doctrina y jurisprudencia se ocuparon de darle utilidad y fundamento, a falta de regulación específica²⁸.

En cuarto lugar, se extrañaba una reglamentación de los poderes del Juez, en relación a ordenar una *desacumulación de acciones*²⁹, que sirva a su vez para tutelar el principio de economía procesal o incluso el principio de lealtad procesal, ante una indebida acumulación de acciones, que será objeto de estudio en la última parte del trabajo³⁰.

En suma, la acumulación de acciones es una cuestión indudablemente compleja que empezó a tener cobertura legal en la LEC de 1881 dentro de la codificación procesal. Sin embargo, pese a tener regulación legal en nuestra LEC actual³¹, sigue siendo una materia fundamental en la práctica forense

²⁶ *Ibíd*em, p. 46.

²⁷ *Ibíd*em, p. 47.

²⁸ *Idem*, p. 47.

²⁹ La *desacumulación*, supone la facultad que tiene el juez *ex officio* para *desacumular* acciones en casos de complejidad. Esto es, cuando las ventajas de la economía procesal son inferiores a la complejidad material y procesal. En nuestra LEC no se recoge dicha posibilidad, existe un vacío legislativo. Sin embargo, países extranjeros sí permiten la *desacumulación*.

³⁰ ROMERO SEGUEL, A., *ob. cit.*, p. 47.

³¹ La Exposición de motivos de la nueva y vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en su apartado III, especificó que se necesitaba un Código Procesal nuevo, que supere la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y

que requiere de un estudio pormenorizado, tal y como expondremos a continuación.

III.- CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN EL PROCESO CIVIL

1. Noción y fundamento de la acumulación de acciones

Delimitados los antecedentes normativos del tema que nos ocupa; *la acumulación de acciones en el proceso civil*, es momento de analizar, aunque sin entrar en cuestiones profundas debido a su prolongada extensión, al proceso acumulativo, también conocido como “*proceso con pluralidad de objetos*” o “*proceso complejo*”, en todas sus manifestaciones. Esto es, su concepto genérico en nuestra LEC, y todas las clases reconocidas por Ley y/o doctrina, así como los problemas jurisprudenciales que puede plantear en la práctica jurídica.

En el ejercicio de la práctica diaria, en pocas ocasiones, se solicita la tutela de los órganos jurisdiccionales para resolver un solo pedimento, sino varios. Por tanto, en realidad no existe un proceso con objeto único, ya que la acción principal casi siempre suele llevar aparejada otra acción que es accesorio. (V.gr el art.1124 CC, que supone, al menos, el ejercicio de dos acciones acumuladas: la de resolución o cumplimiento, de un lado y la de condena a los daños y perjuicios de otro)³².

disposiciones extravagantes. (GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, F., “Adiós a la prolija complejidad de la Ley antigua”, *Una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para una mejor justicia*, coord. F. Gutiérrez-Alviz Conradi, Valencia, 2011, p. 19).

³² ARIAS LOZANO, D., “De la acumulación de acciones y de procesos”, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. M. A. Fernández Ballesteros, J. M. Rifá Soler, J. F. Valls Gombau, Barcelona, 2001, p. 446, Los conflictos intersubjetivos, actualmente, no suelen ser reconducidos a un objeto unitario, sino que es usual que a una determinada pretensión procesal se le acumulen otras diferentes subsidiarias o complementarias a la misma, o que, puestos a someter el conflicto a los órganos jurisdiccionales, el demandante, o un conjunto de ellos, aproveche para solventar todos los conflictos que le unan con un determinado sujeto o sujetos demandados (GARBERÍ LLOBREGAT, J., “De la acumulación de acciones y de procesos”, *Los procesos civiles. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil con formulario y jurisprudencia*, coord. J. Garberí Llobregat, J. M. Torres Fernández de Sevilla, C. Duro Ventura, L. Casero Linares, Barcelona, 2001, p. 825).

2. Concepto y regulación de la acumulación de acciones en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil

La acumulación de acciones se encuentra articulada en tres preceptos de la LEC; el art. 71, que establece el efecto principal de la acumulación; el art. 72, que delimita la acumulación subjetiva de acciones; y el art. 73, que regula los requisitos procesales para la procedencia de la acumulación de acciones, así como unos casos especiales de acumulación necesaria.

En primer lugar, es necesario emplear una definición de este fenómeno pese a que nuestra Ley no la reconozca expresamente. El art. 71 establece que *“la acumulación de acciones admitida producirá el efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia”*³³. Para que este precepto tenga plena eficacia, deben concurrir una serie de presupuestos procesales y materiales a las que las normas subordinan su acumulación³⁴. Por tanto, siguiendo esta línea, se puede deducir que la acumulación de acciones es un conjunto de acciones, tramitadas en un único proceso y resueltas en la misma sentencia, sin necesidad de resolverse por separado³⁵. La EM de esta Ley, en su apartado IV emplea el término acción, pero también puede equipararse con el término pretensión, al igual que en la anterior LEC de 1881.

Para delimitar el concepto de acumulación de acciones de forma correcta, es necesario comprender el concepto de *acumulación*, que es la acción y efecto de acumular, de un lado y, el concepto de *acción* como aquel derecho que se tiene para pedir alguna cosa en juicio y solicitar a la justicia lo que se nos debe, de otro. Posteriormente, teniendo ambos conceptos, ya es posible establecer una adecuada definición de acumulación de acciones, que se produce cuando al actor tiene más de una acción, de tal naturaleza que puede comprenderlas todas en una sola demanda contra el demandado³⁶.

³³ Vid. Art. 71 LEC.

³⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La acumulación de acciones en el proceso civil*, 1ª edición, Barcelona, 2009, pp. 30-31.

³⁵ La acumulación de acciones se produce cuando *ab initio* en la demanda se ejercitan varias acciones que podrían haber dado lugar a demandas distintas (DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., ob.cit., p. 484).

³⁶ Cfr. FONS RODRIGUEZ, C., *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, 1ª edición,

Considero, al igual que otros autores, que el orden que establece la Ley para su regulación es erróneo, ya que el art.71 empieza con el efecto de la acumulación de acciones, cuestión que debe disponerse al final, concretamente en el art.73. Así mismo, aunque todas las acciones sean discutidas en un único procedimiento, y, por ende, resueltas en una única sentencia, cada una de ellas conserva autonomía propia y no son idénticas. Esto es, los presupuestos procesales y materiales, que serán distintos para cada una de las acciones; como es la valoración de la prueba, la renuncia, desistimiento [...] ³⁷.

Por último, las palabras de GARCÍA GIL nos conectan directamente con la siguiente cuestión a tratar dentro del fenómeno de acumulación de acciones. Este autor expone que la acumulación *obedece a un designio de economía procesal, mediante el cual, una serie de pretensiones se reúnen en un mismo proceso a fin de que sean examinadas y actuadas, en su caso, dentro de aquél* ³⁸. Desde mi perspectiva, la definición anterior es totalmente válida, ya que la acumulación de acciones tiene por misión principal reunir cuantas acciones sean posibles con el objeto de favorecer a la economía procesal y de ese modo, evitar futuros procesos innecesarios.

3. Doble fundamento

Tradicionalmente, la acumulación de acciones tiene un doble fundamento ³⁹. De un lado, responde al principio de *economía procesal*, ya que no habrá varios procesos, sino un sólo proceso con efectos múltiples, tales como la reducción de los costes económicos y personales como de la propia "energía jurisdiccional", es decir, se adquiere eficacia con la operatividad mínima suficiente. De otro lado, responde a la tramitación conjunta, y en especial, a la decisión de acciones en una sola sentencia que permitirán evitar el peligro de

Barcelona, 1998, p. 22.

³⁷ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., "De la acumulación de acciones y de procesos", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. A. De la Oliva Santos, I. Díez-Picazo Giménez, J. Vegas Torres, J. Banacloche Palao, Madrid, 2001, p. 202.

³⁸ GARCÍA GIL, F. J., *Los procesos declarativos. Juicio Ordinario. Juicio Verbal, conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, 1ª edición, Madrid, 2010, pp. 227-228.

³⁹ Este doble fundamento no sólo aparece en la acumulación de acciones, sino también en otras figuras procesales de gran relevancia, tales como el litisconsorcio voluntario, la reconvencción o la acumulación de autos, figuras afines al proceso acumulativo.

que se dicten resoluciones contradictorias ya sea por sus pronunciamientos o por sus fundamentos fácticos. Esto responde, en definitiva, al principio de seguridad jurídica⁴⁰.

La economía procesal puede definirse como aquella ciencia que procura ahorrar el mayor gasto posible en la actuación procesal con el simple objeto de resolver un proceso eficaz. Se pretende, en consecuencia, lograr rapidez y reducción de las tasas judiciales. Es evidente que, con la acumulación de acciones, al pasar todas las acciones por las mismas fases procesales, plazos y preclusiones, conseguimos una ventaja mayor y positiva para todas las partes.

No obstante, el principio de economía procesal puede verse afectado por una eventual complejidad del proceso, situación que se dará sobre todo si las acciones ejercitadas no tienen ningún punto en común⁴¹.

La acumulación subsidiaria, que analizaremos posteriormente, se utiliza *ad cautelam* y tiende directamente a la economía procesal, ya que de una sola vez se utilizan todos los fundamentos y medios que se disponen con el fin de agotar todas las posibilidades de éxito. Además, dado al carácter común que presentan las acciones, la economía no se verá desvirtuada en ningún momento. Lo mismo ocurre con la acumulación, que tampoco afectará a la economía procesal.

Con respecto al citado principio de seguridad jurídica cuya misión principal es prevenir resoluciones con fallos contradictorios⁴² cabe decir que es otro de los fundamentos clásicos para tratar de explicar la acumulación de acciones. Este principio supone evitar todo tipo de riesgos que no tienen que producirse si se cumplen una serie de presupuestos relacionados con la conexión o inconexión de las acciones acumuladas⁴³.

⁴⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, 1ª edición, Madrid, 2000, p. 12.

⁴¹ FONS RODRIGUEZ, C., *ob.cit.*, p. 113.

⁴² Son sentencias que resultan irreconciliables, que se destruyen o anulan de forma recíproca. Una sentencia no puede estimar lo que otra ha desestimado y viceversa.

⁴³ FONS RODRIGUEZ, C., *ob.cit.*, p. 121.

En la acumulación subsidiaria existe riesgo de contradicción, ya que permite el ejercicio de acciones incompatibles entre sí. Y en la acumulación accesoria, debido a la cierta dependencia que presenta, también puede acarrear resoluciones contradictorias si no se tramitan de forma conjunta.

No hay que multiplicar entes sin necesidad. Evidentemente, resulta más económico usar en un solo proceso el ejercicio de varias acciones, que interponer uno para la articulación de cada una de ellas⁴⁴.

IV.- CLASES DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES

En primer lugar, según el momento procesal, podemos hablar de una *acumulación inicial o simple de acciones*, que se produce cuando el actor inicia la demanda, práctica frecuente; y *la acumulación sobrevenida*, que surge en un momento posterior al comienzo del proceso, motivada por determinadas circunstancias. Esta última deriva de la ampliación de la demanda a voluntad del actor, de la reconvencción por parte del demandado, o de la acumulación de procesos que no será objeto de nuestro estudio.

Por un lado, tenemos a la *acumulación objetiva de acciones* y a la *acumulación subjetiva*. En la primera existe coincidencia en el tipo (o elemento) subjetivo, es decir, las partes procesales son las mismas, pudiendo el actor acumular cuantas acciones estime oportunas frente el mismo demandado. Así lo expone el art. 71.2 LEC⁴⁵. Sin embargo, no se dice nada del tipo objetivo, es decir, de la existencia de una conexión por razón del *petitum* o causa de pedir. La segunda, en cambio, es diferente, ya que es obligatoria la existencia del tipo objetivo para que surta efectos. Se produce cuando las acciones que se reúnen no tienen en común el elemento subjetivo, pero sí la causa de pedir. A este tipo de acumulación se refiere el art. 72.1 LEC⁴⁶.

⁴⁴ ARIAS LOZANO, D., ob.cit., p. 446.

⁴⁵ Vid. Art. 71.2 LEC.

⁴⁶ Vid. Art. 72.1 LEC.

Es importante, señalar, que el ejercicio de acciones de un sujeto contra varios puede generar confusión con otra figura procesal de gran calibre: *el litisconsorcio pasivo necesario*, que no supone acumulación alguna, ya que se está ante una única acción. Cuestión distinta ocurre en caso de pluralidad de partes demandantes, originándose un *litisconsorcio activo voluntario*, cuyo contenido analizaremos en profundidad, y que está regulado en el art.12.1 LEC⁴⁷, que a mi juicio está separado de forma innecesaria del capítulo de la acumulación de acciones y de procesos.

Por otro lado, nos encontramos con una acumulación condicional⁴⁸ que engloba a su vez tres subtipos: *la acumulación eventual o subsidiaria, la accesoría o sucesiva y la alternativa*. En la acumulación eventual, las diversas acciones planteadas son incompatibles entre sí y sólo serán tramitadas en caso de que se desestime la acción principal⁴⁹. La acumulación accesoría, no reconocida expresamente en la LEC⁵⁰, se produce cuando existe un grado de dependencia entre las acciones acumuladas. Esto es, si se estima la acción principal, se puede estimar, en consecuencia, a la acción accesoría.

Finalmente, la acumulación alternativa se produce cuando el actor ejercita varias acciones de forma simultánea, pero sin indicar un orden de preferencia entre ellas. (V.gr. que el actor en su demanda sólo manifieste el incumplimiento contractual, estando en manos del juez rescindir el contrato o condenar al demandado a su cumplimiento).

⁴⁷ Vid. Art. 12.1 LEC.

⁴⁸ ROMERO SEGUEL, ob.cit., p. 275.

⁴⁹ En el suplico de la demanda, siempre se pone el término “Subsidiariamente” después de solicitar la pretensión principal, para que en caso de que sea desestimada, el tribunal pueda conceder las restantes diversas acciones y con un orden de preferencia, Vid. Art. 73.4 LEC.

⁵⁰ Que la Ley de Enjuiciamiento Civil no reconozca expresamente a este tipo de acumulación, resulta indudable su admisibilidad en la práctica. Si estima la acción principal, puede estimarse también la acción accesoría. No obstante, si se desestima la acción principal, no puede estimarse la acción accesoría.

V.- PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Los presupuestos también llamados requisitos de la acumulación de acciones, se dividen en materiales o sustantivos y en procesales o formales. Los presupuestos procesales son comunes a todas las clases de acumulación de acciones (objetiva y subjetiva). No obstante, los presupuestos materiales difieren según el tipo de acumulación que se trate. En la acumulación objetiva es suficiente con demostrar que las acciones no son incompatibles entre sí, a no ser que se trate de una acumulación subsidiaria; y en la acumulación subjetiva, además de la necesaria compatibilidad de las acciones, se exige conexión objetiva porque entre esas acciones ha de existir un nexo por razón del título o causa de pedir⁵¹.

En líneas generales, el presupuesto material es la compatibilidad de las acciones, es decir, se exige que las acciones no sean incompatibles entre sí. La Ley considera incompatibles las acciones que se excluyen mutuamente o que son contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impide o hace ineficaz el ejercicio de la otra u otras⁵².

Los presupuestos procesales pueden resumirse en los siguientes puntos:

- 1º Que el juez posea jurisdicción y competencia de todas las acciones que pretenden acumularse. Según NIEVA FENOLL "mal podría operarse la acumulación si no fuera así"⁵³.
- 2º Que el cauce procedimental posea la misma naturaleza permitiendo la acumulación de procedimientos declarativos ordinarios (ordinario y verbal) al procedimiento ordinario, por tener más posibilidades de defensa y excluyendo la posibilidad de acumular procedimientos especiales entre sí ni al ordinario. Se trata de un tema que requiere una profunda reflexión debido a la ambigüedad de la redacción de la ley⁵⁴. Y,

⁵¹ BANACLOCHE PALAO, J., CUBILLO LOPEZ, I., *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Civil*, 4ª edición, Madrid, 2018, p. 254.

⁵² RAMOS MENDEZ, F., *El Juicio Civil*, 2ª edición, Barcelona, 2015 p. 116.

⁵³ NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal II. Proceso Civil*, 1ª edición, Madrid, 2015, p. 142.

⁵⁴ NIEVA FENOLL, J., ob. cit., p. 143.

3º Que las acciones no sean materialmente incompatibles entre sí salvo que se trate de la acumulación subsidiaria, que si se permite la acumulación.

1. La indebida acumulación de acciones

A) Origen de la indebida acumulación de acciones

La acumulación de acciones es procedente cuando todos los presupuestos tienden a cumplirse. Si se incumple con sólo uno de ellos, estamos ante una indebida acumulación de acciones o acumulación improcedente. La LEC de 1881 no regulaba específicamente su tratamiento procesal, vacío legal que la doctrina tampoco desarrolló de forma completa. No obstante, la nueva LEC ya prevé un tratamiento específico para tratar esta cuestión. Esto es, el control de oficio, llevado a cabo por el órgano jurisdiccional competente o el control a instancia de parte, llevado a cabo por el demandado.

B) Control de la indebida acumulación de acciones

a) *Control ex officio*

El art.73.4 LEC, establece un control de oficio por parte del órgano jurisdiccional, ya que tras recibir la demanda, antes de admitirla a trámite comprueba la compatibilidad de las acciones, la correcta indicación de la acción principal y acción subsidiaria en caso de la acumulación eventual, la concurrencia de un nexo causal en caso de que la acumulación sea subjetiva, la jurisdicción y competencia objetiva para conocer de todas las acciones, la idoneidad del procedimiento y la falta de prohibición legal. En todo caso, si el órgano jurisdiccional considera que no se dan algunos de los requisitos para proceder a la acumulación, el proceso estará viciado y requerirá a la parte actora que subsane el óbice procesal en un plazo de cinco días a través del mecanismo de la desacumulación de acciones indebidamente agrupadas. En caso contrario, la demanda será archivada sin más trámites⁵⁵.

⁵⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., ob. cit., p. 70.

b) *Control a instancia de parte*

El demandado podrá denunciar el vicio en la contestación a la demanda, tal y cómo señala expresamente la LEC en sus arts. 402 y 405.1.

La denuncia será estudiada y resuelta en la Audiencia Previa al juicio, tal y cómo expone el art.419 LEC. Si el órgano jurisdiccional considera válida a la denuncia interpuesta por el demandado no pondrá fin al proceso, sino que expulsará del proceso a aquellas acciones indebidamente acumuladas. Se produce, por tanto, un sobreseimiento parcial. Cuando el demandado considere la falta de jurisdicción y competencia de alguna de las acciones deberá de presentar, en tiempo y forma, declinatoria, antes de contestar a la demanda, y si el demandado considera que una de las acciones debe regirse por un juicio distinto, lo manifestará en la Audiencia Previa.

c) *Régimen de recursos*

En caso de que el órgano jurisdiccional decrete sobreseimiento total, es posible plantear un recurso de apelación directo y en segunda instancia, un recurso extraordinario por infracción procesal. Si de lo contrario, el órgano jurisdiccional decreta sobreseimiento parcial, es posible plantear un recurso de reposición, y si éste es desestimado, podrá el actor formular protesta para que conste en acta y se tenga en cuenta en la segunda instancia⁵⁶.

VI.- CONCLUSIONES

PRIMERA. Respecto a la conformación del objeto del proceso, siempre han existido dudas si son las acciones las que lo delimitan o las pretensiones. Parte de la doctrina consideró a la Pretensión como objeto del proceso por tener una naturaleza puramente procesal. Sin embargo, otra corriente doctrinal consideró a la Acción como instrumento necesario para acceder a la justicia. Tras la aprobación de la CE de 1978 se terminó por considerar a la Acción como objeto único del proceso, ya que contaba con cobertura

⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., ob. cit., p. 75.

en el art.24 CE, precepto que permite llevar a cabo la función jurisdiccional. No obstante, actualmente, el legislador ha zanjado esta polémica cuestión refiriéndose por igual a ambos términos con la finalidad de evitar confusión en la terminología jurídica. Bajo mi perspectiva no existen procesos sin pretensiones. La pretensión es la figura procesal central, y como tal debe ser considerada como objeto único del proceso ya que éstas son las peticiones que se van a tratar y resolver en el proceso.

SEGUNDA. La acumulación de acciones no es una novedad en nuestra actual LEC. Es una figura que tuvo utilidad práctica en épocas anteriores. Los primeros textos que recogieron este fenómeno fueron las Partidas de Alfonso X, seguido de la Novísima Recopilación hasta que se originó la primera Codificación Procesal Española; la LEC de 1855, la cual no regulaba expresamente la acumulación de acciones, sólo de autos. No obstante, se plantearon reformas urgentes, y entre ellas estaba introducir esta materia en la Ley. La LEC de 1881 reguló expresamente la acumulación de acciones desde los preceptos 153 al 159 pero todavía con ciertas lagunas e incertidumbres, como el caso de la indebida acumulación, problema resuelto por nuestro legislador en nuestra vigente LEC.

TERCERA. La acumulación de acciones es un trámite procesal que tiende a resolver varias pretensiones, siempre y cuando exista una conexión entre ellas en un mismo proceso y en una única sentencia. Este fenómeno, pese a su gran importancia en la práctica jurídica y en el proceso, carece de una amplia regulación en nuestra LEC, cuestión que el legislador debe considerar, y, por ende, establecer criterios más claros y concisos en posteriores reformas.

CUARTA. El proceso acumulativo tiene una doble misión: de un lado la economía procesal y con ello, reducir tiempo, costes y trabajo para todas las partes, y de otro lado, evitar que se dicten resoluciones contradictorias. Ambas ventajas tienen su lógica y son eficaces. Si se acumulan dos acciones el proceso será más ágil y los costes serán menores ya que sólo se requerirá un sólo abogado, por ejemplo. Por otro lado, se evita que dos asuntos con cierto grado de similitud se tramiten en procesos distintos con fallos contradictorios.

QUINTA. La acumulación de acciones presenta distintas modalidades. De un lado, según el momento procesal de interponerlas, recibirán el nombre de acumulación inicial de acciones o acumulación sobrevinida. Dentro de la acumulación inicial existen dos tipos de acumulación, la objetiva que es la más común en la práctica y la más tratada por la jurisprudencia con unanimidad, y la subjetiva más abstracta y problemática jurisprudencialmente. La diferencia fundamental entre la acumulación objetiva y subjetiva radica en el tipo. En la objetiva existe identidad de partes con independencia de que exista conexión en el título o causa de pedir. Sin embargo, en la subjetiva sí se exige dicha conexión. De otro lado, la acumulación de acciones puede ser subsidiaria, accesoria y alternativa. La subsidiaria es útil ya que permite acumular en orden de preferencia acciones que no tengan ningún tipo de conexión, La accesoria como bien se deduce, se producirá siempre que se estime la acción principal actuando ésta como complemento. Por último, la alternativa permite acumular acciones sin indicar orden de preferencia dejando a criterio del juez qué acción estimar. Desde mi perspectiva, esta última carece de sentido, ya que las partes son las titulares del proceso, y como consecuencia, tienen que solicitar la tutela que deseen.

SEXTA. La reconvencción, aunque se encuentre articulada independientemente de la acumulación de acciones, es una manifestación más de la misma ya que el demandado, a través de esta figura procesal, ejercita y acumula nuevas acciones en un proceso ya iniciado.

SÉPTIMA. La acumulación objetiva en el juicio ordinario no presenta, con carácter general, problemas procesales. Sin embargo, en el juicio verbal existen una serie de especialidades ya que en este tipo de proceso declarativo ordinario se prohíbe la acumulación objetiva de acciones, con la excepción de que todas ellas estén basadas en los mismos hechos, aunque provengan de distintos títulos y cumplan con todos los presupuestos procesales.

OCTAVA. La acumulación subjetiva también llamada acumulación subjetivo-objetiva, genera una pluralidad de partes y de objetos. El litisconsorcio voluntario es una manifestación de dicha acumulación, ya que debe haber siempre varios demandantes y demandados. Cuando se habla de acumulación

subjetiva se habla de aquella acción que tiene un único actor contra varios demandados o viceversa. Sin embargo, la jurisprudencia avala la pluralidad de partes en ambas posiciones. Por tanto, aunque esta posibilidad no se encuentre expresamente regulada, es admisible en la práctica judicial, como la posibilidad de acumular dos acciones correspondientes al proceso monitorio y cambiario.

NOVENA. La acumulación de acciones será eficaz cuando cumplan con los presupuestos materiales que difieren en la acumulación objetiva y en la subjetiva, y los presupuestos procesales comunes a toda clase de acumulación. Con respecto a los presupuestos materiales, en la objetiva es suficiente con demostrar la compatibilidad de las acciones y en la subjetiva, las acciones tienen que tener una identidad en la causa de pedir. Los presupuestos procesales exigen que todas las acciones sean enjuiciadas por un órgano jurisdiccional on jurisdicción y competencia, que todas las acciones sigan un mismo cauce procedimental y que no exista norma que prohíba la acumulación.

DÉCIMA. Una indebida acumulación se origina cuando faltan algunos de los presupuestos materiales y procesales. La LEC actual ha incorporado una fórmula para proceder en estos casos: el control *ex officio* llevado a cabo por el juez, y el control a instancia de parte llevado a cabo por el demandado.

LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO

M^a Ángeles Pérez Marín¹

Profesora Titular de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla. España)

I.- LA FACULTAD SANCIONADORA DE LA UNIÓN EUROPEA

Podemos leer en el art. 3.2 TUE que esta “ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”. Confluyen en este precepto, por tanto, dos aspectos que, lejos de ser antagónicos, no dejan de considerarse complementarios: espacio interior y fronteras externas. Así, el legislador vincula la seguridad del ámbito interno o doméstico del espacio europeo a la adopción de medidas de control de las fronteras exteriores y al establecimiento de políticas de asilo e inmigración, en tanto que el fortalecimiento de las fronteras externas frente a la entrada del “delito” actuará como mecanismo de protección del espacio interior.

¹ Integrante del Proyecto de Investigación La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal: su influencia en el proceso español (PGC2018-094209-B-100) financiado por la Agencia Estatal de Investigación, dirigido por la Profesora Mar Jimeno Bulnes, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos.

Investigadora responsable del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-308, La administración de justicia en España y América.

Las mismas premisas fijadas en el art. 3 TUE vuelven a plantearse en el art. 67 TFUE, en cuyo texto se fijan los objetivos del espacio de libertad, seguridad y justicia, al tiempo que su contenido se considera como el soporte jurídico que justifica la adopción de medidas restrictivas en la lucha contra el delito.

Los apartados 2 y 3 de este precepto retornan a la vinculación de los dos elementos -libertad y seguridad- en los que, de una manera contundente, se asienta el espacio territorial europeo. En concreto, el apartado 3 formula el compromiso de garantizar un elevado nivel de seguridad a través de la adopción de medidas preventivas frente a la delincuencia, facilitando la coordinación y la cooperación entre autoridades policiales, judiciales “y otras autoridades competentes”, e invoca el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales y la aproximación de legislaciones como dos de los soportes básicos que vienen a consolidar la estructura jurídica del espacio de libertad, seguridad y justicia, tanto en su vertiente interna, -puesto que promueve la armonización de los sistemas jurídicos nacionales y favorece el establecimiento de criterios jurídicos comunes-, como en su vertiente externa, -ya que, frente a terceros, el espacio de libertad, seguridad y justicia se muestra como un ámbito territorial y jurídico seguro, uniforme y, aparentemente, sin fisuras-.

Esas “medidas”, que garantizan un alto grado de seguridad, pueden tener carácter restrictivo, encontrando entonces su desarrollo en los arts. 75 y 215 TFUE. Concretamente el art. 75 advierte que la Unión tiene la obligación de prevenir y luchar contra el terrorismo y los delitos subyacentes relacionados con dicha actividad, pudiendo adoptar con tal finalidad un marco de medidas administrativas sobre movimientos de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios obtenidos por personas físicas, jurídicas, grupos o entidades no estatales.

El legislador, pues, hace una mención expresa del terrorismo y de los fenómenos delictivos asociados a esta conducta por lo que parece apostar por la utilización de medidas económicas para bloquear el fenómeno terrorista que, sin financiación, se vería abocado a la inactividad. Podría colegirse que este es precisamente el ámbito al que se dirige la aplicación de las medidas

especificadas para alcanzar el objetivo de seguridad formulado en el art. 67. Pero, además, los términos utilizados en ambos preceptos conceden al legislador una evidente ventaja, pues son lo suficientemente amplios para establecer una especie de "tipificación de futuro", ya que es sencillo subsumir en este tipo genérico conductas que aún no tienen la consideración de terrorismo. Igualmente, amplios son los términos utilizados para hacer referencia a las medidas financieras que pudieran adoptarse para hacer frente al terrorismo, pues expresiones como "movimientos de capitales" o "pagos" abarcan un considerable número de actividades, así que podemos afirmar que nos encontramos ante medidas que el legislador expone a título de ejemplo y no ante una lista cerrada.

De hecho, la flexibilidad que propugna el art. 75 es necesaria para combatir un fenómeno delictivo que se caracteriza por la conexión de conductas. No es habitual, en este ámbito, que unos hechos puedan ser exclusivamente calificados como terrorismo o como blanqueo, pues ambos comportamientos suelen ir necesariamente vinculados a otros comportamientos delictivos. Así, por ejemplo, es fácil constatar la conexión del terrorismo con el tráfico ilícito de armas, con el de personas o con el narcotráfico, pues las organizaciones terroristas utilizan las redes delictivas transnacionales para financiar sus actividades y acuden a los cauces legales para para convertir, adquirir u ocultar fondos, por ejemplo, a través del tráfico de bienes culturales o mediante la solicitud de préstamos fraudulentos. El blanqueo de capitales, por su parte, puede ir unido a una conducta defraudadora, puede tener como finalidad la elusión de obligaciones tributarias -o viceversa- o puede estar vinculado a la delincuencia organizada y al terrorismo, pero siempre con la misma finalidad: disfrutar a través de los cauces legales de la economía de las ganancias ilícitamente obtenidas.

Por último, el art. 215, ya en la Parte Quinta TFUE -*Acción exterior de la Unión*-, establece las bases que permiten, en el ámbito de la política exterior y de la seguridad común, adoptar medidas restrictivas cuando se consideren necesarias para interrumpir o reducir las relaciones económicas y financieras con terceros Estados, a fin de prevenir el delito y fortalecer, así, la seguridad interior. En este sentido, diferentes instrumentos jurídicos establecen controles obligatorios a las entidades financieras de

la Unión que tienen filiales o sucursales en terceros Estados o que van a establecer una relación con entidades corresponsales. En dichos casos, las entidades matrices deben comprobar que las asentadas en otros Estados respetan los criterios de control de riesgo fijados a nivel de la Unión Europea y deben asegurarse de que las filiales, las sucursales y las entidades corresponsales incorporan a sus actuaciones las medidas de control de riesgo suficientes.

Es conocido, por otro lado, que la actuación unilateral de los Estados es ineficaz en la lucha contra la delincuencia organizada -dentro de la que se encuadran los casos más graves de blanqueo- y contra las actividades de financiación del terrorismo. Es imprescindible, pues, una cooperación multinivel -entre los Estados miembros, entre estos y terceros Estados o entre Estados miembros y organizaciones internacionales- para ofrecer un mayor grado de seguridad². En esta dirección, en el año 2016 la Comisión presentó su plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del

² Precisamente la globalización en la lucha contra la financiación del terrorismo fue uno de los objetivos marcados por la Agenda de Seguridad de 2015 COM(2015) 185 final, destacando que la delincuencia organizada nutre al terrorismo a través de actividades como el tráfico de armas, el narcotráfico o la infiltración en mercados financieros como la Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Por otro lado, a través de la Resolución 2178(2014), el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas impuso la obligación de tipificar penalmente la financiación del terrorismo, y en cuyo seno se gestó el Protocolo adicional del Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, firmado por la Comisión en 2015. En diciembre de 2015, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobó igualmente una nueva resolución relativa a la financiación de Daesh, que prorrogaba el régimen de sanciones previsto para “Al Qaeda”. En el seno del Consejo de Europa, destacan el Convenio relativo al blanqueo, el seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (Estrasburgo, 8 de noviembre de 1990) o el Convenio relativo al blanqueo, el seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (Varsovia, 16 de mayo de 2005). Véanse, asimismo, las Resoluciones 2199(2015) y 2253(2015) de Naciones Unidas en las que se insta a cortar el acceso a los cauces financieros a las organizaciones terroristas y las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) –Estándares internacionales sobre la lucha del lavado de activos y la financiación del terrorismo, 2012, recuperado de <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>, así como las Cuarenta recomendaciones del GAFI de 20 de junio de 2003 -recuperado de http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/40recomendaciones.pdf, las Recomendaciones de MONEYVAL, organismo regional al que pertenecen 13 Estados Miembros UE que realiza evaluación mutuo de las medidas de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo aplicadas en los Estados miembros del Consejo de Europa, recuperado de <https://www.solucionesconfirma.es/observatorio/moneyval-15-anos-de-lucha-contra-el-blanqueo-en-europa/>.

terrorismo reforzando las medidas de represivas e instando la modificación de la Directiva 2015/849, que aún no había entrado en vigor³. Igualmente planteó la necesidad de acordar normas mínimas relativas a la definición del delito de blanqueo de capitales -que carece de uniformidad normativa- y a la aproximación de sanciones⁴. En ese contexto, la denominada inteligencia financiera viene a ocupar una posición nuclear, ya que sus órganos permiten valorar el riesgo de ciertas actividades y ampliar el ámbito de la prevención frente a una delincuencia que usa el sistema financiero como instrumento necesario para su actividad.

II.- LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO FRENTE AL BLANQUEO DE CAPITALS Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Es en este marco jurídico genérico en el que podemos encuadrar la *Directiva (UE) 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo*⁵, también conocida como Cuarta Directiva. Se trata de un instrumento jurídico basado en normas de prevención, aunque no esconde una clara una vocación penal, circunstancia que se aprecia, por ejemplo, en el mandato que contiene su art. 1 y que exige a los ordenamientos la tipificación penal de las conductas indicadas en dicho precepto.

³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo-Plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo, COM (2016) 50 final.

⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y por la que se modifica la Directiva 2009/101/CE, COM (2016) 450 final, de 5 de julio de 2016. Esta propuesta ha dado lugar a la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE (DOUE L 156, de 19 de junio de 2018).

⁵ Directiva (UE) 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n^o 248/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DOUE. L 141, de 5 de junio de 2015).

Según el legislador, no obstante, la Directiva tiene como finalidad primera la protección del sistema financiero a través de la imposición de una obligación de control a determinados actores del medio -entidades bancarias, financieras o crediticias y profesionales relacionados con este sector-, frente a los delitos de blanqueo o de financiación del terrorismo y, a lo largo del texto, se suceden una serie de presupuestos dirigidos a fortalecer la estructura de prevención a través de la interconexión de ordenamientos jurídicos. Es imposible, no obstante, deslindar, en la mayoría de las ocasiones, las medidas de control que deben adoptarse en el ámbito interno de las entidades y la “evolución penal” de las mismas en el proceso que se incoe.

En torno a la financiación del terrorismo, la Unión Europea ha fijado dos líneas de actuación: por un lado, el reforzamiento de pautas dirigidas a detectar la circulación de fondos y activos que tengan como receptor final a una organización terrorista; en segundo lugar, el establecimiento de medidas de bloqueo de las fuentes de ingresos de este tipo de organizaciones, y de la delincuencia organizada en general, anulando la capacidad para obtener los fondos necesarios que aseguren el mantenimiento de la actividad.

Mutatis mutandi, algunas de las apreciaciones anteriores pueden ser aplicadas a los supuestos de blanqueo de capitales, ya que esta actividad suele estar vinculada a la delincuencia organizada y al terrorismo. Pero, aún en el caso de que no fuera así, resulta evidente que el uso del sistema financiero para ocultar el origen ilícito de los beneficios económicos vendría a operar como un elemento fundamental para enmascarar unas ganancias obtenidas de forma irregular. Además, la finalidad de prevención se observa en la segunda parte de la actividad delictiva –cuando se intenta blanquear-, esto es, cuando los beneficios del delito se pretenden introducir en el mercado financiero legal.

A través de la sanción penal del blanqueo el legislador lanza una advertencia y es que el delito no resulta rentable, pues no va a ser posible disfrutar de los beneficios obtenidos porque también en ese momento de disfrute y de uso “lícito” de las ganancias actuará el sistema sancionador.

En esta línea, se aprecia una clara conexión entre el blanqueo y el fraude por lo que ha de ponerse en conexión la regulación de la Directiva de 2015 con la reciente Directiva 2017/1371⁶, cuando la actividad delictiva afecte a los intereses financieros de la Unión Europea o vulnere las normas que regulan el sistema común de IVA, provocando, incluso, la modificación de la competencia para la investigación de los hechos⁷.

Como vemos, el legislador camina hacia la armonización legislativa multidisciplinar que, mediante la aproximación de ordenamientos, pretende evitar vacíos jurídicos e interpretaciones contradictorias de la norma que puedan ser aprovechados por la delincuencia para asegurar la impunidad de sus comportamientos. No obstante, el uso de conceptos amplios, que facilitan a los Estados la adaptación de los instrumentos jurídicos a sus propias necesidades, hace muy complicada la cooperación, pues los procedimientos implementados no son exactamente iguales. Por el contrario, la promoción y el establecimiento de procedimientos y controles comunes destinados, en este caso, a fortalecer el sector financiero para hacerlo más seguro, permite prevenir un tipo de delincuencia que puede atacar contra los propios intereses de la Unión. Se hace real, pues, la máxima de que un sistema financiero común y estable es imprescindible para reforzar la Unión, pero, como contrapartida, también es imprescindible un mayor control de las operaciones financieras, sin perder de vista, en palabras del legislador, que la creación de un entorno regulador estable exige proporción entre seguridad y libertad, pues no debe incurrir en costes jurídicos desproporcionados en aquellos que hacen uso legal de los medios financieros.

Dado que el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo revisten una especial importancia, pueden desestabilizar el mercado interior y pueden afectar a la reputación financiera que la Unión refleja hacia el exterior, en la Directiva 2015/849, el legislador establece un conjunto de

⁶ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (DOUE L 198, de 28 de julio de 2017).

⁷ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DOUE L 283, de 31 de octubre de 2017).

medidas que deben ser aplicadas por las entidades que operan en este sector. Efectivamente, este instrumento detalla un conjunto de medidas de control -denominadas medidas de diligencia debidas- que han de aplicar las entidades bancarias y financieras para evitar cualquier operación sospechosa de blanqueo o de financiación del terrorismo, y que constituyen el primer nivel de control frente al delito. Sin embargo, el legislador también reconoce que, dadas las restricciones que se derivan de un elevado nivel de control, es necesario garantizar el equilibrio entre la prevención del uso ilícito de los canales financieros y la protección de la sociedad, pues únicamente de este modo, como hemos indicado, sería posible evitar una descompensación que perjudique de manera desproporcionada a alguno de los sectores implicados.

Pero no se pretende imponer únicamente un control a nivel de entidades financieras y, así, no esconde el legislador su intención de constituir una estructura de prevención global, dividida en diferentes niveles que, a modo de círculos concéntricos, involucran tanto a las entidades obligadas⁸, como a los Estados y a la propia Unión Europea -a través de la Comisión-, en la evaluación del riesgo de determinadas actividades que, por su naturaleza, puedan ser propensas a amparar alguno de los delitos mencionados. Por otro lado, la Directiva no es un elemento aislado, sino que forma parte de un entramado jurídico que, en aras de la protección del espacio interior, encuentra acomodo en la cooperación multilateral⁹.

⁸ El art. 2 del texto establece que la Directiva se aplicará a las entidades de crédito, entidades financieras, profesionales y personas jurídicas que, como notarios o profesionales independientes actúen en nombre de su cliente en cualquier transacción financiera o inmobiliaria o a los proveedores de servicios, a sociedades y fideicomisos, a agentes inmobiliarios, a personas que comercien con bienes cuando los pagos se efectúen en efectivo por importe igual o superior a 10.000 euros y a los proveedores de los juegos de azar, pero los Estados pueden optar por no incluir en este ámbito subjetivo a las personas que realicen actividades financieras ocasionales o muy limitadas, siempre que consideren que existe un escaso riesgo de blanqueo o de financiación. Para que la exclusión sea efectiva, los arts. 3 y ss. de la directiva establece unos requisitos que han de cumplirse en su totalidad.

⁹ Véase las Resoluciones 2199(2015) y 2253(2015) de Naciones Unidas en las que se insta a cortar el acceso a los cauces financieros a las organizaciones terroristas, el Convenio del Consejo de Europa, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, STCE n.º 198 de 2005 (Convenio de Varsovia), ya citados, y las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI) -Estándares internacionales sobre la lucha del lavado de activos y la financiación del terrorismo, 2012-, recuperado de <http://www.fatf-gafi>.

III.- EL SISTEMA DE CONTROL DE RIESGOS

El sistema de control de riesgo implantado a nivel estatal -que valora la seguridad de las operaciones a partir de la experiencia y de la información aportada por los órganos y entidades obligados- permite al legislador nacional actualizar los criterios de prevención para hacer frente a una actividad delictiva -la económico-financiera-, que se caracteriza, precisamente, por su capacidad para sortear los límites impuestos legalmente. En este contexto, también de forma periódica, los Estados deben elaborar un informe que, en calidad de conclusiones, han de elevar a la Comisión y a las AES¹⁰ para que estas, a su vez, actualicen los patrones genéricos de valoración del riesgo que permitirán establecer criterios comunes para el análisis del mismo. Esta información también permite la publicación regular de listados relativos a entidades, grupos y/o países sospechosos, que facilitan a los Estados miembros la fijación de criterios de prevención, y a las entidades financieras, la aprobación de un catálogo interno de actuación que se adapte a las previsiones comunes.

De todos modos, los resultados de la evaluación del riesgo no constituyen premisas o valores cerrados, pues, lógicamente, el legislador debe prever la posibilidad de revertir las decisiones en el caso de que un cambio de circunstancias aconseje modificar la valoración inicial. No perdamos de vista, como ya hemos advertido, que la delincuencia económica y financiera es muy oscilante y que, por lo tanto, las medidas de control y de valoración del riesgo deben adaptarse -incluso adelantarse- a las alteraciones que se pudieran apreciar o presuponer conforme a los patrones elaborados.

Evidentemente, la modificación de los criterios iniciales implicaría tam-

org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf- así como las Cuarenta recomendaciones del GAFI de 20 de junio de 2003 -recuperado de http://www.seplac.es/espanol/informes_y_publicaciones/40recomendaciones.pdf-, las Recomendaciones de MONEYVAL, organismo regional al que pertenecen 13 Estados Miembros UE que realiza evaluación mutuo de las medidas de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo aplicadas en los Estados miembros del Consejo de Europa, recuperado de <https://www.solucionesconfirma.es/observatorio/moneyval-15-anos-de-lucha-contra-el-blanqueo-en-europa/>.

¹⁰ Autoridad Bancaria Europea, a la Autoridad Europea de Supervisión de Seguros y Pensiones de Jubilación y a la Autoridad Europea de Supervisión de Valores de Mercados.

bién un cambio en las obligaciones fijadas para las entidades, en tanto que son los órganos que entran directamente en contacto con la operación delictiva y deben estar continuamente actualizados. Solo de este modo se logrará una acertada relación de fuerzas en la prevención del delito y, con este objeto, la interconexión entre los diferentes niveles de prevención se materializa a través de las obligaciones especificadas en el art. 325 TFUE¹¹ y en las exigencias incorporadas por la Directiva 2015/849 para los Estados, toda vez que éstos deberán adoptar medidas adecuadas para detectar, evaluar, atenuar y prevenir, en cada momento, los riesgos del sector.

En este segundo nivel de control, representado por los ordenamientos nacionales, se deben identificar los sectores que presenten un mayor riesgo, aprobar normas adecuadas para cada uno de ellos y proporcionar a las entidades la información suficiente para que puedan adoptar el protocolo interno de actuación más adecuado. En definitiva, según el art. 8 de la Directiva, los Estados son los responsables últimos de la seguridad del sistema financiero por lo que deberán velar para que las entidades implanten medidas efectivas para la detección y evaluación del riesgo en función del tipo de cliente, actividad, país o zona geográfica de los que proceda la operación o a los que se dirija la actividad e, incluso, de los canales de distribución de las mismas.

En este sentido, el delito no solo se advierte en el uso de los canales tradicionales, pues internet ha pasado a convertirse en un medio casi natural para la delincuencia, ofreciendo las nuevas tecnologías opciones de actuación

¹¹ Art. 325 TFUE. 1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Vid. STJUE, de 8 de septiembre de 2015, As. C-105/14, Taricco y otros con relación a la necesaria efectividad de las sanciones que refiere el art. 325.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.

3. Sin perjuicio de otras disposiciones de los Tratados, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Unión contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre las autoridades competentes.

que deben tenerse en cuenta para la valoración del riesgo¹². Así, el volumen financiero de la ciberdelincuencia no es fácilmente cuantificable, pero se ha demostrado que el producto de estos delitos puede ser blanqueado tanto a través de los medios más tradicionales, como de los más sofisticados del actual tráfico jurídico¹³. Como consecuencia, los Estados han de asegurarse de que las autoridades financieras adopten medidas anticipatorias en la lucha contra las nuevas formas de blanqueo y de la delincuencia económica en general.

Por lo tanto, la primera barrera de control se activa en las entidades bancarias, crediticias y financieras, y en los sectores relacionados con el ámbito financiero, ante la apreciación de actividades sospechosas que se pretenden realizar a través de sus canales, quedando obligadas a impedir la operación o, en su caso, a permitirla con el control necesario, así como a poner en conocimiento de los órganos centrales tanto las circunstancias e indicios advertidos, como las medidas adoptadas.

No es difícil colegir que, ante esta situación, recaen en las entidades financieras unas competencias "cuasi" policiales de control y valoración de la legalidad de las operaciones -realizadas o intentadas- por sus clientes y usuarios pues, como consecuencia del control de riesgo efectuado tienen la obligación de detectar indicios de ilicitud en la operación pretendida, si bien, dicho examen también puede excluir el riesgo de la actividad.

El control se sustenta en la aplicación de un conjunto de normas -*compliance* o *legal compliance*¹⁴- que, al tiempo que facilitan la valoración del riesgo de las operaciones financieras, permiten descartar o atenuar la responsabilidad de la entidad frente a las actividades de sus clientes. Es importante destacar que

¹² El marco de los servicios en línea públicos y privados, los negocios electrónicos y el comercio electrónico en la Unión es el establecido por el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (DOUE L 267, de 28 de agosto de 2014).

¹³ *Criminal money flows on the internet: methods, trends and multi-stakeholder counteraction*, Informe Moneyval de marzo de 2012 -recuperado de <https://rm.coe.int/research-report-criminal-money-flows-on-the-internet-methods-trends-an/168071509->.

¹⁴ Las medidas de *compliance* son las que la Directiva 2015849 denomina diligencia debida en los arts. 10 y ss.

esta actuación resulta fundamental no solo para prevenir la presunta ilicitud, sino que constituye, en su caso, el primer paso hacia la incoación de la investigación penal a través de la denuncia implícita que contienen los informes elaborados por estas entidades cuando ponen de manifiesto el riesgo de una actividad sospechosa ante los órganos administrativos, policiales o penales competentes.

Para alcanzar un alto grado de protección del sistema financiero la Unión es necesario, pues, desarrollar los tres aspectos en los que se basa la Directiva (UE) 2015/849: imponer la tipificación penal de determinados comportamientos¹⁵ a nivel de la Unión -entendiendo como tal la tipificación en los ordenamientos de los Estados miembros-, exigir a las entidades y profesionales obligados la adopción de un protocolo interno de *compliance* y fomentar el intercambio de información, en tanto que la cooperación multilateral resulta esencial para el éxito de la lucha contra la delincuencia que utiliza los canales financieros.

¹⁵ El art. 1 de la Directiva declara en su apartado 1 que la finalidad de la misma es la prevención del sistema financiero de la Unión para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo y en los apartados 2 a 6 determina la tipificación legal de las conductas que, realizadas intencionalmente, se considerarán blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Véanse, igualmente los arts. 1 a 4 de la Directiva 1341/2017, de 5 de julio, el art. 4 b) de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo (DOUE L 88, de 31 de marzo de 2017) y el art. 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal COM (2016) 826 final.

LA ACCIÓN PROCESAL RELATIVA AL ACCESO A LOS DATOS PERSONALES EN LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANA

Enrique César Pérez-Luño Robledo

Profesor de Derecho Procesal (Universidad de Sevilla. España)

I.- LA ACCIÓN PROCESAL RELATIVA AL ACCESO A LOS DATOS PERSONALES EN LA EXPERIENCIA CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANA

La acción procesal que tiende a garantizar a las personas el derecho de acceso a los datos que les conciernen y que han sido registrados en archivos informáticos o bases de datos se conoce como *habeas data*.

La recepción jurídica del *habeas data*, ha tenido un desarrollo especialmente relevante en el constitucionalismo iberoamericano contemporáneo. La recepción en estos países de las normas constitucionales de España y Portugal sobre la defensa de la intimidad frente a la informática, han producido una experiencia normativa específicamente dedicada a la tutela constitucional del *habeas data*. Por la actualidad e interés de estas manifestaciones del Derecho comparado del *habeas data*, así como por no haber sido objeto, todavía de una atención doctrinal en la bibliografía jurídica española, se apuntarán aquí algunas de las manifestaciones básicas de dicha experiencia normativa constitucional.

Así, en la Constitución de Guatemala de 1985, se dispuso: Art. 31. “Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos”.

Dos años más tarde, en 1987, la Constitución de Nicaragua proclamó: Art. 26. “Toda persona tiene derecho: 1. A su vida privada y la de su familia. 2. A la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo. 3. Al respeto de su honra y reputación. 4. A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información”¹.

Un año más tarde, la Constitución del Brasil de 1988 modificará esa tendencia de establecer únicamente un derecho de control sobre los datos o pregonar que la informática no deberá afectar a la intimidad de las personas, y sin establecer los principios relativos al tratamiento de los datos ni reconocer un derecho al control de los mismos, regulará la garantía específica de acceso a los datos personales, utilizando expresamente la terminología de “*habeas data*”. Así, se declara en el Art. 5. LXXII. “Se concederá *habeas data*: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para rectificar datos, cuando no se prefiriera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”. A su vez, en el precitado artículo 5, apartado LXXVII, se prescribe: “Son gratuitas las acciones de *habeas corpus* y *habeas data* en la medida que la ley disponga los actos necesarios para el ejercicio de la ciudadanía. I. Serán de aplicación inmediata las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales. 2. Los derechos y garantías indicados en esta Constitución no excluyen otras que deriven del régimen y principios adoptados por ella o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte”. Además de estas normas, que regulan el núcleo esencial

¹ Sobre la regulación de *habeas data* en las Guatemala y Nicaragua, vid.: PIZZOLO, C., “El *habeas data* en el Derecho constitucional latinoamericano”, en el vol. col. *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001, pp. 65 y ss.

del *habeas data* brasileño, la Constitución brasileña trae otras, reguladoras de aspectos secundarios, relativos a la competencia judicial para el enjuiciamiento de acciones de este tipo.

La Constitución brasileña no traza un dispositivo autónomo que contemple el derecho de conocer y de rectificar datos personales, sino que ese derecho es otorgado en la misma disposición normativa que instituye los instrumentos de su tutela. Con ello se refuerza la naturaleza jurídica de acción procesal del instituto del *habeas data*. La norma constitucional tuvo, por tanto, una finalidad de garantía procesal de la situación jurídica de los afectados por injerencias indebidas en sus datos personales.

Según los comentaristas de este texto, el precepto constitucional tendía a la tutela de los ciudadanos frente a las informaciones manipuladas y ocultas en los archivos de inteligencia gubernamental, por lo general distorsionadas u obtenidas por métodos arbitrarios. El *habeas data* fue incorporado a la Constitución brasileña de 1988 como consecuencia de la proyección de las disposiciones sobre protección de datos personales contenidas en la Constitución de Portugal de 1976, las cuales fueron establecidas, en gran medida, con el fin de permitir el acceso a las informaciones que se encontraban en poder de la arbitraria y violenta policía política, creada por Oliveira Salazar.

De manera similar, en la Policía brasileña y el Servicio Nacional de Informaciones se ocupaban de determinar quiénes eran los opositores al régimen de facto que culminó en 1985, y de perseguirlos. Por ello, con la misma finalidad que motivó la incorporación de la norma portuguesa, y en la inteligencia de facilitar el ingreso a tales archivos y permitir actuar sobre ellos, se consagró el *habeas data*.

Una vez promulgada la norma constitucional, el ya citado artículo 5, apartado LXXII, fue desarrollado por vía reglamentaria diez años más tarde, pero limitándose dicha regulación a los aspectos procesales del *habeas data*, sin tratar conjunta ni separadamente las reglas relativas al tratamiento de los datos personales².

² CRETELLA JUNIOR, J., *Os "writs" na Constituição de 1988*, Forense Universitaria, Río de Janeiro, 1989, pp. 133 y ss.

La Constitución colombiana de 1991 asumió la problemática del *habeas data* e incorporó reglas relativas al tratamiento de datos personales, aunque no siguió el esquema brasileño, estableciendo: Art. 15. “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

El derecho reconocido en el art. 15 fue defendido rápida y reiteradamente a través de la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Constitución, y debido al sistema mixto de control de constitucionalidad imperante en ese país, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de emitir una buena cantidad de fallos sumamente valiosos donde desarrolla muy puntualmente -a falta de una ley especial- los principios que deben respetarse en el tratamiento de datos personales, y denomina al derecho contenido en la norma constitucional expresamente como de “*habeas data*”.

Un año después, la Constitución paraguaya de 1992 incorpora la siguiente previsión: Art. 135. “Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos”.

La norma fue incluida a partir de la propuesta de una comisión formada por investigadores, magistrados y docentes, que tomaron al instituto de la disposición contenida en el art. 31 de la Constitución guatemalteca y de las reglas incorporadas en la Carta brasileña de 1988 y la Constitución colombiana de 1991.

Entre las motivaciones que llevaron a aprobar el texto paraguayo, se tuvieron presente aquellas que impulsaron la creación del *habeas data* en el

LOPES MEIRELLES, H., *Mandado de segurança, ação popular, habeas data*, Malheiros Editores, Sao Paulo, 1991, pp. 153 y ss.

Brasil. Se quiso evitar que las informaciones en poder de la Policía no quedaran fuera de control por parte de las personas concernidas, con la consiguiente tutela judicial de éstas.

Así ocurrió luego, efectivamente, pues tras la vigencia de la norma se interpuso un *habeas data* contra la Policía Nacional -por vía penal- para que ésta le exhibiera a la persona afectada los datos personales que sobre su persona obraban en los registros de aquélla. La magistratura paraguaya aceptó dicha acción de *habeas data* obligando a los responsables de los archivos policiales a permitir el acceso de sus datos personales a la persona concernida ejercitante de la acción procesal de *habeas data*.

Pese a que el propio texto constitucional dispone expresamente que esta garantía, entre otras, deben ser desarrolladas por la ley (art. 131), y a que no han faltado solicitudes para que se dé cumplimiento a tal disposición, lo cierto es que el escaso uso dado hasta el momento ha coadyuvado a que no se haya regulado por norma legal esta garantía del *habeas data*³.

La Constitución peruana de 1993, contribuirá a un tratamiento normativo más adecuado y completo de la institución del *habeas data*, perfeccionando lo previsto en los textos constitucionales de Brasil Colombia y Paraguay. En la normativa constitucional peruana se tipifica el *habeas data* como una acción y define, aparte el contenido del derecho a la protección de los datos personales.

Así, dispone dicha Constitución, en su art. 200 que: "Son garantías constitucionales... 3) La acción de *habeas data*, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el art. 2º de la Constitución". Dicho artículo establece que: ... "5) Toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad

³ En relación con las disposiciones constitucionales de Colombia y Paraguay reguladoras del *habeas data*, cfr. PUCCINELLI, O. R., "El *habeas data* en las Constituciones indoamericanas. Marco constitucional, jurisprudencial y legislación argentina", en el vol. col. *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001, pp. 93 y ss.

pública, en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. 6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar. 7) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias...”.

Esta reglamentación constitucional puede considerarse como novedosa y acertada, en especial, porque incluye al *habeas data*, cuya misión es la de acceder a información pública, por parte de las personas cuyos datos personales se hallan archivados en ficheros administrativos. Un sector de la doctrina, no obstante, criticó dicha disposición por su excesiva amplitud. A las críticas de la doctrina se le sumó las de los medios de comunicación, que entendían coartada su libertad de expresión por una garantía excesiva y casi exorbitante del derecho al honor y a la intimidad, en detrimento de la libertad informativa.

Las presiones fueron tales que el propio legislador constitucional autor de la norma fue quien propició la reforma de la Constitución en este aspecto. Como lo indica Francisco Eguiguren Praeli, esas críticas provocaron la reforma constitucional operada por la ley 26.470 y promovida por el partido mayoritario parlamentario. Tras dicha reforma constitucional, se suprimió la posibilidad de recurrir al *habeas data* como acción procesal para la rectificación de informaciones de los medios de comunicación. No obstante, dicha institución se mantuvo como derecho de acceso a los datos personales contenidos en archivos informáticos públicos, por parte de las personas concernidas⁴.

Quedó así estructurado el *habeas data* como acción procesal para acceder a los datos personales y como vía para controlar la información pública,

⁴ EGUIGUREN PRAELI, F., “El *habeas data* y su desarrollo en el Perú”, ponencia presentada en el *Seminario Internacional sobre la Acción de Habeas data*, organizado por la Universidad de Talca, Chile, entre el 9 y 11 de abril de 1997, Publicada en *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 1997, n. 51, pp. 308 y ss.

ORTECHO VILLENA, V. J., *Jurisdicción y Procesos constitucionales. Habeas Corpus y Amparo. Habeas data, Acción popular. Acción de Cumplimiento. Inconstitucionalidad*, Editorial Rhodas, Lima, 2003, pp. 179 y ss.

dicha regulación constitucional, resulta de indiscutible utilidad para la defensa de los derechos fundamentales, en especial de la intimidad, frente a los principales tipos de injerencia y abusos perpetrados por una indebida utilización de los sistemas informáticos públicos.

La regulación constitucional peruana influyó en los subsiguientes textos constitucionales promulgados en Iberoamérica, a partir de entonces.

A poco de dictada la Constitución peruana, y en medio de los debates doctrinales y políticos que sobre ella tuvieron lugar, en 1994 se produce la reforma constitucional argentina y el *habeas data* fue incluido, aunque sin ser rotulado así, como acción y como subtipo de amparo en el art. 43, tercer párrafo, de la nueva Constitución de la República de Argentina.

El mencionado art. 43 de la Ley Superior Argentina prescribe: "... Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

La norma ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial, con fallos en especial los resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que le han otorgado una amplitud al instituto y lo han llevado a exceder considerablemente los contornos establecidos en el art. 43 constitucional. Inclusive, ha sido objeto de permanente debate en el Congreso nacional, donde varios proyectos han sido tratados, y de los dos que obtuvieron sanción por el Congreso, el primero fue objeto de veto total presidencial, y el segundo, sancionado el 4 de octubre de 2000 se convirtió en ley, aunque sufrió un veto parcial en aspectos que no afectan a la dimensión procesal del *habeas data*⁵.

⁵ Cfr.: FLORES DAPKEVICIUS, R., *Amparo habeas corpus y habeas data*, Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 130 y ss.

PALAZZI, P. A., "EL *habeas data* en el Derecho constitucional argentino", en el vol., col., *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, a cargo de GOZAINI, O. A., EDIAR, Buenos Aires, 2001, pp. 25 y ss.

En 1997, La República del Ecuador reformó su Constitución. Entre los aspectos innovadores de dicha reforma, destaca la disposición constitucional que establece en el artículo 30, la regulación del *habeas data* en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en entidades públicas o privadas, así como conocer el uso que se haga de ellos y su finalidad”. “Igualmente, podrá solicitar ante el funcionario o juez competente la actualización, rectificación, eliminación o anulación de aquéllos si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos”. “Se exceptúan los documentos reservados por razones de seguridad nacional”.

Esta norma constitucional fue objeto de un desarrollo reglamentario por la Ley del Control Constitucional que data también de 1997, donde entre los arts. 34 y 45 crea un capítulo específico titulado “Del *habeas data*”.

Un año después, en 1998, se sucede una nueva reforma constitucional y se regula el *habeas data* en los siguientes términos: art. 94. “Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional”.

La norma ha tenido hasta el momento escaso uso, atento a ser reciente y a la carencia de antecedentes jurisprudenciales que provocaran un desarrollo específico.

En 1999, la ahora “República Bolivariana de Venezuela” reforma su Constitución, e inserta las siguientes previsiones: art. 27. “Todos tienen derecho a ser amparados por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y

garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.

“El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto”.

A su vez, se proclama en el art. 28 que: “Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

Se alude también a la institución del *habeas data*, cuando se regulan las atribuciones del Defensor del Pueblo. Así, el art. 281 prescribe: “Son atribuciones del Defensor del Pueblo... 3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley”.

Esta norma tiene a su favor algunos aspectos que deben considerarse acertados en la reglamentación del *habeas data*. En primer término, el de ampliar la acción de *habeas data* a la información de datos personales contenidos en ficheros informatizados privados, no restringiéndola a los de titularidad pública. Es sabido que la agresión a la intimidad, perpetrada desde soportes informáticos, no es privativa del sector público, sino que puede partir de personas o entidades privadas, sin que sus efectos sean menos

lesivos para la garantía de los datos personales, que aquellas que parten de abusos administrativos. En segundo lugar, el de extender la garantía de confidencialidad de la fuente de la información a otras profesiones distintas del periodismo, y, en tercer lugar, que constituye una novedad distintiva, el reconocimiento de la facultad del Defensor del Pueblo de interponer la acción de *habeas data*.

Además de los países mencionados, otros países latinoamericanos que no cuentan con el diseño de una garantía específica en el plano constitucional, como Costa Rica, Chile y México han promulgado leyes relativas al tratamiento de datos personales.

Un ejemplo es la Ley Federal de protección de datos en posesión de particulares de México que data del año 2010. Dicha Ley prescribe en su artículo 22: “Cualquier titular, o en su caso su representante legal, podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición previstos en la presente Ley. El ejercicio de cualquiera de ellos no es requisito previo ni impide el ejercicio de otro. Los datos personales deben ser resguardados de tal manera que permitan el ejercicio sin dilación de estos derechos”. Asimismo, el artículo 23 proclama que: “Los titulares tienen derecho a acceder a sus datos personales que obren en poder del responsable, así como conocer el Aviso de Privacidad al que está sujeto el tratamiento”⁶.

II.- CONCLUSIÓN

Como balance de síntesis de la exposición hasta aquí realizada, se puede afirmar que la recepción del *habeas data* en el constitucionalismo latinoamericano constituye el marco más amplio y relevante en la recepción de esta categoría jurídica en el Derecho constitucional comparado. Ello se debe, en gran medida, a las reformas de los textos constitucionales y a los periodos constituyentes iniciados en Iberoamérica tras el derrocamiento de las dictaduras militares y la consiguiente instauración de Estados de Derecho. Por

⁶ Este texto ha sido editado en la Sección de Documentos de la: *Revista Española de Protección de Datos*, 2009, n.6 (publicado en 2010), pp. 241 y ss.

este motivo, estas nuevas Constituciones han prestado especial atención a la garantía de los derechos fundamentales, así como a elaborar un sistema de derechos y libertades acorde con las nuevas exigencias de la sociedad actual que, es la sociedad de las NT y las TIC. Por todo ello, la acción procesal del *habeas data*, como instituto característico de los derechos de la tercera generación, ha tenido cumplida y detallada reglamentación en los renovados textos constitucionales de las Repúblicas latinoamericanas.

EL ROL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES EN LOS PROCESOS DE JUSTICIA TRANSICIONAL EN ARGENTINA Y ESPAÑA: MIRADAS DESDE EL DERECHO DE LAS RELACIONES EXTERIORES Y EL DERECHO INTERNACIONAL COMPARADO

Ignacio G. Perotti Pincirolí¹

Candidato a Doctor en Derecho Internacional Público
(Universidad Autónoma de Madrid).

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II.- JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y POST-TRANSICIÓN EN ARGENTINA: 1. Dictadura argentina y justicia transicional: primera etapa; 2. De la impunidad al surgimiento de una justicia post-transicional; 3. El papel de la Corte Suprema argentina durante el proceso de justicia post-transición; 4. El fallo Simón como hito jurisprudencial de esta etapa. III.- EL PROCESO DE TRANSICIÓN EN ESPAÑA: 1. La dictadura franquista y el acuerdo político de no-justicia; 2. Medidas de reparación y discusiones judiciales tardías; 3. El Tribunal Supremo español cierra la discusión (y todos obedecen). IV.- CONCLUSIONES.

¹ Becario de Investigación, Tribunal Constitucional de España. Abogado y Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales (Universidad Nacional de Cuyo, Argentina). Magíster en Investigación Jurídica (Universidad Autónoma de Madrid). Ex secretario de Lesa Humanidad, Tribunal Oral Criminal Federal nº 2 de Mendoza (Argentina). Correo electrónico: ignacio.perotti.pincirolí@gmail.com.

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende realizar un ejercicio comparativo entre los procesos de justicia transicional y post-transicional llevados a cabo en Argentina y en España luego de las dictaduras que tuvieron lugar en estos países. En particular, el análisis se enfoca en el papel que tuvieron los tribunales superiores de cada Estado -la Corte Suprema de Justicia de Argentina y el Tribunal Supremo español- en la aplicación del Derecho internacional, al momento de decidir sobre la procedencia de los procesos penales por los crímenes cometidos durante aquellos períodos. Si bien mucho se ha escrito al respecto, lo que aquí propongo es apelar a las nuevas perspectivas que se han desarrollado en forma reciente en el seno de dos disciplinas jurídicas. Por un lado, el Derecho de las relaciones exteriores (DRE), que pretende un análisis crítico acerca del conjunto de las normas internas, las prácticas y las decisiones de los tribunales domésticos respecto de la aplicación del derecho internacional hacia el interior de cada Estado². Por otro lado, el Derecho internacional comparado (DIC), disciplina que se propone identificar, analizar y explicar las semejanzas y diferencias en la forma en que los distintos Estados interpretan, aplican y se aproximan al derecho internacional³. Proyectos recientes han mostrado, además, la utilidad de estudiar comparativamente las peculiaridades de cada sistema jurídico nacional y regional⁴.

Con ese marco teórico, el apartado que sigue aborda el proceso de justicia de transición desarrollado en Argentina una vez terminada la dictadura

² Si bien en Estados Unidos y Reino Unido el Derecho de las relaciones exteriores se ha afianzado como un campo de estudio bien definido, independiente del Derecho constitucional y del Derecho internacional, no ocurre lo mismo en la mayoría de los países de Europa y América Latina, donde su contenido se aborda desde otros campos del Derecho. En España, estudios recientes han sugerido por primera vez la existencia de un Derecho español de las relaciones exteriores, circunstancia puesta de manifiesto en aspectos como los textos académicos, la legislación española o las decisiones judiciales en cuestiones internacionales. Ver ESPÓSITO, Carlos. *Spanish Foreign Relations Law and the Process for Making Treaties and Other International Agreements* En BRADLEY, Curtis (Coord.). *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2019, pp. 205-220.

³ ROBERTS, A./STEPHAN, P./VERDIER, P./HUGUES, M. *Comparative International Law: Framing the Field*. En *American Journal of International Law*, 2015, Vol. 109 (3), p. 469.

⁴ BRADLEY, Curtis A. *What is Foreign Relations Law?* En BRADLEY, C. A. (Coord.). *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, op. cit., pp. 3-20.

cívico-militar en 1983. Se explica el contexto histórico y las medidas legislativas y judiciales adoptadas, haciendo especial hincapié en la manera en que la Corte Suprema aplicó el Derecho internacional. En el tercer apartado se analiza la transición española, con un examen de idénticas cuestiones. En ambos casos se examina con particular detalle -con la extensión que las características de este artículo permiten- la fundamentación que utilizaron los tribunales superiores en los precedentes más relevantes respecto del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad. Por último, se ofrecen algunas conclusiones.

II.- JUSTICIA DE TRANSICIÓN Y POST-TRANSICIÓN EN ARGENTINA

1. Dictadura argentina y justicia transicional: primera etapa

Entre 1975 y 1983 la República Argentina padeció la instalación del Terrorismo de Estado y la puesta en marcha del plan criminal más sangriento jamás pergeñado en el país. Las cúpulas militares -con auxilio imprescindible de sectores del Poder Judicial, de la Iglesia Católica, del empresariado y de otros actores extranjeros- implementaron secuestros, torturas, violaciones, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales en forma sistemática y generalizada. Cifras oficiales del Estado estiman que más de diez mil personas resultaron víctimas de homicidios y desapariciones forzadas -aunque las cifras de los organismos de derechos humanos triplican ese número⁵- mientras que decenas de miles de sobrevivientes debieron soportar horriblos padecimientos.

Hacia 1983, y en un escenario nacional en que la dictadura se encontraba sumamente debilitada por una profunda crisis económica y social -sobre todo luego de las funestas consecuencias de la Guerra de Malvinas-, se convocó a elecciones democráticas. El candidato del Partido Radical, Raúl

⁵ El informe *Nunca más* de la CONADEP (1984) determinó que el número de desaparecidos había sido aproximadamente de 5.600, aunque aclarando que esa cifra podía elevarse con el correr de los años como consecuencia de nuevas denuncias o investigaciones. En la actualidad no existen estadísticas oficiales precisas sobre esa cantidad, aunque, luego del avance de las investigaciones, las cifras se ubican en un número mucho mayor.

Alfonsín, se impuso sobre el candidato de la oposición y resultó electo Presidente, reestableciéndose las instituciones democráticas y republicanas. Este proceso iniciado a partir del nuevo gobierno marca la primera etapa de la transición argentina⁶. Como primera medida, se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), integrada por personalidades del mundo de la ciencia, de la cultura, del periodismo y también de la política⁷. Su misión fue recabar los testimonios de los sobrevivientes y reunirlos en un documento que diera cuenta detallada de los crímenes. El informe que la CONADEP redactó luego de esa ardua tarea -entregado al Presidente en septiembre de 1984- se tituló *Nunca más*.

Otro de los hitos de este período fue el proceso penal que la Justicia llevó adelante contra los jefes del Ejército, la Fuerza Aérea y la Marina⁸. El *juicio a las juntas militares* -como se lo conoce comúnmente- se inició ante la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal de Buenos Aires a principios de 1985, extendiéndose por ocho meses. Durante este proceso, cientos de víctimas dieron su testimonio sobre los crímenes, a la vez que se analizaron incontables documentos y se ventilaron numerosas cuestiones jurídicas en materia y internacional. Finalmente, el Tribunal condenó a cinco jefes militares a distintas penas de prisión efectiva, declarando que en Argentina se había implementado un plan de secuestros, torturas y exterminio y calificando los hechos mediante los tipos penales vigentes en la época.

Hacia finales de 1986, la Corte Suprema dio tratamiento a la apelación de los condenados y mediante una resolución de diciembre de ese año confirmó, en lo esencial, la sentencia dictada por la Cámara⁹. La sentencia de

⁶ CENTRO DE ESTUDIO LEGALES Y SOCIALES (CELS). *La trayectoria de la cuestión civil en el proceso de justicia argentino*. En *Derechos Humanos en Argentina – Informe 2015*, Siglo Veintiuno Editores, año 2015, p. 109 y ss.

⁷ NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, año 2015, p. 144.

⁸ Si bien en un primer momento, el Ejecutivo Nacional impulsó que la justicia militar, encabezada por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, se encargara del juzgamiento de los crímenes -con un control de alzada por parte de la Cámara Federal de Apelaciones- fue ésta la que finalmente asumió el control del proceso ante la negativa de aquel órgano militar de iniciarlo. Ver NINO, *op. cit.*, pp. 150-151.

⁹ CSJN, fallos 309:1689, causa n° 13/84, sentencia del 30 de diciembre de 1986, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/>

la Corte rechazó todos los argumentos esgrimidos por los acusados contra la condena, quienes pretendieron excusar su accionar apelando a principios como la irretroactividad de la ley penal, el juez natural, el principio de legalidad y el estado de necesidad, además de intentar ampararse en la obediencia debida¹⁰. Si bien la CSJN no recurrió al Derecho internacional para fundar su decisión, constituyó un precedente muy importante en la transición argentina, pues significó su ratificación de la trascendencia institucional de juzgar dichos crímenes.

2. De la impunidad al surgimiento de una justicia post-transicional

Luego de una serie de presiones de los militares y ante la debilidad del nuevo gobierno democrático -que además enfrentaba una grave crisis económica y social, derivada de la situación heredada- el Ejecutivo decidió impulsar la aprobación de una serie de leyes para restringir el alcance de los procesos penales. Así, la sanción por parte del Congreso Nacional de las denominadas leyes de punto final y obediencia debida significó, a partir de 1989, la imposibilidad de la Justicia para avanzar en las investigaciones iniciadas¹¹. El camino de la impunidad quedó finalmente sellado con una serie de indultos dictados por el presidente Menem, entre 1989 y 1990¹². Las leyes de amnistía y los indultos cerraron este primer capítulo de la restauración democrática argentina. Durante más de una década, los procesos judiciales por los crímenes de lesa humanidad quedaron virtualmente paralizados¹³, con excepción de las causas en que se investigaba

¹⁰ Si bien la Corte confirmó las condenas, modificó algunas cuestiones relativas como el grado de intervención delictiva -de autoría mediata a participación criminal primaria- y la graduación de ciertas penas de prisión.

¹¹ Ley 23.492 -de punto final-, de 23 de diciembre de 1986; Ley 23.521 -de obediencia debida-, de 4 de junio de 1987. Disponibles en <https://www.boletinoficial.gob.ar/>

¹² Decretos PEN 1002/89 y 1005/89, de 7 de octubre; y 2741/90, 2745/90 y 2746/90, de 29 de diciembre. Disponibles en <https://www.boletinoficial.gob.ar/>

¹³ Durante ese período, algunos tribunales llevaron adelante los denominados *juicios de la verdad*, procesos judiciales ante tribunales penales, pero sin posibilidad de impulsar la responsabilidad criminal de imputado alguno. Esta forma de “investigar” los delitos ocurridos durante la dictadura fue muy criticada por la doctrina penalista. Al respecto, se puede consultar la fuerte crítica que hace Daniel PASTOR en *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, año 2009, p. 25 y ss.

la sustracción de niños y niñas, delitos que habían sido exceptuados de esas normas.

Sin embargo, a fines de la década de los noventa, la confluencia de varios factores reavivó la discusión sobre la posibilidad de reiniciar los procesos judiciales. Por un lado, durante aquel período diversos sectores políticos y sociales no habían cesado en su reclamo de justicia, sobre todo organizaciones de derechos humanos como Abuelas de Plaza de Mayo, Madres de Plaza de Mayo y el CELS. Entre los factores internos que contribuyeron a ese despertar progresivo de la justicia, GIL LAVEDRA ubica hitos como los juicios de la verdad, las excavaciones e identificación de restos de desaparecidos -realizadas por el Equipo Argentino de Antropología Forense con el aval de la justicia-, las sentencias de la Corte Suprema como los casos Aguiar de Lapacó y Arteaga -donde señaló que existía un derecho a obtener información sobre lo ocurrido pero por una vía judicial distinta a la penal- y la derogación que en 1998 hizo el Congreso de la Nación de las leyes de punto final y obediencia debida, aun cuando dicho acto careció de efectos retroactivos¹⁴. En el ámbito exterior, la condena impuesta por la Audiencia Nacional de España al ex miembro de la Armada Argentina Adolfo Scilingo -al igual que sus declaraciones sobre los crímenes de la dictadura- catapultaron una serie de peticiones judiciales en los tribunales argentinos con el fin de reabrir los juicios¹⁵.

Ahora bien, el inicio de este segundo capítulo del proceso de justicia de Argentina -que podría denominarse *post-transicional*, por su distancia cronológica con la primera etapa- puede situarse en 2001, momento de ruptura con la situación anterior. Ese año, el juez federal de instrucción Gabriel Cavallo declaró la nulidad e inconstitucionalidad de las leyes de amnistía y de los indultos, recurriendo a argumentos de Derecho internacional, más precisamente a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, con fundamentos basados además en tratados internacionales de derechos

¹⁴ GIL LAVEDRA, Ricardo. *Justicia Transicional en Argentina*. En ALMQVIST, Jéssica/ESPÓSITO, Carlos (Coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, año 2009, pp. 60-61.

¹⁵ *Ibidem*, p. 60.

humanos¹⁶. En el terreno político, a partir de 2003 el nuevo gobierno de Néstor Kirchner también contribuyó a este impulso, en tanto se implementaron numerosas políticas que facilitaron que las investigaciones penales se reanudaran. Ese mismo año, el Congreso de la Nación sancionó las leyes 25.778 -que otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad- y 25.779¹⁷, que declaró insanablemente nulas las leyes de punto final y obediencia debida. La sanción de ambas leyes fue una clara señal del Parlamento sobre la importancia de que las investigaciones continuaran su curso.

3. El papel de la Corte Suprema argentina durante el proceso de justicia post-transición

Las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes de amnistía y de los indultos que resolvieron diversos jueces inferiores -gracias al control de constitucionalidad difuso argentino- generaron que, hacia fines de 2003, se reabrieran algunos de los procesos penales. Sin embargo, la Corte Suprema todavía no se pronunciaba sobre cuestiones que podían definir el futuro de esas investigaciones, en especial si los crímenes podían calificarse como de lesa humanidad y, en consecuencia, si eran imprescriptibles¹⁸. En 2004, la CSJN dictó el primer pronunciamiento con relevancia en la materia, “en el caso Arancibia Clavel”, respecto de un ex agente de la Dirección Nacional de Inteligencia de Chile (DINA)¹⁹. Allí, el Tribunal declaró que la participación

¹⁶ La resolución -impulsada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la organización de derechos humanos más importante de Argentina- citaba a prestar declaración indagatoria a varios imputados amparados por las leyes de amnistía, en el expediente por la desaparición forzada del matrimonio de José Poblete y Gertrudis Hlaczik. Ver CELS, *Las leyes de Punto Final y Obediencia Debida son Inconstitucionales*, disponible en https://www.cels.org.ar/common/documentos/sintesis_fallo_csjn_caso_poblete.pdf

¹⁷ Ley 25.779, de 21 de agosto de 2003, publicada en el B.O. el 3 de septiembre de 2003, disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/>

¹⁸ Un análisis detallado acerca de la cuestión de la imprescriptibilidad puede verse en Laura ÍÑIGO ÁLVAREZ, *La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad a la luz de la jurisprudencia de los tribunales de Chile, Argentina y España*, capítulo que forma parte de esta misma obra.

¹⁹ Arancibia Clavel había sido imputado como miembro de la DINA por el homicidio de Santiago Prats y Sofía Cuthbert en territorio argentino, así como participación en la tortura y homicidio de oponentes políticos. El Tribunal que lo juzgó en la Argentina lo había condenado a la pena de reclusión perpetua.

en una asociación ilícita para cometer delitos de lesa humanidad, entre 1974 y 1978, constituía en sí mismo un crimen contra la humanidad y, por tanto, imprescriptible, descartando además una posible vulneración al principio de irretroactividad de la ley penal²⁰.

La fundamentación de la mayoría se asentó principalmente en argumentos de Derecho internacional, y recurrió a diversos tratados internacionales, como la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Entre las cuestiones debatidas, una de las más importantes giró en torno al Derecho internacional consuetudinario, en particular si al momento de los hechos existía ya un consenso de los Estados acerca de la imprescriptibilidad de cierta categoría de crímenes y en qué medida ello resultaba vinculante para el Estado argentino. La Corte avaló la vinculación del ordenamiento constitucional argentino a la costumbre y declaró que “la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención [sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, por lo que], también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la convención al derecho interno”²¹.

4. El fallo Simón como hito jurisprudencial de esta etapa

Si bien el caso Arancibia Clavel permitió vislumbrar que se abría una nueva etapa en la jurisprudencia del Supremo sobre los crímenes de lesa humanidad, la Corte aún no definía sobre la constitucionalidad de su juzgamiento penal. Fue recién con la sentencia del caso Simón, dictada a mediados de 2005, que el Tribunal zanjó las discusiones jurídicas sobre la posibilidad de

²⁰ CSJN, causa *Arancibia Clavel, E. L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*, sentencia del 24 de agosto de 2004, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/>. Si bien los hechos del caso no estaban vinculados directamente con los crímenes de la dictadura argentina, la Corte tuvo aquí una primera aproximación a la cuestión de la criminalidad masiva estatal, que le permitió dar un primer esbozo de su nueva jurisprudencia.

²¹ *Ibidem*, considerando 29.

reanudar las investigaciones penales²². Allí declaró la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía y ratificó la plena validez constitucional de la ley 25.779, que había dispuesto la nulidad de esas normas. Asimismo, para fijar una sólida jurisprudencia en la materia que fuera seguida por los tribunales inferiores²³, declaró nulas tales leyes “(...) y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo (...) por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina”²⁴.

Los fundamentos jurídicos más importantes de la sentencia se pueden agrupar en tres ejes: los desarrollos del Derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de amnistías y la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad. En primer lugar, el Tribunal destacó que, desde la sanción de las leyes de amnistía, el Derecho internacional de los derechos humanos había tenido enormes avances, circunstancia que impedía que el Estado -bajo el pretexto de la paz social o la armonía sociopolítica- vedara el acceso a la justicia de las víctimas²⁵. Por otra parte, el Tribunal remarcó que la reforma constitucional de 1994 -que a través del art. 75 inc. 22 dotó de rango constitucional a ciertos tratados de derechos humanos- impuso una serie de deberes internacionales que resultaban incompatibles con el dictado de amnistías generales, por estar en pugna con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶.

²² El expediente había llegado a la Corte a raíz de la resolución del juez Cavallo -que había declarado la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes de amnistía-, y que luego ratificó la Cámara de Apelaciones, decisión que a su vez fue recurrida por los imputados ante el Máximo Tribunal. En la sentencia de la Cámara, se había dejado sentado que “en el contexto actual de nuestro derecho interno la invalidación y declaración de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 no constituye una alternativa. Es una obligación”. Ver CELS, *op. cit.*, p. 3.

²³ En tanto el control de constitucionalidad en Argentina no es concentrado sino difuso, las sentencias de la Corte Suprema no surten efectos constitucionales generales sino solo para el caso concreto, siendo su aplicación por parte del resto de los tribunales una cuestión limitada al “valor moral” de su jurisprudencia y a la economía procesal.

²⁴ CSJN, causa *Simón, Julio Héctor y otros*, fallos 328:2056, sentencia del 14 de junio de 2005, p. 32, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/>

²⁵ *Ibidem*, p. 14.

²⁶ *Ibidem*, p. 15.

En segundo lugar, la Corte Suprema señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana -al igual que los informes de la Comisión Interamericana²⁷- habían impuesto no solo un deber general de respeto de los derechos humanos sino fundamentalmente un deber de garantía, que se traducía en las obligaciones estatales de prevención, investigación, sanción y eventual reparación de cualquier violación a la Convención. En particular, señaló que “las derivaciones concretas de dicho deber se han ido determinando en forma paulatina a lo largo del desarrollo de la evolución jurisprudencial del tribunal internacional mencionado, hasta llegar, en el momento actual, a una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos”²⁸.

Así, el argumento central del caso Simón fue que el Estado argentino estaba obligado a acatar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la invalidez de las amnistías en materia de crímenes de lesa humanidad, haciendo expresa referencia al caso Barrios Altos²⁹. Allí, el tribunal interamericano había declarado la responsabilidad internacional de Perú por la aplicación de las leyes de amnistía, que entendió inadmisibles en tanto impedían la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves a los derechos humanos como torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas³⁰. La Corte argentina tomó esa jurisprudencia e indicó que las amnistías solo conducían a la indefensión de las víctimas y a perpetuar una

²⁷ La sentencia también refiere a las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana en su informe 28/92, donde la CIDH refirió que las leyes de amnistía y los indultos resultaban violatorios de los derechos garantizados por la Convención y también de las previsiones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En este sentido -señala la Corte- la CIDH “(...) recomendó al gobierno argentino la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar”. Ver CSJN, caso *Simón*, *op. cit.*, p. 18.

²⁸ *Ibidem*, p. 17.

²⁹ Resulta interesante destacar que la entonces composición de la Corte Suprema argentina avaló durante varios años la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH, aun cuando las sentencias no se refirieran al Estado argentino. Sin embargo, con una nueva integración, luego modificó esa posición en la sentencia del caso *Fontevecchia* (2017).

³⁰ CORTE IDH, caso *Chumbipuma Aguirre -Barrios Altos- vs. Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>

situación de impunidad, en contradicción con la propia Convención Americana. Concretamente, señaló que las leyes de punto final y de obediencia debida “presentan los mismos vicios que llevaron a la Corte Interamericana a rechazar las leyes peruanas de autoamnistía”. Concluyó que esas leyes “obstaculizan el esclarecimiento y la efectiva sanción de actos contrarios a los derechos reconocidos en los tratados mencionados, impiden el cumplimiento del deber de garantía a que se ha comprometido el Estado argentino, y resultan inadmisibles”³¹. A partir de aquí, los tribunales inferiores acataron la posición del Alto Tribunal, provocando la reapertura de las investigaciones archivadas y el comienzo de numerosos procesos nuevos. Las estadísticas oficiales señalan que, hacia marzo de 2019, alrededor de 900 personas han sido condenadas, mientras que más de tres mil han sido investigadas en cientos de causas a lo largo del país³².

Esta nueva etapa de justicia post-transicional fue posible en mayor medida por la gran apertura al Derecho internacional que demostró el sistema constitucional argentino, que según entiendo obedece fundamentalmente a tres razones. En primer lugar, una interpretación favorable de los tribunales -y en especial de la Corte Suprema- a la aplicación directa del derecho internacional en la esfera doméstica³³. La influencia del pensamiento de ciertos autores de Derecho constitucional, que mantenían una postura receptiva del Derecho internacional, también contribuyó a que los tribunales adoptaran tal postura³⁴. En segundo lugar, la reforma de la Constitución que incorporó en 1994 el denominado bloque de constitucionalidad, puso a diversos tratados internacionales de derechos humanos al mismo nivel

³¹ CSJN, caso *Simón*, *op. cit.*, pp. 23-24.

³² PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN, *Informe estadístico sobre el avance de los procesos por crímenes de lesa humanidad en Argentina al mes de marzo de 2019*, disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2019/03/Lesa-Infografia.pdf> [fecha de última consulta: 16 de septiembre de 2019].

³³ En 1992, la CSJN ya había dictado una sentencia en este sentido en el *caso Ekmedjian c. Sofovich*, declarando que el derecho de réplica establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos era directamente aplicable en el ordenamiento interno, sin necesidad de ninguna ley que lo reglamentase. Ver fallo 315:1492, sentencia de 7 de julio de 1992, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/>

³⁴ BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, EDIAR, Buenos Aires, año 1979, p. 69.

jerárquico que la Carta Magna, permitiendo así una aplicación más efectiva de tales instrumentos³⁵. Por último, como factor externo se sumó la enorme fuerza expansiva que las sentencias de la Corte IDH han logrado en América Latina, en especial en su jurisprudencia en materia de criminalidad masiva estatal³⁶.

Desde los desarrollos recientes del Derecho de las relaciones exteriores, este modelo *aperturista* del derecho doméstico al Derecho internacional se puede definir -siguiendo a MCLACHLAN- como marcadamente *internacionalista*, es decir, caracterizado por la adopción por parte del Estado de ciertas reglas y procedimientos que permiten una aplicación directa del Derecho internacional en el ámbito interno³⁷. Al modelo argentino de justicia transicional se han opuesto otros absolutamente distintos, como el modelo español, donde la recepción del Derecho internacional en materia de criminalidad masiva estatal ha tenido un recorrido bastante sinuoso.

III.- EL PROCESO DE TRANSICIÓN EN ESPAÑA

1. La dictadura franquista y el acuerdo político de no-justicia

Entre 1936 y 1939, España sufrió las devastadoras consecuencias de una cruenta guerra civil. El final de ese enfrentamiento marcó el triunfo del bando sublevado sobre el republicano, dando comienzo a una brutal y larga dictadura que perduró hasta la muerte del dictador Francisco Franco, en noviembre de 1975. El saldo de este período fue por demás devastador: además de la profunda crisis económica, política e institucional, estimaciones de la violencia de la guerra civil y del franquismo sitúan en una cifra de entre 500.000 y un millón de personas asesinadas -50.000

³⁵ Aspecto destacado también por URUEÑA, René. *Domestic Application of International Law in Latin America*. En BRADLEY, Curtis (Coord.). *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2019, p. 568.

³⁶ Al respecto, ver URUEÑA, René, *op. cit.*, p. 572 y ss.

³⁷ MCLACHLAN, Campbell. *Five Conceptions of the Function of Foreign Relations Law*. En BRADLEY, Curtis (Coord.). *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2019, p. 24.

de ellas luego de la guerra-, cientos de miles secuestradas, desaparecidas o ejecutadas³⁸.

El proceso de transición hacia la democracia consistió en una transacción entre las diversas fuerzas políticas de la época, incluidas las franquistas y afines. Señala GIL GIL que “muerto el dictador, la transición a la democracia se realiza sobre un pacto de silencio y olvido sustentado por el miedo a una nueva guerra civil”³⁹. El resultado fue la sanción de una nueva Constitución -que a partir de 1978 instaló una Monarquía parlamentaria- y la promulgación de una amplísima ley de amnistía⁴⁰, que significó sepultar completamente la posibilidad de investigar los crímenes cometidos y la implementación de cualquier medida adecuada de reparación. ELSTER, se refiere al caso español señalando que se adoptó una decisión deliberada y consensuada de evitar la justicia transicional. Ello significó la aprobación de “un punto final para evitar el procesamiento de los miembros del régimen saliente”, además de la imposibilidad de cualquier tipo de investigación -incluso la formación de comisiones de la verdad- sobre lo ocurrido durante el período anterior. Concluye que, más allá de que otras sociedades hayan tomado el caso de la transición española como modelo -con matices, Hungría y Polonia, por

³⁸ AGUILAR, Paloma. *Jueces, represión y justicia transicional en España, Chile y Argentina. La justicia transicional en perspectiva histórica*. En *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 71 nº 2, 2013, p. 285. También CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *Transición española y justicia transicional: ¿qué papel juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición?*, *Revista Interdisciplinar*, año 2008, p. 348. Sin embargo, otras fuentes difieren de la cantidad de víctimas. Sostiene GIL GIL que, si bien el “Informe Brincat” para la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa habla de entre medio y un millón de personas, esa cifra sería una especie de mito que ya ha sido descartado por los historiadores. Ver GIL GIL, Alicia. *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, Atelier, Barcelona, año 2009, p. 26, nota 29.

³⁹ GIL GIL, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁰ Ley 46/1977, de 15 de octubre. El art. 1 dispone: “1. Quedan amnistiados: a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis. b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España. c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas (...). La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior”. Disponible en <https://www.boe.es/>

ejemplo-, “en los hechos esta decisión consensuada de ignorar el pasado no tuvo imitadores directos”⁴¹.

La transición de España responde a un modelo de *olvido absoluto* del pasado, con la adopción tardía de algunas medidas de reparación, aunque de forma muy limitada. TAMARIT lo califica también como de *renuncia* a la justicia penal, definido por una decisión de olvidar el pasado, seguida de algunas medidas de reparación parcial y la ausencia completa de procesos penales⁴². En este sentido, señala que la transición se caracterizó por dos conceptos que desempeñaron un papel fundamental: olvido y reconciliación. Así, “los elementos de un proceso de reconciliación en el sentido propio de la cultura de ‘justicia transicional’, en la que se busca una armonización entre las necesidades de justicia y reconciliación, es obvio que no han estado presentes”⁴³. Por su parte, GIL GIL indica que la transición española se destaca por su impunidad, en tanto “las medidas tomadas en materia penal van destinadas precisamente a evitar la persecución de los crímenes franquistas, junto con los delitos con motivación política cometidos por la oposición democrática o incluso por grupos terroristas que luchaban contra el régimen”⁴⁴.

2. Medidas de reparación y discusiones judiciales tardías

Luego del pacto político de amnistía, los tribunales españoles prácticamente no vieron peticiones para investigar los crímenes del franquismo. Sin embargo, luego de la sanción de la Ley de Memoria Histórica⁴⁵ y de unas

⁴¹ ELSTER, Jon. *Rendición de cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, Katz Editores, Buenos Aires, año 2006, pp. 80-81.

⁴² TAMARIT, Josep. *Justicia transicional, amnistías y víctimas: los casos de España, El Salvador y Colombia*. En JIMENO ARANGUREN, Roldán (Coord). *Justicia Transicional: historia y actualidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, año 2017, p. 344.

⁴³ TAMARIT, Josep. *Memoria histórica y justicia transicional en España: el tiempo como actor de la justicia penal*, ANIDIP, vol. 2, 2014, pp. 45-46. Disponible en <https://dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.02> [fecha de última consulta: 15 de septiembre de 2019].

⁴⁴ GIL GIL, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, *por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura* -denominada comúnmente como Ley de Memoria Histórica-, disponible en <https://www.boe.es/>

pocas causas llevadas adelante por ciertos juzgados, se produjo un momento de inflexión. Si bien la ley mantuvo la regla de la impunidad y la no investigación⁴⁶, por primera vez hubo un repudio explícito y oficial al régimen⁴⁷, poniéndose en tela de discusión la posibilidad de enjuiciar a los responsables de los crímenes de la guerra civil y la dictadura⁴⁸. Otro factor que contribuyó a ese replanteo fueron los procesos penales ante los tribunales españoles -fundados en el principio de jurisdicción universal- contra el dictador chileno Augusto Pinochet y contra el militar argentino Adolfo Scilingo por crímenes de lesa humanidad, que provocaron una reacción política y social que de alguna manera reavivó el debate⁴⁹.

En ese contexto, a mediados de 2008 el juez de instrucción Baltasar Garzón dictó una resolución declarándose competente para investigar penalmente los delitos de lesa humanidad ocurridos en España entre 1936 y 1952. La causa se había iniciado a raíz de más de veinte denuncias formuladas por víctimas y organizaciones de derechos humanos, en ejercicio de la acción popular. Garzón fundó dicha resolución en diversos instrumentos internacionales y declaró que hacia el comienzo de la guerra civil, los delitos cometidos ya revestían el carácter de crímenes contra la humanidad⁵⁰. A su vez, calificó los hechos mediante el artículo 607 bis del código penal español, norma que en 2003 había incorporado la figura penal de los delitos de lesa humanidad.

⁴⁶ GIL GIL, 2014, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁷ TAMARIT, 2014, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁸ Señala GIL GIL -con citas de Aguilar, 2002, p. 173- que una excepción a la imposibilidad de la tramitación de estas causas en la justicia se dio en el conocido Caso *Ruano*, un estudiante de Derecho detenido y asesinado por la policía en 1969. En un primer momento, la Audiencia Provincial de Madrid determinó que el delito se encontraba prescrito, pero luego el Tribunal Supremo opinó lo contrario y ordenó reabrir el caso, aunque finalmente se absolvió a los acusados por falta de prueba. A pesar del sentido de la resolución, el TS no se pronunció sobre la validez de la ley de amnistía ni sobre la eventual calificación de los crímenes como de lesa humanidad, en tanto no se invocaron tales motivos para el recurso. Ver GIL GIL, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁹ TAMARIT, *op. cit.*, 2014, p. 48.

⁵⁰ AUDIENCIA NACIONAL, Juzgado Central de Instrucción nº 5 de Madrid, auto de 16 de octubre de 2008. Así, en el fundamento jurídico segundo cita los principios de Núremberg, a la Convención de Ginebra de 1864 a las Convenciones de La Haya -1899 y 1907- sobre Leyes y Usos de la Guerra, en especial acude a la “cláusula Martens” para fundar la posición en los principios del Derecho de Gentes. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/>

Por otra parte, señaló en forma subsidiaria que como los casos de desaparición forzada podían calificarse como un delito permanente de detención ilegal, no podía existir discusión sobre una eventual violación al principio de irretroactividad de la ley penal⁵¹. La fundamentación también mencionó la condena impuesta por la Audiencia Nacional a Scilingo, algunos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en especial, la sentencia de la Corte IDH en el caso Barrios Altos⁵². Finalmente, el auto autorizó diversas exhumaciones en fosas comunes y la posterior identificación de los restos, de acuerdo con las peticiones que habían formulado las víctimas⁵³.

3. El Tribunal Supremo español cierra la discusión (y todos obedecen)

Sin embargo, la resolución del juez Garzón prácticamente no llegó a surtir efectos⁵⁴. Luego del recurso presentado por el Ministerio Fiscal, en 2009 la Audiencia Nacional revocó el auto y acordó sobreseer el procedimiento. Además de rechazar su propia competencia para entender en la causa, la AN objetó la calificación de los crímenes como de lesa humanidad y, en consecuencia, negó su imprescriptibilidad. El tribunal argumentó que la cláusula Martens no podía aplicarse, en tanto no existía en el momento de la comisión de los hechos ni en el Derecho español ni en el Derecho internacional consuetudinario, declarando por consiguiente la plena validez de la ley de amnistía y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal para calificar los hechos⁵⁵.

Pero el golpe de efecto decisivo contra las investigaciones judiciales lo dio el Tribunal Supremo de España en febrero de 2012, a través de la STS

⁵¹ *Ibidem*, fundamento jurídico cuarto.

⁵² *Ibidem*, fundamentos jurídicos octavo, noveno y decimoprimeros.

⁵³ *Ibidem*, fundamento jurídico decimoséptimo.

⁵⁴ Para ampliar acerca del intrincado *iter* procesal de la causa, ver CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier. *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España*, Universidad de Deusto, Bilbao, año 2012, p. 62 y ss.

⁵⁵ TAMARIT, *op. cit.* 2014, p. 53.

101/2012⁵⁶. Si bien el objeto del proceso no era la posibilidad de enjuiciar aquellos crímenes sino las acusaciones contra el juez Garzón, en la práctica sentó una jurisprudencia determinante en la materia. Dicha causa fue iniciada a raíz de una querrela presentada por un grupo de organizaciones civiles contra el magistrado, a quien acusaban del delito de prevaricación. Si bien el Supremo español finalmente lo absolvió, aprovechó la oportunidad para dejar sentadas profundas consideraciones sobre la posibilidad de que los procesos siguiesen su curso.

En primer lugar, el TS se remitió a su sentencia en el caso Scilingo⁵⁷ y rechazó la calificación de los crímenes como de lesa humanidad. Señaló que como la Constitución Española “no contempla la eficacia directa de las normas internacionales”, para aplicar el Derecho penal internacional debía seguirse el procedimiento constitucional para la incorporación de los tratados internacionales al derecho interno y que así éstos pudiesen desplegar todos sus efectos, lo que no resultaba posible respecto de los hechos investigados. Además, descartó que el Derecho internacional consuetudinario resultara apto “(...) para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles”, en tanto ello resultaría violatorio del principio de legalidad. Destacó además que la calificación de los hechos como delitos de lesa humanidad no resultaba aplicable, en tanto “el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos”⁵⁸.

En segundo lugar, al negar la calificación de lesa humanidad a los delitos investigados, rechazó también su imprescriptibilidad. Señaló que no resultaba posible aplicar retroactivamente los tratados y demás instrumentos internacionales que disponen la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, ya que no sólo atentaría contra la seguridad jurídica, sino que

⁵⁶ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012, disponible en <http://www.poderjudicial.es/>

⁵⁷ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, STS 798/2007, de 1 de octubre.

⁵⁸ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, STS 101/2012, fundamento jurídico tercero, apartado primero. Allí también afirma lo siguiente: “Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional”.

sería además contrario a la Constitución⁵⁹. Sobre la ley de amnistía, el Tribunal Supremo negó que para la época de comisión de los hechos haya existido una norma de *ius cogens*, basada en la costumbre internacional, que prohibiera las amnistías generales respecto de delitos que afecten el contenido esencial de derechos humanos. Para fundar esta posición, acudió a ciertas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en casos contra Argentina, como así también a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, negó que la jurisprudencia de la Corte IDH -utilizada por Garzón para fundar el avance del proceso- tuviese cualquier eficacia en el Derecho español. Al respecto, señaló que "(...) esa jurisprudencia no es vinculante para España y no es seguida por el Comité de Derecho Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque contribuye al cuestionamiento de la solución vigente en Europa y la sostenibilidad de una postura divergente"⁶⁰.

Por otra parte, si bien reconoció los últimos avances normativos y jurisprudenciales en la investigación y juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, señaló que en España ello sólo resultaría posible por hechos ocurridos con posterioridad a la ratificación de los respectivos instrumentos internacionales, es decir, ya finalizada la dictadura. El Tribunal también apeló a argumentos de orden interno, destacando que "(...) la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977". Aseguró además que la negativa del Congreso de los Diputados de modificarla en 2011 -para excluir los delitos de guerra y lesa humanidad- sería una muestra de que no existe un consenso al respecto⁶¹. Por último, concluyó que la transición "fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley" por lo que "ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso", correspondiendo sólo al Parlamento una eventual derogación.

⁵⁹ *Ibidem*, fundamento jurídico tercero, apartado dos.

⁶⁰ *Ibidem*, fundamento jurídico tercero, apartado tres.

⁶¹ La votación de dicha propuesta de modificación de la Ley 46/1977 efectuada en sesión del 19 de julio de 2011 arrojó los siguientes resultados: votos emitidos, 336; a favor, 8; en contra, 320; abstenciones, 8. Ver Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2011, nº 264, sesión plenaria nº 250, disponible en <http://www.congreso.es/>

Algunos meses más tarde, el Tribunal Supremo aseguró definitivamente los efectos de aquella sentencia con una nueva decisión, adoptada el 28 de marzo y que resolvió una cuestión de competencia planteada por los Juzgados de Instrucción de Granada y de San Lorenzo del Escorial. La resolución reiteró cada uno de los fundamentos de la anterior, y rechazó cualquier pretensión de las víctimas para que los responsables por los crímenes de lesa humanidad del franquismo y la guerra civil fueran investigados⁶². El principal efecto de estas decisiones del Supremo fue un acatamiento absoluto de los tribunales españoles de la imposibilidad jurídica de avanzar con las investigaciones⁶³. A partir de entonces -como sostuvo el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas- la situación significó “el cierre, archivo, paralización o mínima investigación de cualquier proceso para esclarecer y juzgar los miles de casos de desapariciones forzadas cometidos durante la Guerra Civil española y la dictadura”. Luego de las decisiones del Supremo prácticamente ningún juez inició, continuó o profundizó ni ningún fiscal impulsó investigación alguna sobre desapariciones forzadas⁶⁴.

Se ha sostenido que -en general- el Derecho de las relaciones exteriores español puede caracterizarse como predominantemente *internacionalista*, es decir, ampliamente receptivo a la aplicación del Derecho internacional⁶⁵. Sin embargo, pareciera que esta caracterización no se cumple respecto del modelo de justicia transicional adoptado por España. Si bien la Constitución de 1978 ha previsto expresamente que los tratados internacionales se deben interpretar de acuerdo a “la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”⁶⁶, la aplicación

⁶² TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, ATS 3009/2012, de 28 de marzo de 2012, disponible en <http://www.poderjudicial.es/>

⁶³ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J./VICENTE, L./MORENO, A. *La posición del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del derecho internacional a los crímenes del pasado en España*, en *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, p. 69. Disponible en <http://dx.doi.org/10.12804/anidip02.01.2014.03> [fecha de última consulta: 17 de septiembre de 2019].

⁶⁴ GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS DE LA ONU, Observaciones preliminares al concluir su visita a España, 2013, disponible en <https://www.ohchr.org/>

⁶⁵ ESPÓSITO, Carlos, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁶ Ver artículo 96.1, Constitución Española.

de tales normas respecto de los delitos cometidos durante la guerra civil y el franquismo ha sido sumamente restringida. El Tribunal Supremo se ha mostrado absolutamente impermeable a aplicar los estándares de Derecho internacional y derechos humanos en materia de juzgamiento y reparación de crímenes de lesa humanidad. Por el contrario, mediante las decisiones comentadas, ha ratificado la plena vigencia de las disposiciones de la ley de amnistía, revalidando por añadidura las circunstancias de la transición, lo que parece ser una respuesta más política que jurídica por parte del Supremo español.

IV.- CONCLUSIONES

Desandar los caminos hacia la reconstrucción de la democracia y a la restauración del orden constitucional no resulta una tarea sencilla. Si algo nos han demostrado los desarrollos globales de la justicia transicional es que los Estados adoptan diversas formas para enfrentarse con el dolor y sanar las heridas del pasado, de acuerdo con sus propias posibilidades. No obstante, desde comienzos del siglo pasado el Derecho internacional ha establecido diversas normas y estándares vinculantes que sirven de guía ineludible en el cumplimiento de la justicia, la búsqueda de la verdad y el fortalecimiento de la memoria colectiva. El mundo actual se encuentra fuertemente vinculado por estos imperativos, más aún luego de las atrocidades del nazismo y de los avances a partir de Nüremberg. El margen de discrecionalidad estatal respecto de la justicia de transición se ha visto notablemente reducido.

Nuevas miradas críticas, como el Derecho de las relaciones exteriores y el Derecho internacional comparado, han puesto en evidencia los desafíos que el Derecho internacional aun tiene por delante para cumplir con sus cometidos. Existe una realidad que no podemos eludir: la forma en que cada Estado interpreta y aplica las normas, los tratados y los estándares de la jurisprudencia internacional varía enormemente⁶⁷. En ocasiones, a punto tal que se cuestiona su propia capacidad para penetrar en forma eficaz en

⁶⁷ Al respecto, puede consultarse ROBERTS, Anthea. *Is international law international?* Oxford University Press, Nueva York, 2017.

el ordenamiento jurídico de cada Estado. El tratamiento antagónico que han efectuado los tribunales superiores de Argentina y de España sobre los crímenes de lesa humanidad -puesto de manifiesto en los resultados, pero también en la fundamentación utilizada- es un claro ejemplo de esta circunstancia. Situaciones muy similares, en contextos de Derecho internacional muy similares, han recibido respuestas que pueden ubicarse en extremos opuestos: en Argentina, la continuación de los procesos penales y los máximos esfuerzos del Estado para enjuiciar a los responsables; en España, una veda absoluta de investigar penalmente los crímenes del franquismo.

Sin dudas, estas nuevas perspectivas que se ciernen sobre el Derecho internacional -en particular acerca del estudio de la manera en que se aplica en el derecho interno de cada Estado- lejos de socavarlo, plantean desafíos muy interesantes para mejorarlo y fortalecerlo. Lo cierto es que, como ocurre con cualquier forma de terapia, hacer un diagnóstico, reconocer las dificultades y discutir los problemas debe constituir el primer paso para iniciar un tratamiento exitoso, reflexionar sobre posibles soluciones y emprender nuevos caminos, que conduzcan a sitios mejores.

LOS NIVELES DE CONFIANZA EN LA JUSTICIA SEGÚN PERFILES SOCIOECONÓMICOS: IMPACTO DE LA ALARMA SOCIAL TRAS LA SENTENCIA DEL CASO “LA MANADA”

J. A. Posada Pérez

Asistente Honorario. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Criminales.
Doctorando en Derecho Penal (Universidad de Sevilla. España - Università di
Bologna. Italia)

y

M. Ruiz-Adame Reina

Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Economía Aplicada
(Universidad de Granada. España)

I.- INTRODUCCIÓN

En el marco del debate sobre seguridad ciudadana, Naciones Unidas identifica los Tribunales de Justicia como un factor de segurabilidad. Como tal, este concepto hace referencia a aquellos recursos cuya función es reaccionar ante situaciones de inseguridad y contribuir a facilitar el retorno a la situación de equilibrio previa a la vulneración de la seguridad¹.

¹ En este caso, debido a que los Tribunales operan después de la comisión del delito, hemos tomado únicamente una parte de la totalidad del contenido del concepto. La segurabilidad en sentido amplio se entiende como la capacidad de evitar situaciones inseguras y de retomar la sensación de seguridad cuando estas situaciones ocurren, así como la facultad de reestablecer la seguridad y el sentimiento de ésta cuando haya sido transgredida. Así, dentro de la totalidad de factores de segurabilidad se encuentran recursos privados y colectivos, tales como las

Los informes de Naciones Unidas defienden que es crucial aumentar la segurabilidad mediante el estímulo y provisión de mecanismos colectivos a través de recursos que motiven la cohesión e integración de la colectividad y superen las inseguridades individuales. De lo contrario, se corre el riesgo de derivar a lógicas de exclusión social y a inequidades en la protección de derechos fundamentales². En todo caso, se entiende que los factores de segurabilidad tienen una doble vertiente, por un lado, objetiva; entendiendo por tal el recurso en sí y su eficiencia, y por otro lado subjetiva; referida a la percepción de la ciudadanía sobre el mismo³. La importancia de ambas es trascendental debido a que, además de comprobar su eficacia a la hora de desempeñar sus funciones, también debe tenerse en cuenta la confianza en el mecanismo en cuestión, pues permite reafirmar socialmente su utilidad como factor de segurabilidad, especialmente relevante en aquellos casos en los que se trate de un recurso colectivo.

En el caso de la confianza en la Justicia, ésta no es permanente o inmutable, sino que es una respuesta a la interacción social. Esta confianza abarca consideraciones generales de actuación e incluye dimensiones tales como su eficacia, imparcialidad, facilidad de acceso e independencia. En consecuencia, se trataría de un valor dirigido hacia la institución en sí, referido a cómo actúa en general y no específicamente con uno mismo⁴.

características individuales de la población, las relaciones cercanas, la seguridad económica, la capacidad de creación de comunidades y/o grupos de control formales e informales y, por supuesto, las instituciones públicas. *Vid.*: Naciones Unidas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - *Human Development Report 2002/2003 on Human Security*, Riga (Latvia), 2003, pp. 12, 15 y 21-23; e *Informe Nacional de Desarrollo Humano “Venciendo el Temor: (In) seguridad Ciudadana y Desarrollo Humano en Costa Rica”*, San José (Costa Rica) 2005, p. 46.

² *Informe Nacional de Desarrollo Humano “Venciendo el Temor: (In)seguridad Ciudadana y Desarrollo Humano en Costa Rica”*, *Op. Cit.*, 2005, pp. 46-47. En este sentido, Naciones Unidas entiende que en el caso de una sociedad comprometida con la equidad y el desarrollo humano debe evitarse a toda costa que la segurabilidad dependa enteramente de mecanismos individuales y privados (e. gr compra de armas, alarmas o contratación de servicios privados de seguridad), pues ello conduce a mermas en la protección del interés más público de todos: la seguridad.

³ *Human Development Report 2002/2003 on Human Security*, *Op. Cit.*, 2003, p. 20.

⁴ Por el contrario, algunos autores distinguen además una confianza más específica o personal derivada de sus experiencias propias con el sistema de justicia, aunque esta última se entiende como mucho más inmediata y cambiante. En consecuencia, la confianza general permite una evaluación mucho más firme, siendo relativamente inmune a los cambios a corto plazo derivados de la experiencia concreta. DOUGHERTY, G. W., LINDQUIST, S. A. y BRADBURY, M. D., “Evaluating

En todo caso, se trata de algo que debe otorgar la sociedad en su conjunto. Cada ciudadano confía en que las autoridades judiciales cumplirán sus obligaciones, aunque la confianza mermará si éstas no se entienden cumplidas. De esta forma, si los Tribunales no son vistos como instituciones accesibles y capaces de dar una solución justa y efectiva, podría existir la posibilidad de que los ciudadanos traten de resolver sus conflictos por otros medios más violentos⁵. Además, debe alertarse del peligro que supone esta desconfianza si comportase reticencia a la colaboración de testigos y víctimas.

Por las razones expuestas, la confianza en la Justicia ha sido objeto de interés a nivel internacional. Según datos de la Encuesta Social Europea (ESS5-2010)⁶, la valoración global de la Justicia presenta variaciones importantes entre los diferentes Estados. En algunas regiones esta valoración es muy positiva, por ejemplo, en Dinamarca, Finlandia y Austria, en otras es moderadamente buena, como en Alemania y Países Bajos, y en otras es fuertemente negativa, como por ejemplo en Francia, España, Italia y Portugal⁷. En el caso

performance in State Judicial Institutions: Trust and confidence in the Georgia judiciary” en *State and Local Government Review*, 2006, vol. 38, nº 3, pp. 177-179 y KÄÄRIÄINEN, J. T., “Trust in the Police in 16 European Countries. A Multilevel Analysis” en *European Journal of Criminology*, 2007, vol. 4, nº 4, pp. 412-441.

⁵ MAYORAL DÍAZ-ASENCIO, J.A. y MARTÍNEZ i COMA, F., “La calidad de la Justicia en España, ¿Cómo evalúan los españoles el funcionamiento de las instituciones judiciales y qué se puede hacer para mejorarlas?” en *Estudios de Progreso. Fundación Alternativas* [Recurso electrónico], 2013, nº 76, p. 45. Disponible en: https://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/d517171dcd92943dd80c1d196d42264d.pdf [Última consulta: 7 de enero de 2020].

Sin embargo, aunque cabe esta remota posibilidad, en realidad los españoles han venido considerando por aplastante mayoría, según los datos de todas las ediciones de los Barómetros de Opinión del Consejo General del Poder Judicial, que los Tribunales de Justicia son necesarios y son, a pesar de sus faltas, máximos garantes de los derechos y libertades.

⁶ Norwegian Centre for Research Data - *European Social Survey Round 5 (ESS5-2010)*, edición 3.4, actualizada a 1 de diciembre de 2018 [Recurso electrónico]. Disponible en: <https://www.europeansocialsurvey.org/data/download.html?r=5> [Última consulta: 7 de enero de 2020].

⁷ Realmente estos datos, aunque permiten de forma más flexible y rigurosa la comparativa internacional, vienen a estar en la línea de unos hallazgos que ya habían sido aportados con anterioridad. *Vid.* FERNÁNDEZ MOLINA, E. y VÁZQUEZ MORALES, D., “Desarrollo y validación de una escala para medir la confianza en los Tribunales” en *InDret* [Recurso electrónico], 2014, nº 3, p. 23. Disponible en:

de España, esta cuestión ha sido seguida muy de cerca a nivel institucional por parte de los Barómetros de Opinión del Consejo General del Poder Judicial, desde su primera edición en 1984 hasta su novena y última edición en 2008⁸.

Desde un punto de vista genérico, la valoración general desde comienzo de los años 90 es que la Justicia en España funciona mal. Hasta ese momento la opinión relativamente mayoritaria era que lo hacía regular⁹. Desde 1992 la opinión negativa ha ido aumentando hasta alcanzar el 51% en 1997, duplicándose en tan sólo un decenio. Entre 1997 y 2000, se reduce ligeramente al tiempo que aumenta levemente la opinión positiva, entrando en cierta dinámica de estabilización que se confirmaría en ediciones posteriores. Estos datos se han interpretado señalando que el incremento de las opiniones negativas es paralelo y proporcional a la disminución de las personas que no expresan su opinión, sobre el 20% hasta 1992 y luego un máximo de 5% en las siguientes ediciones. También se ha puesto el acento en la atención y la transparencia que trajo el régimen de la democracia, así como en los importantes niveles de atención mediática recibida en los últimos decenios. En cualquier caso, se considera que estos datos no reflejan un empeoramiento de la Justicia, sino una gradual toma de conciencia frente a la situación global y el fondo de ésta¹⁰. En este sentido, lo

http://www.indret.com/pdf/1059_es.pdf [Última consulta: 7 de enero de 2020]. TOHARIA CORTÉS, J. J., “La imagen externa e interna de la Justicia” en *Id.* y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., “La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 29-30, *Id.* “La imagen ciudadana de la Justicia” en *Documentos de Trabajo. Fundación BBVA*, 2003, nº 2, pp. 8 y 62 e *Id.*, “Quinto Barómetro de opinión del Consejo General del Poder Judicial” en *Poder Judicial*, 1990, nº 19, pp. 124-126.

⁸ Cabe mencionar también otra edición extraoficial de los Barómetros de Opinión sobre la Justicia, financiada por BBVA en 2003. *Vid.* TOHARIA CORTÉS, J. J., *Op. Cit.*, 2003.

⁹ Se señaló que los primeros datos de opinión resultaban paradójicos debido a que, teniendo en cuenta la más que limitada capacidad de la Justicia en el momento, lo cierto es que no se podría concluir que ésta funcionase tan mal. En consecuencia, ya desde un primer momento se concluyó que la sociedad española requería una Justicia con mejor estructura y con más medios, lo cual no dependía únicamente de las instituciones judiciales. TOHARIA CORTÉS, J. J., *¡Pleitos tengas! Introducción a la cultura legal española*, Madrid, CIS/Siglo XXI, 1987, p. 138.

¹⁰ TOHARIA CORTÉS, J. J., *Op. Cit.*, 2005, pp. 28, *Id.*, *Op. Cit.*, 2003, pp. 85-86 e *Id.*, *Opinión pública y Justicia: La imagen de la Justicia en la sociedad española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 85.

cierto es que, tras la aprobación de la Constitución en 1978 y la publicación del primer Barómetro en 1984, la Justicia en sí ha mejorado notablemente desde entonces, aunque la hondura de todos estos cambios no ha sido percibida aún con nitidez por la ciudadanía¹¹.

Entre los estudios más recientes destaca la Encuesta de Condiciones de Vida del Instituto Nacional de Estadística¹². Únicamente en su edición de 2013 incluyó un Módulo sobre Bienestar que recogía, entre otros datos, la valoración subjetiva de la confianza en el sistema judicial. A nivel general, la muestra española se situó por debajo de la media Europa (4,6 sobre 10) con 3,1 y las cifras internacionales se encontraron muy en la línea de aquellas aportadas por la Encuesta Social Europea (ESS-5 2010). Según sexo no se encuentran diferencias resaltables, 3,0 de media en hombres y 3,1 en mujeres.

En relación a la edad, los niveles más altos de confianza se encuentran, de forma poco pronunciada, entre la población más joven (de 16 a 24 años y de 25 a 34 años), mientras que los mayores de 65 años muestran, también levemente, la mayor concentración de niveles intermedios. Sorprendentemente, aquella población entre los 50 y los 64 años muestran mayores porcentajes de desconfianza en la Justicia (67,5%).

Seguidamente, se constata claramente cómo la confianza en la Justicia se eleva a medida que aumenta el nivel de estudios, respectivamente 2,8 para estudios primarios, 3,2 para secundarios y 3,4 para estudios superiores. A continuación, respecto a los niveles de renta, encontramos valores muy cercanos a la media española, aunque siempre por debajo. Se aprecian niveles reseñablemente bajos en el primer y en el sexto decil. No obstante, los niveles superiores son los únicos que muestran una confianza igual o superior a

¹¹ TOHARIA CORTÉS, *Op. Cit.*, 2005, pp. 4-5. Sin embargo, este autor señala igualmente que la opinión negativa parece ir perdiendo fuerza lentamente y que se constatan lentas pero claras mejoras en la valoración del funcionamiento de la Justicia en general, así como en aquellas facetas que son percibidas de modo más crítico por la ciudadanía. *Ibidem*, pp. XV y 28-29.

¹² Instituto Nacional de Estadística – *Encuesta de condiciones de vida. Módulo año 2013, Confianza en el sistema político, judicial y en la policía* [Recurso electrónico]. Disponible en: <https://www.ine.es/dynt3/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/t25/p453/modulo/2013/&file=pcaxis&L=0> [Última consulta: 7 de enero de 2020].

la media, concretamente los deciles séptimo a décimo con 3,1 en todos ellos salvo este último, con 3,6.

A nivel nacional, también quisiéramos hacer mención a la labor del Centro de Investigaciones Sociológicas (en adelante, CIS). Este organismo ha llegado a publicar, aunque de forma discontinua, encuestas sobre la opinión pública y la Justicia. Mensualmente, destaca la información publicada en Barómetros acerca de los problemas que más afectan al país. En lo que se refiere a la Justicia, nunca ha sido uno de los problemas más señalados. Sin embargo, en el Barómetro de mayo de 2018¹³, tras la publicación de la primera sentencia del caso “*La Manada*” el nivel de preocupación llegó a máximos históricos (6,8% como uno de los tres problemas principales y 2,9% como problema que afecte personalmente a los encuestados) para después ir descendiendo de forma paulatina a niveles habituales. Recientemente, el Barómetro de julio de 2019¹⁴ incorporó algunas preguntas relacionadas con el funcionamiento de la Justicia. Así, el 48% consideró que la Justicia funciona mal, frente a un 24,1% que consideró que funciona regular. El 59,4% opinaba que un juez en España inspiraba poca o ninguna confianza y, finalmente, un 79,4% estimaba muy/bastante necesaria una reforma de la Administración de Justicia.

La imagen ciudadana de la Justicia se presenta de una forma plural, diferenciada y multidimensional, la cual se desgrana en una extensa gama de apreciaciones que puede ir de lo más positivo a lo más negativo¹⁵. De esta forma, se considera que la evolución de los datos es expresión de aspectos como el incremento de la visibilidad de los tribunales en la escena social, la progresiva judicialización de la vida pública o simplemente un mayor protagonismo otorgado a la voz ciudadana con el paso de los años¹⁶. No obstante, a la hora de

¹³ Centro de Investigaciones Sociológicas – *Barómetro de mayo 2018*, nº estudio 3213 [Recurso electrónico]. Disponible en: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14399 [Última consulta: 7 de enero de 2020].

¹⁴ Centro de Investigaciones Sociológicas – *Barómetro de julio 2019*, nº estudio 3257 [Recurso electrónico]. Disponible en: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14462 [Última consulta: 7 de enero de 2020].

¹⁵ TOHARIA CORTÉS, J.J., *Op. Cit.*, 2005, p. 19 e *Id.*, *Op. Cit.*, 2001, p. 81.

¹⁶ FERNÁNDEZ MOLINA, E. y VÁZQUEZ MORALES, D., *Op. Cit.*, 2014, p. 4.

encontrar las causas de los porcentajes más pesimistas, los analistas han aludido a diversas críticas tradicionalmente asociadas a la Justicia tales como su lentitud, obsolescencia de algunas instituciones y, por supuesto, la corrupción.

Además, se añaden argumentos tales como el alto coste económico y, a pesar de ello, falta de eficacia; su configuración legal, que la hacen hermética e ininteligible para los legos; y la falta de control a la hora de la ejecución de las sentencias¹⁷. Por el contrario, otros autores argumentan que los datos no son positivos debido a problemas relacionados con el acceso a la Justicia, la imparcialidad, la eficiencia y la independencia judicial¹⁸. En este sentido, bien podría considerarse que, vistos los argumentos que manejan los autores, ciertos rasgos del perfil personal o socioeconómico influyen a la hora de evaluar el funcionamiento o confianza en la Justicia. Así, algunos autores han subrayado cómo el perfil socioeconómico puede influir en la percepción del funcionamiento de la Justicia. Se ha argumentado que la ideología política influye en la confianza en la Justicia, en concreto, haber votado al PSOE como al PP y a UPyD aumenta esta confianza respecto a aquellos que votaron a IU o a los que se abstuvieron¹⁹.

Además, como referíamos, la confianza en la Justicia es cambiante y se considera especialmente sensible a sucesos que causan alarma social²⁰. En esta misma línea, se ha llegado a demostrar que las redes sociales y la movilización ciudadana pueden llegar a tener un gran impacto en la valoración de la Justicia²¹. En virtud de lo expresado, dada la configuración legal de

¹⁷ Por todos, RUIDÍAZ GARCÍA, M^a. C., *Justicia y Seguridad Ciudadana*, Edersa, 1997, pp. 104 y 107.

¹⁸ MAYORAL DÍAZ-ASENCIO y MARTÍNEZ i COMA, *Op. Cit.*, 2013, pp. 16-18 y 45.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 18-21 y 45.

²⁰ Considerando que la opinión pública experimenta fuertes oscilaciones en función de la resonancia que puedan tener causas o sentencias muy específicas y citando expresamente los casos Juan Guerra y Naseiro, *vid.* RUIDÍAZ GARCÍA, *Op. Cit.*, p. 106 y su nota al pie 12.

²¹ BLEVINS, J. L., LEE, J. J., MCCABE, E. E., y EDGERTON, E., "Tweeting for social justice in #Ferguson: Affective discourse in Twitter hashtags" en *New Media & Society*, 2019, vol. 21, n^o 7, pp. 1636-1653, HARLOW, S., "Social media and social movements: Facebook and an online Guatemalan justice movement that moved offline" en *New Media & Society*, 2012, vol. 14, n^o 2, pp. 225-243 y KUMAR, R. y THAPA, D., "Social media as a catalyst for civil society movements in India: A study in Dehradun city" en *New Media & Society*, 2015, vol. 17, n^o 8, pp. 1299-1316.

la Justicia, podría concebirse que las personas con mayor nivel de estudios tienen más confianza en la Justicia que aquéllas con menor nivel. Igualmente, en de su alto coste económico, sería natural que aquellas personas con ingresos bajos tuvieran virtud menos confianza en la Justicia que otras con niveles de ingresos superiores.

Examinado el estado de la ciencia española, hasta donde los autores han podido comprobar, son escasas las aportaciones sobre la temática y nuestro país se halla a expensas de estudios extranjeros realizados en sociedades “similares”. Los trabajos consultados están esencialmente en la línea de descripciones cuantitativas sobre muestras cortas y/o basados únicamente en análisis descriptivos de medias/frecuencias con análisis estadísticos muy rudimentarios. El presente trabajo pretende arrojar luz sobre la cuestión ofreciendo una respuesta más contundente a través de una muestra con altos niveles de representatividad y un análisis estadístico más preciso y con mayor profundidad.

La novedad científica reside en una aproximación interdisciplinaria que pretende obtener unas conclusiones más concisas y fiables, superando las tradicionales barreras monodisciplinarias. Así, este documento también persigue incentivar nuevos cauces de investigación interdisciplinares que permitan obtener unos resultados más decisivos, y concluyentes. Además de las deficiencias estadísticas, hemos podido apreciar que no se ha desarrollado de forma convincente la relación entre los perfiles socioeconómicos y la confianza en la Justicia. Tampoco encontramos referencias basadas en estudios empíricos actualizados respecto a los efectos de la alarma social en la confianza en la Justicia. Es por ello que en el presente estudio hemos seleccionado las siguientes variables para el perfil socioeconómico: sexo, edad, nivel de estudios e ingresos. Además, se han estudiado los efectos la alarma social.

Por todo lo expuesto, partimos de las siguientes hipótesis en línea con el estado de la cuestión: a) el sexo no influye en la confianza en la Justicia; b) los ciudadanos jóvenes confían más en la Justicia que los más mayores; c) las personas con mayor nivel de estudios presentan mayor grado de confianza en la Justicia que aquéllas con menor nivel; d) aquellas personas con mayor nivel de ingresos tienen mayor confianza en la Justicia que aquéllas

con niveles más bajos; e) tras un suceso que ocasiona alarma social, grandes movilizaciones sociales hacen que desciendan los niveles de confianza en la Justicia.

II.- METODOLOGÍA

En primer lugar, se seleccionó la ciudad de Sevilla como marco de estudio al tratarse de la ciudad de residencia de los condenados por el caso “La Manada”, por lo que cabría esperar una sensibilidad mayor. Además, es una ciudad con muchos contrastes socioeconómicos, lo cual enriquecería notablemente la muestra. A continuación, se diseñó un cuestionario con respuestas en escala *Likert* entre 1, la más baja, y 5, la más alta, correspondientemente muy poco/nada, poco, normal, bastante y mucho de acuerdo con la afirmación de la pregunta^{22 23}.

Para determinar el número total de encuestas se partió de los datos de población del padrón municipal del Excmo. Ayuntamiento referidos a personas mayores de edad y se dividió la ciudad de acuerdo con los diferentes Distritos Municipales. A continuación, se realizó un muestreo aleatorio estratificado por Distritos en proporción al peso poblacional de cada uno

²² TOHAIRA CORTÉS consideró que las encuestas de opinión son el mecanismo ideal para analizar la imagen de la Justicia. Este autor considera que no es necesario que el encuestado tenga conocimientos jurídicos previos debido a que no se pretende una evaluación de éstos, sino averiguar las actitudes y opiniones predominantes. Igualmente, asegura que las creencias sobre las cosas, más que lo que éstas puedan ser, es lo que termina moldeando el comportamiento del individuo en sociedad. *Id.*, “La imagen de la administración de justicia en la sociedad española actual: rasgos principales” en *Eguzkilore*, nº 12, 1998, p. 306.

²³ Aunque hay cierta controversia en la literatura científica acerca de los indicadores y escalas para medir la confianza en la Justicia, hemos apostado por un modelo que simplifica al ciudadano medio la expresión de su grado de confianza, en línea con los estudios previos en la materia. *Cfr.* FERNÁNDEZ MOLINA, E. y GRIJALVA ETERNOD, A. E., “Diseño y validación de dos escalas para medir el miedo al delito y la confianza en la policía” en *Revista Española de Investigación Criminológica* [Recurso electrónico], 2012, nº 10. Disponible en: <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/70/67> [Última consulta: 7 de enero de 2020]. FERNÁNDEZ MOLINA, y VÁZQUEZ MORALES, *Op. Cit.*, 2014, pp. 12-20, GIBSON, J. L., CALDEIRA, G.A. y KENYATTA SPENC, L., “Measuring Attitudes toward the United States Supreme Court” en *American Journal of Political Science*, 2003, vol. 47, nº 2, pp. 354-367 y JACKSON, J., BRADFORD, B., HOUGH, M., KUHA, J., STARES, S., WIDDOP, S., FITZGERALD, R., YORDANOVA, M. y GALEV, T., “Developing European indicators of trust in justice. European Journal of Criminology” en *European Journal of Criminology*, 2011, vol. 8, nº 4, pp. 267-285.

además de incluir un ajuste por edades en cada estrato. Los participantes fueron seleccionados al azar y los datos fueron obtenidos en dos oleadas. La primera ($N_1=454$) tuvo lugar en mayo de 2018 tras la primera sentencia del caso “*La Manada*”. La segunda oleada ($N_2=151$) se realizó en septiembre de 2018. Finalmente, se obtuvo una muestra total de 605 personas, lo cual permite analizar los datos con un nivel de confianza del 99% y un margen de error máximo admitido del 5%.

Antes de comenzar con el análisis estadístico, se codificaron todas las variables del cuestionario para que pudieran ser analizadas por el software SPSS v21. El estudio realizado incluye un análisis descriptivo y de correlaciones. Con variables cualitativas, se usó la prueba de Chi Cuadrado de Pearson para el contraste de hipótesis. En variables que toman valores nominales el grado de asociación se midió con el coeficiente V de Cramer. En las que toman valores ordinales se midió la asociación con el coeficiente Tau B de Kendall. Los niveles de significación estudiados son $\alpha=0,05$ y $\alpha=0,01$. En los casos en que las casillas de la tabla de contingencias muestran frecuencias esperadas inferiores a 5 los resultados se interpretan aplicando la corrección de Yates.

III.- RESULTADOS

1. Análisis descriptivo

La muestra total ($N= 605$) consistió en 305 mujeres (50,4%) y 300 hombres. La edad se agrupó en tres bloques: de 18 a 30 años (17,7%), de 31 a 60 (50,4%) y de 61 en adelante (28,3%). El nivel de estudios de la muestra obtenida es mayoritariamente medio-alto (73,9%) y se cuenta con una representación equilibrada entre los distintos niveles de ingresos.

A nivel total ($N=605$), la confianza se muestra en un 54,7% como muy poca/poca frente a un 16,5% como bastante/mucha. En cambio, un 28,6% de los encuestados expresó un nivel de confianza normal. Por otro lado, en cuanto a las oleadas concretas, en la primera ($N_1=454$) la confianza se consideró como: muy poca/poca (53,1%), normal (28%) y bastante/mucha (18,8%). En la segunda ($N_2=151$) los resultados fueron los siguientes: muy poca/poca (59,6%), normal (30,5%) y bastante/mucha (9,9%).

Como puede comprobarse, se trata de una muestra con una presencia equilibrada entre hombres y mujeres en la que la mayor parte es una población de mediana edad y casi un tercio del total se encuentra en la tercera edad. Asimismo, cabe remarcar el alto nivel cultural de la muestra, con un importante porcentaje de encuestados con nivel de estudios medio o superior. El primer análisis descriptivo ya muestra cómo, con carácter general, el nivel de confianza en la Justicia no puede considerarse especialmente positivo, teniendo en cuenta que poco más de la mitad de la muestra admite tener poca o muy poca confianza en la Justicia.

2. Análisis de correlaciones

El análisis de correlaciones respecto a la variable sexo demuestra que ésta no influye de forma significativa respecto a la confianza en la Justicia. Los datos obtenidos constatan que, frente al nivel intermedio ("*normal*") de confianza en la Justicia la diferencia entre hombres (30%) y mujeres (27,2%), el grado de significación ($\alpha = 0,685$) no permite confirmar que exista una diferencia estadísticamente significativa entre ambos grupos poblacionales. En la misma línea se encuentra la variable de la edad. La confianza en la justicia no se ve influenciada por el grupo de edad (con un grado de significación $\alpha = 0,292$). Es decir, aunque existan diferencias en los porcentajes de confianza, ninguna de éstas es significativa desde el punto de vista estadístico.

Seguidamente, encontramos la primera correlación. Así, aquellas personas con mayor nivel de estudios presentaron más confianza en la Justicia que aquellas con niveles más bajos, destacándose los siguientes porcentajes para: nivel no reglado/básicos (53,7%), medios (57,4%) y superiores (59,3%). En este caso, hemos aunado los grupos de personas con estudios "no reglados" o "básicos" dada la escasa entidad del primero. Se aprecia una correlación significativa al 95% con un grado de significación de $\alpha = 0,046$ ($T = 0,121$). La segunda correlación se encuentra en la conexión estadística entre la confianza en la Justicia y el nivel de ingresos. Así, se ha encontrado una correlación estadísticamente significativa con un nivel de significación de $\alpha = 0,003$ ($T = 0,119$) entre nivel de ingresos y confianza en la Justicia, de manera que, a mayor nivel, mayor confianza en la Justicia.

Finalmente, también encontramos una tercera correlación en relación con el efecto de la alarma social, con un grado de significación de $\alpha = 0,018$ ($T = -0,049$). Esta correlación se traduce en que, después del periodo transcurrido entre una oleada y otra, la confianza en la Justicia empeora.

IV.- DISCUSIÓN CIENTÍFICA Y CONCLUSIONES

Puede señalarse que los datos obtenidos demuestran un descontento general de la población con el sistema de Justicia, en una línea similar a los últimos Barómetros del Consejo General del Poder Judicial, aunque ciertamente los datos obtenidos no son tan pesimistas como los obtenidos en la Encuesta Social Europea (ESS-5 2010) o la Encuesta de Condiciones de Vida (2013).

En virtud de los datos y del análisis de correlaciones, hemos visto confirmada nuestra hipótesis a). El sexo no influye de forma significativa en la confianza en la Justicia. Cabe destacar que los dos grupos manifestaron una opinión similar respecto a la confianza en la Justicia, con semejantes porcentajes en los diferentes niveles de respuesta.

No obstante, no se ha confirmado la hipótesis b). Desde el punto de vista del análisis de correlaciones, la edad no es determinante a la hora de valorar la confianza en la Justicia. Mientras que, por el contrario, hemos visto confirmadas las hipótesis c) y d) y ha quedado demostrado que tanto el nivel de ingresos como de estudios influyen de forma significativa en la confianza en la Justicia. Al aumentar cualquiera de estas dos últimas variables, aumenta significativamente la confianza en la Justicia desde el punto de vista estadístico. Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la confianza en la Justicia viene determinada por factores de carácter socioeconómico, y no por particularidades biológicas como el sexo, o demográficas como en el caso de la edad. Igualmente, quizás los mencionados argumentos del alto coste económico de la Justicia así como las posibles dificultades para su acceso hacen que disminuya la confianza en aquellas personas con menores niveles de ingreso. Del mismo modo, la correlación con el nivel de estudios podría explicarse desde el punto de vista de su configuración y complejidad funcional y estructural, características

que requieren de un elevado nivel de cultura y formación en el ciudadano y que, como se ha referido anteriormente, pueden llegar a hacerla hermética e ininteligible para los legos. Por todo lo expuesto, sería conveniente que posteriores trabajos empíricos determinen con mayor precisión la influencia de estos rasgos en la materia, así como otros tantos de carácter biológico o cultural más allá de los reseñados en este trabajo, tales como la raza o etnia, las creencias religiosas, la nacionalidad, el tipo de formación, la experiencia judicial previa, etc.

Finalmente, consideramos que el hallazgo más sorprendente es la constatación de que, en este caso concreto, la confianza en la Justicia tras un evento que causa alarma social no se recupera con el paso del tiempo, sino que disminuye. Este hecho confirma nuestra hipótesis e), la cual parece poder explicarse a causa de las constantes movilizaciones ciudadanas tras la primera sentencia del caso "La Manada", así como por los más que notables niveles de atención mediática tanto a la hora del suceso como semanas más tarde. De hecho, tal fue el grado de interés social a causa del evento que se convocó la Comisión General de Codificación para revisar los delitos sexuales y proponer modificaciones del Código Penal en este sentido. Las movilizaciones sociales han sido particularmente intensas y, bajo nuestro punto de vista, han sido una causa imprescindible para que la confianza en la Justicia disminuya con el paso del tiempo.

Por último, conviene resaltar las limitaciones del estudio. Aunque algunas de las relaciones encontradas se encuentran en cierta línea con la literatura científica, nuestro estudio se centra en una única ciudad de España y parte de unas medidas de valoración muy genéricas. Igualmente, es conveniente subrayar la necesidad de profundizar en la temática a través de estudios más amplios que permitan, además, constatar valoraciones aún más precisas.

LA JUSTICIA MINORIL EN MÉXICO: NUEVO PARADIGMA DE JUSTICIA

Xochithl Guadalupe Rangel Romero¹

Profesora Doctora Investigadora de Tiempo Completo (Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México)

Resumen: en el año 2015, la justicia minoril en México, alcanzó lo inimaginable. La constitución mexicana sufrió una de las mayores reformas constitucionales a su numeral 18, y por ende para este tema, la incorporación de una nueva justicia para el rubro de adolescentes en conflicto con la ley penal. A partir de lo anterior, México ha caminado al epígrafe del nuevo proceso de justicia penal especializado para adolescentes, en donde nuestro país, ha realizado cambios normativos para adecuarse a lo estipulado a nivel constitucional, y por derivación estar acorde a lo determinado en la normativa internacional. Debido a lo anterior, en la materia de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, México en el año 2015 avanzó a un paradigma de justicia novedoso.

Palabras clave: justicia minoril, proceso especializado, derechos humanos del niño.

Abstract: in 2015, minority justice in Mexico reached the unimaginable. The Mexican constitution underwent one of the major constitutional reforms to its number 18, and therefore for this issue, the incorporation of a new justice for adolescents in conflict with the criminal law. From the above, Mexico has walked to the epigraph of the new process of specialized criminal justice for adolescents, where our country has made regulatory changes to adapt to

¹ Contacto: xochithl.rangel@uaslp.mx. ORCID: 0000-0002-0543-2852.

the provisions of the constitutional level, and by derivation be in accordance with the provisions of the regulations international. Due to the above, in the matter of children and adolescents in conflict with the criminal law, Mexico in 2015 advanced to a new justice paradigm.

Key Words: minor justice, specialized process, human rights of the child.

INTRODUCCIÓN

En el año de 1990 el Estado mexicano ratificó la Convención de los Derechos del Niño (CDN), dentro de este instrumento normativo se establece en sus numerales 37 y 40 que los Estados parte, deben crear un sistema de justicia especializado para niños y niñas y conflicto con la ley penal.

En el año 2015, México llevó a cabo la reforma al artículo 18 de la Carta Magna, con el cual, hace suyo el contenido de los numerales 37 y 40 de la CDN, y busca rediseñar el sistema de justicia penal juvenil.

El propósito esencial de esta reforma fue crear un sistema de justicia especializado, que nunca en la historia de México se había pensado, y sentar las bases del nuevo modelo de protección de derechos, que alejaría de forma definitiva de México el modelo tutelar. Con la reforma al artículo 18 de la Carta Magna, se afianzó en nuestro país la doctrina de la protección de derechos, que hace alusión a:

“A partir del reconocimiento de la calidad de sujetos de derechos de que gozan los niños y los adolescentes, se genera un derecho judicial propio de niños que redimensiona los principios de culpabilidad de acto y de reintegración del niño [...]”².

² González Ferri; Et Al, Justicia para Adolescentes, Foro Justicia para Adolescentes, Memoria del Foro, Procuraduría General de la República: Proyecto de Cooperación para el Fortalecimiento y Modernización de la Administración de la Justicia en México. Programa de Unión Europea-México, México, 2006, p. 29.

En atención a lo anterior, México avanza a realizar cambios normativos dentro de su Carta Magna, que dio como derivación que el artículo 18 se rediseñará, para quedar como sigue:

“La Federación y las entidades federativas establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia para los adolescentes, que será aplicable a quienes se atribuya la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Este sistema garantizará los derechos humanos que reconoce la Constitución para toda persona, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos a los adolescentes. Las personas menores de doce años a quienes se atribuya que han cometido o participado en un hecho que la ley señale como delito, sólo podrán ser sujetos de asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. El proceso en materia de justicia para adolescentes será acusatorio y oral, en el que se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia de las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales al hecho realizado y tendrán como fin la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión o participación en un hecho que la ley señale como delito [...]”³.

³ Secretaría de Gobernación, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, consultado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Con base en lo establecido con la reforma al artículo 18 de la Carta Magna, se puede desprender que el sistema de justicia especializado con la reforma, y se comienza a visualizar paradigma de justicia nuevo, con base en los siguientes elementos:

1. Creación de un sistema de justicia especializado

Tomando como base lo que refieren una diversas de instrumentos internacionales, por lo que toca a que los estados, debe de garantizar dentro de sus territorios un orden de justicia específico a su población, por lo que toca al tema en comento, deberá tomarse como base indispensable la protección de los derechos humanos de los niños y las niñas. Como máximas indisolubles de los planteamientos que encamina la Convención de los Derechos del Niño.

Con base en lo que expresan algunos documentos internacionales, entre los que destacan las Reglas de Beijing, Directrices de Riad, Convención de los Derechos del Niño entre otros, los Estados deben, crear un sistema de justicia basado en principios propios y respetando derechos humanos de la persona.

Por lo cual, cuando en el año 2015, se modifica el artículo 18 de la Carta Magna, y la creación del sistema de justicia especializado obedeció entonces a que México debería caminar en la creación de un sistema de justicia con principios específicos, y sobre todo bajo el reconocimiento de los derechos de la persona del niño/a.

2. La determinación de una edad mínima de responsabilidad penal juvenil

El artículo primero de la Convención señala que debemos entender por niño, siendo este: "todo aquel ser humano menor de 18 años"⁴, para el caso específico incluyendo otros ordenamientos internacionales entre los que destacan las Reglas de Beijing en su numeral 2.2, han específico que las

⁴ Véase el artículo primero de la Convención.

naciones que han ratificado la Convención de los Derechos Niño deben hacer esfuerzos por fijar una edad de responsabilidad penal juvenil. Para el caso específico y de lo que viene contemplado dentro del artículo 18 de la Carta Magna, es que nuestro país, se ha decantado sobre la edad de responsabilidad penal de los 12 años cumplidos a menos de 18 años. Así pues, el sistema creado para responsabilizar a los adolescentes en conflicto con la ley penal toma como referencia la edad mínima de 12 años, para poder responsabilizar al adolescente por el desarrollo de una conducta considerada delito.

3. Rehabilitación y asistencia para niños menores de 12 años que no pueden ser imputados legalmente

Con base en lo expresado por la edad de responsabilidad penal en México, los niños y niñas menores de 12 años, no pueden entrar al sistema de justicia especializado, sin embargo, sin dejar de lado, lo que la misma Convención de los Derechos del Niño, pronuncia. Los Estados deben hacerse cargos de aquellos menores de 12 años que han cometido una conducta tipificada como delito.

Por lo cual, en nuestro país, todo niño y niña menores de 12 años, entran a un sistema de asistencia social, donde reciben atención psicológica, médica, social entre otras, con la finalidad de lograr una verdadera rehabilitación para estos niños y niñas.

4. Creación de autoridades, tribunales e institucionales especializadas

La Convención de los Derechos del Niño en su numeral 40.3 establece que deben crearse autoridades, instituciones y tribunales especializados en la atención de niños y niñas. Lo anterior dado que en el caso de los niños y las niñas que comenten delitos, es necesario que estas autoridades puedan comprender de mejor forma, que sucede con la evolución biológica, psicológica y social del niño, se requiere que las autoridades que enfrentan procedimientos judiciales en donde la víctima o el victimario es un niño o una niña, tengan verdaderos, especialistas que atiendan a estos niños y niñas.

Por lo cual, la especialización de las autoridades, tribunales e instituciones tiene que ver, con la forma en la cual, se comprende a la niñez de forma completa.

5. Justicia alternativa

Al presente, dentro del contenido que dispone el artículo 18 de la Carta Magna, se coloca una parte importante del quehacer del derecho tratando de evitar el conflicto, por lo cual se puede apreciar que la llegada de la justicia alternativa al criterio constitucional deja ver que el paradigma de la protección de derechos avanza rotundamente.

La incorporación de esta figura dentro de la Carta Magna camina de forma conjunta con el derecho penal mínimo, y da lugar a que algunos autores hayan propuesto que la justicia restaurativa, la suspensión del proceso a prueba, y la conciliación con la víctima, ha avanzado a renovarse en el caso de los adolescentes en conflicto con la ley penal.

6. Debido proceso legal

Dentro de las particularidades que se establecen dentro de la Convención de los Derechos del Niño, se puede dar cuenta dentro de los numerales 37 y 40, que la creación de un sistema de justicia especializado debe contar con principios, derechos y valores que le son propios, tomando en consideración siempre a la ley, como norma suprema de actuación. Por lo cual, la creación de este nuevo paradigma de justicia en México, tomo como referencia un principio de legalidad en donde, la aplicación de la ley tiene que constreñirse particularmente, a la realización de un hecho que la ley contemple como delito, pero además de la creación de instituciones jurídico-penales específicas para niños, niñas y adolescentes.

7. Independencia de autoridades

Con la reforma al artículo 18 de la Carta Magna, se propuso que las autoridades que son parte de las instituciones del Estado fuesen independientes. Lo anterior, tiene que ver con lo que contemplan las Reglas de Beijing en

sus numerales 10.1, 10.2, 10.3, 11.1, 11.2, 11.3, y 14.1 en donde se establece que las autoridades deben ser independientes, a fin de no seguir un interés preconstituido en contra de los niños y niñas que se encuentran en conflicto con la ley penal.

8. Finalidad máxima la: Reintegración

La Convención de los Derechos del Niño en su numeral 40.1 establece que todo niño que se le acuse de encontrarse en conflicto con la ley penal, y seguido el procedimiento penal en donde se compruebe lo anterior, tiene derecho a que el Estado, promueva la reintegración del niño y la niña al seno familiar que el conflicto con la ley trastoco.

Por lo cual, es de señalarse que la reintegración del niño y la niña, debe ser una máxima que tiene que tomarse en consideración dentro del sistema de justicia penal que se encamina. Lo anterior, como base y fin del propio sistema de justicia.

9. Internamiento como ultima ratio y por el tiempo más breve

Las Reglas de Beijing en su numeral 19.1 establece que el internamiento que el sistema de justicia especializado pudiera imponer al niño y la niña en conflicto con la ley penal, por la realización de un hecho delictivo, puede utilizarse siempre y cuando el internamiento se establezca como ultimo recurso para el niño o la niña, y sobre todo por el tiempo más breve que se pueda dentro del sistema.

CONCLUSIONES

Se puede dar cuenta que una vez que la Convención de los Derechos del Niño, tuvo vigencia en el estado mexicano, la adecuación de sus normas fue de forma progresiva dentro del derecho domestico en México, lo anterior fue así dado que la incorporación de la Doctrina de la Protección Integral de la Infancia que incorpora la Convención tuvo que ir poco a poco adaptándose.

Ello en razón de que como es conocido el sistema tutelar luego de la adopción de la Convención en México, no se logro de tajo desterrarla de los albores de la normatividad y de las prácticas culturales, por lo cual su introducción fue de forma paulatina.

Como puede darse cuenta con la reforma al artículo 18 de la Carta Magna, incorpora un nuevo modelo de justicia especialmente dirigido a los niños y las niñas que se encuentran en conflicto con la ley penal, como lo establece el numeral 37 y 40 de la Convención.

Por lo cual, con la incorporación de una nueva redacción del artículo 18, se incorporaron a su vez, ciertas particularidades de cómo debía ser entendido el nuevo paradigma de justicia por lo menos en México.

Cierto lo es que la reforma constitucional al artículo 18 es un hito, dado que es la primera vez en México, que se visualiza que los niños y las niñas en nuestro país, que cometen un delito así considerado por la ley, debe de contar con un sistema de justicia especializado, lo anterior conforme a lo que establece la Convención de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de los Derechos del Niño.

González Ferri; Et Al, Justicia para Adolescentes, Foro Justicia para Adolescentes, Memoria del Foro, Procuraduría General de la República: Proyecto de Cooperación para el Fortalecimiento y Modernización de la Administración de la Justicia en México. Programa de Unión Europea-México, México, 2006.

Reglas de Beijing.

LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE VÍCTIMAS DEL DELITO

Baltazar Reyna Reynoso¹

Profesor Investigador de Tiempo Completo y Coordinador de la Especialidad en Derecho Penal (Facultad de Derecho "Abogado Ponciano Arriaga Leija" de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México)

I.- INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes retos y desafíos que tiene por delante la administración de justicia es lograr la atención adecuada a las personas que se encuentran en situación de víctimas de la comisión del delito, ya se ha avanzado en la atención en este sentido con leyes y organismos.

En otro aspecto, pero fuertemente ligado con el tema tratado es precisamente que es el Estado quien tiene como una de sus actividades fundamentales la de proporcionar seguridad a su población que permita el sano desarrollo de la sociedad sin que las personas sufran daños por la comisión de los delitos, pero la realidad indica que es necesario redoblar esfuerzos para lograr una mejor seguridad, en donde principalmente la prevención es un tema en el que se debe avanzar.

Resalta la importancia que los operadores de la complicada administración de justicia y de la necesaria atención adecuada a las personas en situación de víctima sean aquellas personas que por su preparación y vocación sean los más adecuados para ello, con un alto sentido de la ética y de la trascendencia que tiene en la sociedad su desempeño.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Xalapa, Veracruz, México.

Aunado a lo anterior será necesario considerar a la administración de justicia desde el concepto mismo de lo que es la justicia y sus derivados como la justicia social así como la administración de la justicia como un medio para dirimir los asuntos que se plantean ante los jueces, considerando por lo tanto a la administración de la justicia desde sus diversos momentos mencionados agregando su relación con el medio social en que se aplica, de tal manera que se vea como una parte del todo, en donde se debe considerar ese todo para entender a todas y cada una de sus partes, pues no podemos hablar de la justicia sin considera al ser humano como un ser biopsicosocial, considerando tanto los antecedentes, desarrollo y resultados de su comportamiento, que nos permitan entender el por qué comenten conductas que lesionan a otras personas y buscar cómo se podrá impedir que se sigan cometiendo daños.

¿Parecerá acaso un sueño el pensar lograr que la mejor atención que se le pueda dar a la víctima sea precisamente el que no llegue a ser víctima? ¿Se podrá avanzar en este propósito? Considero que sí, tengo confianza en la humanidad y espero que con los trabajos que se puedan presentar en este Congreso vayamos por buen rumbo.

II.- AVANCES Y RETOS

Unos de los avances en la atención a las personas en situación de víctima es que en varios ordenamientos ya se contempla la atención a ellas, pero es necesario que esas disposiciones sean efectivas en su cometido, en donde la víctima quede satisfecha de la acción de la justicia y la sociedad también reconozca esa efectividad.

Es muy preocupante percibir que las víctimas no han encontrado en la atención de las autoridades la respuesta esperada y aún sustituyendo al anterior sistema inquisitivo mixto o tradicional por un sistema acusatorio la víctima no alcanza a ver los beneficios de ese cambio.

¿Quedaría como única opción a la víctima la resignación?, esperemos que no, busquemos que las autoridades puedan tener los elementos necesarios para lograr procurar e impartir una adecuada atención a las víctimas.

En este propósito toda la sociedad está llamada a participar, como clubes, asociaciones, cámaras empresariales, organismos no gubernamentales, grupos religiosos, grupos políticos, universidades e instituciones de educación superior, por eso es muy importante este Congreso ya que desde la academia aborda temas en la búsqueda de aportar elementos para lograr una mejor convivencia.

Una participación de trascendental importancia es la de los organismos internacionales ya que su aportación puede ser fundamental para lograr la atención adecuada de las personas en situación de víctima, pugnando porque se logre que ya no haya más víctimas con motivo de la comisión de delitos dolosos.

No se puede dejar solas a las víctimas que en medio de su desamparo no cuentan con los medios para lograr que se les haga justicia, escuchemos esas voces que día con día aumentan en todas las sociedades, que pareciera que nos hemos acostumbrado a escuchar sin ponerles atención y nos pareciera común lo que no debiera ser así. Dijera un ilustre mexicano potosino llamado Ponciano Arriaga “El pueblo cree, el pueblo espera, no hagamos ilusoria su postera esperanza”.

III.- CONCLUSIONES

Es necesario buscar hacer efectivos los ordenamientos que buscan atender a las personas en situación de víctima.

Es muy importante la participación de la sociedad en la búsqueda de soluciones a los problemas que se presentan en la atención a las víctimas.

Es fundamental la participación de los organismos internacionales, en conjunto con la sociedad, para lograr una adecuada atención a las víctimas y trabajar para que no haya más víctimas por la comisión de delitos dolosos.

EL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Juan Francisco Rodríguez Ayuso¹

Doctor internacional en Derecho digital por la Universidad de Bolonia (Italia)

R esumen: el objetivo principal del presente estudio de investigación consiste en ofrecer un análisis sistemático de las novedades que trae consigo la incorporación definitiva, obligatoria a nivel comunitario y novedosa a nivel interno español, del Delegado de Protección de Datos. Más concretamente, persigue exponer qué circunstancias rodean la designación, incorporación y desenvolvimiento de esta figura en el seno de la Administración de Justicia, poniendo de relieve aquellas notas singulares que, al respecto, caracterizan su nombramiento, su posición dentro de la organización y, por último, las funciones que, en su seno, está llamado a desempeñar.

Palabras clave: reglamento general de protección de datos, Delegado de Protección de Datos, dato personal, tratamiento, Administración de Justicia.

Abstract: the main purpose of this research is to offer a systematic analysis of the new features introduced by the incorporation of the Data Protection Officer, obligatory at EU level and new at Spanish internal level. More specifically, it seeks to explain the circumstances surrounding the designation, incorporation and development of this figure within the Administration of Justice, highlighting those singular notes that, in this regard, characterise his

¹ Consultor legal de Ciberseguridad, Compliance y Protección de Datos. Profesor y Coordinador del Máster de Protección de Datos. Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).

juanfrancisco.rodriguez@unir.es

appointment, his position within the organisation and, finally, the functions that, within it, he is called to perform.

Key Words: General Data Protection Regulation, Data Protection Officer, Personal Data, Processing, Administration of Justice.

I.- INTRODUCCIÓN

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, Reglamento general de protección de datos o RGPD), al igual que, a su amparo, la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD), contemplan una amplia variedad de medidas que, incardinadas dentro de lo que se conoce como *principio de responsabilidad proactiva* o *accountability*, obligan al responsable del tratamiento a cumplir y a poder demostrar el cumplimiento del conjunto obligatorio impuesto por la nueva normativa en materia de protección de datos personales².

Uno de los más importantes aspectos que conforman esta responsabilidad proactiva lo constituye la figura del Delegado de Protección de Datos (también conocido por su nombre en inglés, *Data Protection Officer*, o bajo los acrónimos DPD o DPO), que, en términos generales, está llamado a ejercer funciones de control y supervisión que favorezcan un cumplimiento más adecuado de la nueva regulación aplicable.

La aparición del Delegado de Protección de Datos se remonta a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en

² SIERRA BENÍTEZ, E. M., “El Delegado de Protección de Datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico”, en *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, 1, p. 256.

adelante, DPDP), si bien su adopción por los distintos Estados miembros a la hora de transponer el texto comunitario no se estableció como obligatoria, de modo que sólo algunos de los Estados miembros procedieron al establecimiento y regulación de esta figura³. Entre estos países no se encontraba España, que no incluyó al DPO ni en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), ni en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RDLOPD)⁴. En consecuencia, no será sino hasta la aplicación del RGPD y de la LOPDGDD cuando se proceda, ahora de modo obligatorio, a la asunción de esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno.

En este contexto, uno de los ámbitos en los que no será necesario nombrar un DPO será en el de la Administración de Justicia, que, en principio, no deberá contar con esta figura para que, dentro de la organización, ostente cuantos poderes se describen seguidamente.

II.- DESIGNACIÓN DEL DELEGADO DE PROTECCIÓN DE DATOS

El DPO, en cuanto persona, responsable en el seno de un responsable o de un encargado del tratamiento, de realizar la supervisión y monitorización⁵, de forma independiente, de la aplicación interna y de garantizar el respeto a las normas en materia de protección de datos personales, habrá de ser designado de forma obligatoria en tres supuestos fundamentales, todos ellos contemplados dentro del artículo 37.1 RGPD:

³ DAVARA RODRÍGUEZ, A., “Reglamento Europeo sobre protección de datos”, en Actualidad administrativa, 2016, p. 25.

⁴ GARRÓS FONT, I., “El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales: comentarios a propósito del Reglamento sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”, en Actualidad administrativa, núm. 2, 2018, p. 36.

⁵ OROZ VALENCIA, L., “Aproximación a la obligación de la protección de datos desde el diseño y por defecto”, en Actualidad administrativa, núm. 1, 2018, p. 7.

1. Cuando el tratamiento sea realizado por autoridades u organismos de naturaleza pública, *con excepción de los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial*.
2. Cuando las actividades principales del responsable o del encargado del tratamiento consistan en operaciones de tratamiento que, atendiendo a su naturaleza, alcance y/o fines, exijan de una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala.
3. Cuando las actividades principales del responsable o del encargado del tratamiento se amparen en tratamientos a gran escala de categorías especiales de datos personales (artículos 9 RGPD y 9 LOPDGDD) o de datos relativos a condenas e infracciones penales (artículos 10 RGPD y 10 LOPDGDD).

De todos ellos, haremos especial alusión y referencia al primero, por afectar directamente al contenido del presente estudio. En este sentido, la nueva normativa excluye de manera específica a los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; de ello se desprende, *sensu contrario*, que cuando no desempeñen funciones relacionadas con este ejercicio, sí que deberán nombrar un DPO⁶.

Por lo demás, aun optándose, de manera voluntaria, por designar un DPD, también se deberán satisfacer las exigencias que establece la nueva normativa en materia de protección de datos personales en los artículos 37 a 39 RGPD y 34 a 37 LOPDGDD. En este sentido, el nombramiento de un DPO puede resultar de gran utilidad en múltiples aspectos, en especial con el objetivo de acreditar y poder demostrar el cumplimiento del principio de responsabilidad proactiva y demás exigencias que establece la regulación actual sobre esta materia.

Más concretamente, aun cuando la Administración de Justicia no tenga la obligación de nombrar un DPO, concurren circunstancias que pueden aconsejar proceder a este nombramiento, como las que siguen:

- La dificultad y complejidad jurídica del tratamiento de datos personales, requiriendo de un especialista en materia de protección de

⁶ DÍAZ FRAILE, J. M., “El documento electrónico y la firma digital: su regulación en la Unión Europea”, Noticias de la Unión Europea, p. 56.

datos que pueda asesorar de manera permanente a responsables y encargados del tratamiento, con el fin de satisfacer de modo riguroso las exigencias que impone la nueva normativa sobre protección de datos⁷.

- Las sanciones que contempla la regulación actual sobre la materia en caso de incumplimiento.
- Afrontar, al producirse una mayor concienciación a los ciudadanos en materia de protección de los datos personales que les conciernen, el previsible incremento de reclamaciones o de ejercicio de derechos por el interesado.

Una vez se proceda a esta designación, sea obligatoria o voluntaria, los responsables y encargados del tratamiento comunicarán a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) o, en su caso, a las autoridades autonómicas de protección de datos, en el plazo de diez días, las designaciones, así como, también, los nombramientos y los ceses de los Delegados de Protección de datos. La AEPD y las autoridades autonómicas de protección de datos mantendrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, una lista actualizada de Delegados de Protección de Datos que será accesible por medios electrónicos (apartados tercero y cuarto del artículo 34 LOPDGDD).

III.- POSICIÓN DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN QUE LO DESIGNE

El estatuto del Delegado de Protección de Datos se contiene en los artículos 38 RGPD y 36 de la nueva LOPDGDD. El cumplimiento de este precepto implica cumplir con las siguientes exigencias:

En primero lugar, el DPO deberá poder participar de forma adecuada en la toma de decisiones relativas a la protección de datos de carácter personal⁸. Para ello, se ha de procurar que el DPO tenga un acceso adecuado en

⁷ ALDUDO, P., “Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto”, en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 70.

⁸ GARCÍA GARNICA, M. C., La protección de los datos personales frente a su tratamiento “on line”

tiempo y forma a las cuestiones que, en este contexto, se realicen en el seno de la Administración de Justicia.

De igual modo, en segundo lugar, también deberá poder apoyar a la organización, que habrá de poner a disposición del DPD las herramientas necesarias para poder desarrollar sus funciones y acceder a los datos personales y las operaciones de tratamiento que se realicen.

En tercer lugar, habrá de integrarse en la estructura de dirección de la Administración que lo designe, rindiendo cuentas tan sólo al más alto nivel jerárquico.

En cuarto lugar, no podrá recibir, durante el desempeño de sus funciones, instrucciones del responsable o del encargado del tratamiento, estando prohibido que sea cesado o sancionado por ello.

En quinto lugar, existirá la obligación de garantizar su independencia dentro de la organización, debiendo evitarse cualquier conflicto de intereses.

En sexto lugar, tendrá que cumplir con el deber de secreto profesional y con el deber de confidencialidad.

En séptimo lugar, también tendrá que acometer sus obligaciones con la máxima diligencia, teniendo en consideración los riesgos asociados a las operaciones de tratamiento y valorando, en cada supuesto, la naturaleza, el alcance, el contexto y los fines del tratamiento de los datos personales.

En octavo lugar, deberá actuar como interlocutor de la Administración designante ante la AEPD y las autoridades autonómicas de protección de datos.

En noveno lugar, habrá de intervenir como punto de contacto del responsable o del encargado del tratamiento ante las reclamaciones que interpongan los interesados antes de acudir a la AEPD o las autoridades autonómicas

por motores de búsqueda: el derecho al olvido digital, en VALLS PRIETO, J. (Coord.), Retos jurídicos por la sociedad digital, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 107 a 135.

de protección de datos⁹. Cuando designen un DPO, el interesado podrá, con carácter previo a la presentación de una reclamación contra aquellos ante la AEPD o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, dirigirse al Delegado de Protección de Datos de la entidad contra la que se reclame.

Por último, tendrá que documentar y comunicar inmediatamente a los Órganos de Administración y Dirección del responsable o del encargado del tratamiento la existencia de una vulneración relevante en materia de protección de datos.

Un punto esencial a considerar en relación con el Delegado de Protección de Datos es la independencia de que ha de gozar. En este sentido, es el Supervisor Europeo de Protección de Datos quien se ha de encargar de delimitar qué ha de implicar esta independencia. En cualquier caso, parece obvio que el DPD no deberá recibir instrucciones sobre el cumplimiento de las funciones que le son propias, como tampoco instrucciones, directa o indirectamente. Esto determina que se habrán de evitar aquellas situaciones que lo comprometan, en especial respecto a la Dirección de la organización. Con esta independencia se persigue, en definitiva, garantizar la autonomía del Delegado de Protección de Datos, a fin de evitar condicionantes, intromisiones o conflicto de intereses.

IV.- FUNCIONES PRINCIPALES

Por lo que respecta a las funciones que corresponden al DPO, el artículo 39.1 RGPD establece aquellas que, como mínimo, ha de ostentar. Conviene resaltar que estas funciones habrán de ser desempeñadas por el DPO prestando la atención debida a los riesgos que estén asociados a las concretas operaciones de tratamiento, todo ello considerando la naturaleza, el alcance, el contexto y las finalidades perseguidas a la hora de tratar los datos personales del interesado (artículo 39.2 RGPD).

⁹ DÍAZ GARCÍA, J., “Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto”, en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 32.

Una vez expuesto lo anterior, pasamos a clasificar las funciones del Delegado de Protección de Datos al amparo de la normativa actual en materia de protección de datos:

En primer lugar, está la de informar y asesorar al organismo público que lo designe de todas aquellas obligaciones que les corresponden en relación con la normativa.

En segundo lugar, supervisar regularmente que se cumple la regulación actual sobre la materia, de cara a garantizar el derecho fundamental del interesado a la protección de sus datos personales, incluyendo, aquí, una adecuada atribución de responsabilidades y la concienciación y formación al personal público que interviene en la realización de las operaciones de tratamiento del responsable o del encargado del tratamiento, así como de cara a la realización de las auditorías que corresponda llevar a cabo dentro de la organización.

En tercer lugar, está la función de asesorar, cuando así se lo pida la organización, en torno a la evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales, supervisando su aplicación de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 RGPD.

En cuarto lugar, se incluye el deber de cooperar, en su caso, con la AEPD.

Por último, deberá adoptar una posición como punto de contacto con la autoridad de control en todos aquellos aspectos relacionados con el tratamiento de los datos personales del interesado, incluyendo, aquí, la consulta previa regulada en el artículo 36 RGPD y la realización de consultas, llegado el caso, sobre cualquier otro asunto relevante sobre esta materia¹⁰.

Las actividades desarrolladas por el Delegado de Protección de Datos en relación con la autoridad de control se enmarcan en aquello que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 denomina el papel facilitador del DPO. En efecto, con el cumplimiento de estas funciones, esta figura proporciona a la autoridad de

¹⁰ HERAS CARRASCO, R., “RGPD: Evaluaciones de impacto”, en I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud, 2018, p. 24.

control el acceso, imprescindible en muchos casos, a aquella información y documentación necesaria para que esta pueda llevar a cabo las obligaciones que, al amparo de la normativa actual en materia de protección de datos, le corresponde, así como aquellas relacionadas con su potestad en materia de investigación o autorización.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUDO, P., "Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto", en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 70.

DAVARA RODRÍGUEZ, A., "Reglamento Europeo sobre protección de datos", en Actualidad administrativa, 2016, 7-8, 15-30.

DÍAZ FRAILE, J. M., "El documento electrónico y la firma digital: su regulación en la Unión Europea", Noticias de la Unión Europea, pp. 25 a 57.

DÍAZ GARCÍA, J., "Seguridad y protección de datos: el análisis de riesgo y la evaluación de impacto", en I+S: Revista de la sociedad española de informática y salud, núm. 128, 2018, p. 32.

GARCÍA GARNICA, M. C., La protección de los datos personales frente a su tratamiento "on line" por motores de búsqueda: el derecho al olvido digital, en VALLS PRIETO, J. (Coord.), Retos jurídicos por la sociedad digital, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2018, pp. 107 a 135.

GARRÓS FONT, I., "El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales: comentarios a propósito del Reglamento sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos", en Actualidad administrativa, núm. 2, 2018, pp. 17 a 42.

HERAS CARRASCO, R., "RGPD: Evaluaciones de impacto", en I+S: Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud, 2018, 127, 24-27.

OROZ VALENCIA, L., “Aproximación a la obligación de la protección de datos desde el diseño y por defecto”, en Actualidad administrativa, núm. 1, 2018, pp. 1 a 15.

SIERRA BENÍTEZ, E. M., “El Delegado de Protección de Datos en la industria 4.0: funciones, competencias y las garantías esenciales de su estatuto jurídico”, en Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo, 1, 236-260.

EL DESARROLLO DE LA PRUEBA EN EL “JUICIO AL GOLPE”

Alba Rosell Corbelle¹

Doctoranda en Derecho Procesal (Universidad de Castilla-La Mancha. España)

I.- INTRODUCCIÓN

El pasado 12 de febrero de 2019 comenzó -y el 12 de junio terminó- el juicio contra los principales dirigentes políticos independentistas catalanes que pretendían vulnerar la Constitución y que las instituciones españolas aceptasen la escisión de la Comunidad Autónoma de Cataluña, mediante la convocatoria y celebración de un referéndum ilegal de autodeterminación² entre los ciudadanos catalanes, con el que se usurpaba la competencia exclusiva para la convocatoria de *referenda* por el Gobierno del Estado y la soberanía, que recae sobre la totalidad del pueblo español y no sobre una parte. Sin ninguna duda y como se convendrá incluso desde las sensibilidades independentistas más extremas la actuación de los acusados vulnera claramente el mandato constitucional del art. 2 de la CE que establece “*la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*”.

¹ Máster en Derecho. Becaria de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez.

² Recordemos que el derecho a la libre determinación de los pueblos se reconoce en derecho internacional a colonias, poblaciones de territorios sin representación política en las instituciones o sobre las que se ejercen graves y reiteradas vulneraciones de los derechos humanos. No es el caso de la población que reside en Cataluña.

Son doce³ los líderes políticos acusados en el juicio al golpe, de los cuales nueve se encuentran, actualmente y hasta que se dicte sentencia, en situación de prisión provisional, para evitar así el riesgo de fuga:

- Oriol Junqueras i Vies: ex Vicepresidente del Gobierno y ex Consejero de Economía y Hacienda de la Generalitat.
- Jordi Turull i Negre: ex Consejero de Presidencia de la Generalitat de Cataluña.
- Raül Romeva i Rueda: ex Consejero de Territorio y Sostenibilidad de la Generalitat de Cataluña.
- Dolors Bassa i Coll: ex Consejera de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Cataluña.
- Joaquim Forn i Chiarello: ex Consejero de Interior de la Generalitat de Cataluña.
- Jordi Sánchez Picanyol: ex Presidente de la Asamblea Nacional Catalana (ANC).
- Jordi Cuixart Navarro: ex Presidente de Omnium Cultural (OC).
- Carme Forcadell i Lluís: ex Presidenta del Parlamento de Cataluña.

Los tres restantes se encuentran en libertad provisional:

- Meritxell Borrás i Solé: ex Consejera de Gobernación de la Generalitat de Cataluña.
- Carles Mundó i Blanch: ex Consejero de Justicia de la Generalitat de Cataluña.
- Santiago Vila i Vicente: ex Consejero de Empresa y Conocimiento de la Generalitat de Cataluña.

³ Existen otras siete personas procesadas declaradas en rebeldía por huir al extranjero de la justicia española: en Bélgica: Carles Puigdemont -expresidente de la Generalidad-, Meritxell Serret, Antoni Comín y Lluís Puig; en Suiza: Marta Rovira y Anna Gabriel y en Escocia se encuentra huida Clara Pontasí.

Carles Puigdemont, Toni Comín y Clara Pontasí están acusados de rebelión y malversación de fondos públicos; Marta Rovira de rebelión; Lluís Puig y Meritxell Serret de malversación y desobediencia; y Anna Gabriel está acusada de desobediencia. Las Órdenes Europeas de Detención y Entrega dirigidas contra los huidos que se hallaban en países de la Unión Europea fueron desactivadas por el Juez de Instrucción D. Pablo Llerena cuando el Tribunal Superior de Schleswig-Holstein (RFA) resolvió que sólo entregaría al procesado rebelde Puigdemont por el delito de malversación de fondos públicos y no por el de rebelión. Se mantienen, sin embargo, las órdenes de detención nacional y los huidos podrán ser detenidos si vuelven a España.

La vista del juicio oral, que ha tenido una duración de cuatro meses, comenzó con la exposición de las cuestiones previas donde las partes alegaron sus objeciones sobre el respeto por los derechos fundamentales en juego y las garantías procesales. Finalizadas las cuestiones previas se dio comienzo a la fase probatoria.

Evidentemente, el desarrollo de la prueba en juicio y su valoración por el tribunal son mementos de trascendental importancia para determinar si los acusados, además de practicar el golpismo en su intento de ruptura con la Norma Fundamental, vulneraron el Código Penal -en adelante CP-. En concreto, como es bien sabido, los delitos objeto de enjuiciamiento en este proceso son los de rebelión (art. 472.5 del CP), sedición (art. 544 del CP), malversación de caudales públicos (art. 432 del CP), organización criminal (art. 570 bis. del CP) y/o desobediencia (art. 410 del CP). Aunque tendremos que esperar a que el tribunal dicte sentencia para la valoración de los hechos objeto de prueba y su calificación jurídico-penal, puesto que resultaría impropio de un análisis académico emitir un juicio anticipado y en paralelo, sí resulta posible y conveniente el análisis de los aspectos procesalmente más relevantes del desarrollo de la práctica de la prueba en el juicio.

II.- CONSIDERACIONES GENERALES

La fase probatoria se abrió, como es práctica inveterada -aunque no legalmente prevista en la LECRIM- con la declaración de los acusados, seguida del interrogatorio de testigos y peritos -más de quinientas personas- y de la prueba documental -horas y horas de lectura de *tuits*, declaraciones, atestados, visionado de videos ...-, con observancia de todas las formalidades, pues durante el transcurso de todo el juicio y muy señaladamente en la práctica de la prueba, se han aplicado en todo momento escrupulosamente garantías procesales que reconoce nuestra Constitución.

Comenzaron las declaraciones de los acusados y con ellas las primeras controversias sobre la práctica probatoria. El primero en declarar fue Oriol Junqueras, quien rechazó contestar a cualquier pregunta que no fuera una de las efectuadas por su abogado. Tampoco lo hizo su compañero Raül

Romeva⁴, algo perfectamente lícito pues las personas acusadas no tienen obligación de decir la verdad y pueden contestar discrecionalmente y de manera selectiva a las preguntas de las partes que consideren oportunas, en virtud de su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable⁵. El resto de los acusados respondieron al interrogatorio efectuado por la Fiscalía y la Abogacía del Estado, pero ninguno de ellos contestó a las preguntas que tenía preparadas la acusación popular ejercida por el partido político Vox. Aunque muchos testigos mostraron también su desacuerdo por tener que responder al abogado que patrocinaba la posición de un partido político -calificado de extrema derecha-, no se les reconoció derecho a guardar silencio, pues obviamente tenían la obligación constitucional y legal de contestar a todas las preguntas formuladas por las partes y de decir la verdad para no incurrir en el delito de falso testimonio regulado en el art. 458 CP⁶ (dicho precepto fue recordado reiteradamente por el Presidente de la Sala, el Magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, a varios testigos cuando en el transcurso de sus interrogatorios se negaron a contestar al actor popular).

III.- DECISIONES RELEVANTES COMO PRECEDENTES

Más allá de la específica problemática abordada en el juicio del *procés* en relación con los hechos concretamente enjuiciados y su calificación jurídica, resulta de interés examinar la práctica del tribunal en la clarificación de cuestiones procesales -atinentes a la garantía de los derechos y al desarrollo de la prueba- que, en la práctica de los tribunales, resultaban controvertidas y acerca de las cuales ha resultado sumamente positivo que la Sala Segunda

⁴ Ambos acusados compartían el mismo abogado, Andreu Van den Eynde, cuya estrategia de defensa parece que se basa más en dar un discurso político que en intentar esclarecer los hechos objeto de enjuiciamiento.

⁵ Reconocido en el artículo 24.2 de la CE y en el art.118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que garantiza en sus apartados g) y h) que *“toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar su derecho de defensa (...) a cuyo efecto se le instruirá sin demora los siguientes derechos: (...) derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”*.

⁶ *“El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses”*.

del Tribunal Supremo se haya pronunciado en un proceso de tanta trascendencia y tan seguido por los profesionales del foro y de la sociedad en su conjunto.

1. El derecho de los acusados a declarar en catalán

La Ley no prevé la posibilidad de que un español que comprenda el castellano declare en juicio como acusado en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma en la que reside fuera del territorio de la misma. Pese a ello, la Presidencia del tribunal permitió a los acusados declarar en catalán, si así lo deseaban, o en castellano. De esta manera cada acusado podía optar por su lengua materna para responder las preguntas. El tribunal reconoció la capacidad de responder a cada acusado en su lengua materna por "*razones emocionales*" -integrando así en el derecho de defensa del acusado la elección del idioma en que más comfortable se sintiera-. Para posibilitarlo, puso a su disposición un servicio de traducción, que se acordó que se realizara en forma consecutiva, rechazándose la simultaneidad, al considerarse tal modalidad de traducción contraria al derecho fundamental a un proceso público y al principio de publicidad, consagrados en los artículos 24.2 y 120.1 de la CE.

Ha de recordarse que, dada la relevancia del juicio sobre *el pocés* se dispuso por el tribunal -no por primera vez en España- que la vista oral se retransmitiera en directo en "*streaming*" por la red, a través de la web del Consejo General del Poder Judicial. Si se hubiera permitido que la traducción se realizase de manera simultánea y no consecutiva -como solicitaron los abogados las defensas- sólo las personas que entendieran el catalán o que -dentro de la Sala- dispusieran de auriculares hubieran podido comprender las declaraciones de los acusados.

Ante la decisión, los doce acusados, previa protesta por la imposibilidad de tener un traductor simultáneo, declararon en castellano. Su postura sugiere que no tenían un problema real con la utilización de la lengua común de todos los españoles, sino que querían representar ante el público la ficción de unos acusados que se encontrarían declarando ante un tribunal extranjero, distante, con el que sólo cabría comunicación con intérpretes y

auriculares. Ni se produjo merma del derecho de defensa ni se escenificó el sainete que pretendían.

2. Los símbolos políticos durante el juicio

Algunos de los acusados y de los asistentes a la vista llevaron -como símbolos independentistas y de apoyo a los procesados y fugados- lazos amarillos. Ante ello la acusación popular ejercida por el partido político Vox protestó y solicitó al Tribunal que fijara criterio sobre la posibilidad o no de portar dichos símbolos en el juicio.

Tras la protesta de la acción popular, la Presidencia adoptó la medida de hacer suya la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecida en dos precedentes: la Sentencia *Hamidovic contra Bosnia y Herzegovina*, de 5 de diciembre de 2017 y la Sentencia *Lachiri contra Bélgica*, de 18 de septiembre de 2018, relativas a la compatibilidad de la utilización del velo musulmán por testigos llamadas a declarar en juicio desde la perspectiva del derecho a la libertad religiosa reconocida en el art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (que salvaguarda la libertad religiosa, junto con la de pensamiento y conciencia).

En la Sentencia *Hamidovic vs. Bosnia* se declaró que las sanciones de multa y prisión impuestas a una musulmana *wahabita llamada a declarar como testigo durante la vista*, por negarse a quitarse el velo por motivo de su religión, supuso una injerencia desproporcionada en el derecho consagrado en el art. 9 de la CED. Conforme al apartado 2 del mismo precepto, *“la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”*. Consideró el tribunal que el velo no constituía una amenaza contra el tribunal y no impedía su identificación ni entorpecía la valoración del testimonio, por lo que prohibirlo había sido una intromisión ilegítima en el derecho a manifestar la religiosidad. Más tarde, en la misma línea, la STEDH de 18 de septiembre de 2018 aplicó idéntica doctrina respecto a Bélgica.

Conviene aclarar que las sentencias referidas suponen una matización de la jurisprudencia anterior sobre la posibilidad de los Estados de prohibir el uso del velo en los establecimientos públicos o en los centros educativos con la finalidad de garantizar la neutralidad de las instituciones. En las dos sentencias citadas, el TEDH resalta que las personas portadoras de símbolos religiosos eran particulares llamados a comparecer, no por su propia voluntad, ante los tribunales.

En el juicio sobre el *procés*, la Presidencia constato que un lazo amarillo no es un símbolo religioso, sino ideológico, pero sostuvo que, como el rango axiológico con el que contempla el Convenio de Roma los símbolos religiosos e ideológicos es el mismo, al tutelar simultáneamente la libertad de pensamiento y la libertad religiosa en el art. 9 CEDH, el lazo amarillo se encuentra protegido por el texto internacional.

En definitiva, los acusados, los testigos y los asistentes entre el público pudieron portar lazos amarillos durante las sesiones del juicio oral. No obstante, en coherencia con la postura del TEDH sobre la legitimidad de excluir la manifestación de las ideas propias en instituciones públicas por parte de servidores públicos o profesionales, el Magistrado Marchena advirtió que no se permitiría la colocación de signos ideológicos sobre las togas de los abogados.

3. Derecho a no declarar y a no confesarse culpable

La prohibición que la Presidencia taxativamente estableció para que la acusación popular ejercida por el partido político Vox dejará en el aire y en el soporte virtual de registro del juicio las preguntas que dicha parte acusadora hubiera deseado plantear a los acusados constituye una clarificación necesaria de la respuesta jurisdiccional que merece el intento de sortear el derecho del acusado a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable del art. 24.2 de nuestra Norma Fundamental.

Aunque tal derecho fundamental expresado en el conocido brocardo latino "*nemo tenetur se ipsum accusare*", ha sido objeto de apropiación -como otras tantas instituciones jurídicas- por los juristas anglosajones, que lo

adjudicaron a Coke y a la tradición del common law, lo cierto es que constituye un principio del derecho canónico preinquisitorial que nació asociado al llamado “*juramento de calumnia*”, cuyo fundamento -más allá de antecedentes bíblicos- se encuentra en el Decreto de Graciano del Siglo XII.

En la actualidad, pasado el tiempo, por influencia del modelo inquisitorial que todo lo confiaba a la confesión concebida como “*regina probatorum*”, se había considerado correcto confrontar al acusado con su acusador para colocarlo durante el interrogatorio en la tesitura de contestar o permanecer silente ante las preguntas del sostenedor de la tesis inculpatoria con el fin de predisponer al tribunal en su contra. Pero tal práctica resulta obviamente contradictoria con un sistema de justicia penal garantista, en el que los acusados para mantener intacto su derecho a la presunción de inocencia les basta con refutar la tesis de la acusación si lo desea o permanecer inactivos ante ella. Por ello en el Derecho anglosajón desapareció gradualmente en los siglos XVIII y XIX, al permitirse al abogado de la defensa relatar los hechos ante el tribunal y no circunscribir su actuación a las cuestiones jurídicas.

Actualmente, en el Derecho anglosajón no se obliga al acusado a exponerse a las preguntas de la acusación si no acepta voluntariamente salir a la palestra. El mismo sistema se recomendaba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

Pero, sin necesidad de reforma legislativa, la Presidencia del juicio al *pro*cés ha señalado a los tribunales el camino a seguir en los sucesivos, superando posiciones doctrinales y jurisprudenciales ancladas en el pasado jurisprudencial. Se ha garantizado, de esta forma, el escrupuloso respeto por el derecho de los acusados a no declarar mediante la prohibición de la consignación de las preguntas que las acusaciones insistan en plantear pese a la advertencia de ejercicio del derecho referido por sus titulares.

4. Interrogatorio cruzado de testigos

Otra de las contribuciones más relevantes de la Presidencia para la práctica de la prueba, esta vez en relación con la testifical, ha sido la delimitación de las posibilidades de actuación de la parte contraria a la proposición del testigo en el interrogatorio cruzado ("*cross examination*", que se practica por la parte contraria tras la examination "*in chief*" a cargo de la parte proponente en derecho anglosajón).

Hasta ahora era práctica común de los tribunales permanecer impasibles ante cualquier pregunta que se pudiera efectuar al testigo por la parte contraria a la que había propuesto su intervención en el juicio, siempre que fuera pertinente y útil en relación con los hechos conformadores del objeto del proceso. Pero tales preguntas, si no se refieren al interrogatorio previo, equiparan *de facto* al proponente de la prueba con las demás partes en el proceso, en cuanto al posible planteamiento de las cuestiones fácticas suscitadas y sitúan a las partes no proponentes -probatoriamente pasivas- en mejor posición que a la que haya ostentado la iniciativa probatoria, puesto que les otorga la posibilidad de interrogar al testigo sobre temas acerca de los cuales todavía no ha depuesto, sin posibilidad de un interrogatorio contradictorio acerca de dichos temas por la parte contraria, precisamente la parte proponente de la prueba y a quien tal metodología errónea puede ocasionar indefensión. Por ello, con buen criterio la Presidencia del juicio al *procés* ha cortado en seco tal uso procesalmente incorrecto y ha establecido en diversas ocasiones (cerceados intentos en contra tanto del Ministerio Fiscal como de las defensas) que las preguntas propias del interrogatorio cruzado sólo puedan tener como finalidad refutar o aclarar las manifestaciones sobre los hechos del interrogatorio efectuado por la parte proponente de la prueba o poner en entredicho la credibilidad del testigo.

Resulta así delimitada la "*cross examination*", un instrumento de defensa que no debe convertir en ventaja indebida para la parte que se muestra pasiva en la proposición de la prueba y activa en el chicanero intento de sacar provecho de una hasta ahora inadecuada comprensión por los tribunales del método de interrogatorio de los testigos, que ha de ser equilibrado y justo para ambas partes.

IV.- CONCLUSIÓN

En la celebración del juicio *al golpe*, al que he tenido la suerte de asistir como enviada de una revista jurídica peruana, se ha demostrado en todo momento que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aplicado un elevadísimo estándar de garantías procesales a los acusados, por encima de las exigencias internacionalmente establecidas en los convenios internacionales sobre salvaguarda de los derechos humanos, pese al ficticio relato de menoscabo de garantías y derechos que, desde el independentismo, se ha querido transmitir para reforzar el mito de una Cataluña sojuzgada por un Estado opresor. Frente a su intento se alza la realidad, que ha podido ser percibida por el público, y que los investigadores y estudiosos del Derecho hemos de reconocer, como mediante la presente comunicación he pretendido.

ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN MÉXICO, ANÁLISIS DE CASO DE LA COMUNIDAD INDÍGENA DE SAN PABLITO PAHUATLÁN VS. TRANSCANADA RESPECTO DE LA INSTALACIÓN DEL GASODUCTO TUXPAN-TULA

Nadia Ruiz Muñoz¹

Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
(Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México)

y

Araceli Espinosa Márquez²

Profesora-Investigadora del Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo
Estratégico (Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. México)

I.- ACCESO A LA JUSTICIA COMO UN DERECHO HUMANO

Los estudios sobre el acceso a la justicia de los pueblos originarios respecto de sus derechos humanos invitan desde luego a ser analizados desde el marco normativo internacional. Al respecto las Reglas de Brasilia en su artículo tercero, señala el acceso a la justicia como un derecho que principalmente se circunscribe y toma relevancia en aquellas personas en situación

¹ nadia.ruiz@correo.buap.mx

² araceli.espinosa@correo.buap.mx

de desigualdad y vulnerabilidad. Entendiéndose por persona o grupo vulnerable aquel que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por otro tipo de circunstancias como la social, étnicas o culturales encuentran especiales dificultades para ejercer ante un sistema de justicia, sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 8 también contiene el derecho al acceso a la justicia, así como el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aunado a las disposiciones señaladas, el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y los artículos 5 y 6 de la convención internacional sobre la eliminación de todas las Formas de discriminación contra la mujer.

Así mismo la Convención Americana sobre Derechos Humanos³ consagra un conjunto de derechos inherentes al acceso a la justicia, como el derecho a un recurso efectivo el cual conlleva las características de ser eficaz, idóneo y pertinente. Las características antes mencionadas son de acuerdo a Birgin y Gherardi (2011) el principio que fundamenta la democracia y permite expresar sustantivamente la igualdad ante la ley.

II.- ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN MÉXICO

Tomando en consideración lo antes expuesto, podemos entender que en el caso⁴ analizado se cumple con la característica de las leyes procesales

³ Específicamente los artículos 8.1 y 25 de la convención.

⁴ El amparo analizado registrado bajo el número 1973/2017 del índice del Juzgado Tercero de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla. Mismo que fue interpuesto por personas que se identificaron como ciudadanos, pobladores e indígenas de la comunidad de San Pablito y donde los quejoso señalan a 12 autoridades responsables de las cuales 10 corresponde al Poder Ejecutivo y las 2 restantes son la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados. Entre las autoridades dependientes del Ejecutivo se nombró al: Presidente de la República, al Secretario de la Secretaría de Energía; Subsecretario de Hidrocarburos de la Secretaría de Energía; Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial de la Secretaría de Energía; Director General de

de México, al ser efectivas para brindar un espacio en el que se ventilan las controversias y se llega a una solución procesal, sin embargo, el fin último; es decir la eficacia de la misma norma adjetiva, no se cumple debido a que, lo que se busca con el conocimiento del poder judicial, es evitar los conflictos que se pudieran desatar en la localidad, cuestión que no se ha logrado, debido a que todavía no existe una tranquilidad en la comunidad donde ocurren los eventos que dan origen a la controversia. El modelo para dimensionar a la justicia que presentan, Cappelletti, Garth y Ovalle Fabela (1985) permite dimensionarla en el caso en concreto, desde una vertiente normativa y otra fáctica, lo que resulta útil para reflexionar sobre el recorrido de los pueblos originarios en su lucha por tener acceso a la justicia.

Devis Echandia (2015) y Cipriano Gómez Lara (2011), se centran en el valor que tiene el constructo de *interés jurídico*, mismo que fue estudiado por el juzgador y mediante el cual sobreseyó el juicio con la consecuencia de no otorgar la suspensión del acto reclamado, es decir, en su momento permitió que se continuara la construcción del gasoducto en la comunidad accionante⁵.

la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas; Delegación de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en el Estado de Puebla; Presidente Municipal de Pahuatlán, Puebla; así como a la Subdirección de Consulta Previa de la Dirección de Consulta Previa de la Dirección General Adjunta de Evaluación de Impacto Social y Consulta Previa de la Dirección General Adjunta de Apoyo Normativo y Ocupación Superficial de la Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial de la Secretaría de Energía. El acto reclamado consistió en todas las normas de carácter general, actos y omisiones de autoridad vinculados con el proyecto Gasoducto Tuxpan-Tula, así como las normas, actos y omisiones de las autoridades en materia de participación, consulta y obtención del consentimiento de pueblos originarios y comunidades indígenas y equiparables. En particular contra la Resolución de la Evaluación de Impacto Social, contenida en el Oficio 100.-DGISOS.411/16, de fecha 9 de junio de 2016, emitida por la Dirección General de Impacto Social y Ocupación Superficial de la Oficina del Secretario de la Secretaría de Energía, conforme a la cual se tiene por satisfecha la presentación de la Evaluación de Impacto Social con el documento 'Evaluación de Impacto Social del Sistema de Transporte de Gas Natural Tuxpan-Tula', presentado por la empresa Transportadora de Gas Natural de la Huasteca el día 18 de enero de 2016, incluida la actualización de la ruta del Proyecto presentada por dicha empresa, en el que se le ordenó a esta última la implementación de las medidas propuestas en la Evaluación de Impacto Social y de las recomendaciones establecidas en el Dictamen Técnico respectivo, así como estableciendo las bases para la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas susceptibles de afectación por el Proyecto.

⁵ La valoración del juzgador, desencadenó una transgresión no solo procedimental ya que se limitó el ejercicio del derecho a la Consulta Previa libre e informada, derecho que ha

Por último y no menos relevante es el actuar de la comunidad en todo este tiempo para poder evitar la operatividad del gasoducto bajo la premisa de la violación a la Consulta previa libre e informada; derecho que se estableció como un derecho humano y colectivo de los pueblos indígenas, con la finalidad de constituir una forma de respeto a la identidad y dinámicas que se establecen dentro de su territorio, dichas dinámicas a nivel internacional son consideradas como un elemento esencial para su supervivencia⁶.

III.- ESTUDIO DE CASO SAN PABLITO PAHUATLÁN⁷ VS. TRANSCANADA

La importancia de una consulta, radica en ser un derecho que permite a los afectados expresarse con anticipación sobre los problemas que pudieran surgir a partir de la implementación de una obra o modificaciones de leyes y encontrar soluciones para dichos efectos, de lo contrario de no poder el sujeto manifestarse, se puede contemplar como un derecho inejercible, dando lugar como consecuencia y como lo diría Antonio Azuela (2009) que el o los conflictos sociales derivados de ello sean evidenciados incluso fuera del territorio en el que empezaron a formarse.

enarbolado las demandas de los grupos indígenas en toda Latinoamérica a partir de la implementación de la industria extractiva de los recursos naturales. los casos del Acueducto Independencia en Sonora, los Parques eólicos en Oaxaca y los campos de cultivo de Monsanto en Mérida son ejemplo de ello. En este tenor cobra relevancia los estudios de Cesar Rodríguez Garavito, Meghan Morris, Paula Buriticá (2010) y Natalia Orduz Salinas (2014).

⁶ Los ordenamientos internacionales revisados para ubicar las características de la Consulta Previa Libre e informado, son: E convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas.

⁷ San Pablito Pahuatlán fue habitada por aztecas, otomíes y algunos totonacos, por lo que, desde su origen, los grupos de pueblos originarios han estado presentes; los otomíes se establecieron en la comarca y posteriormente llegaron grupos totonacas; y a la fecha coexisten en un mosaico pluricultural mestizos y los diferentes grupos originarios. Se localiza en la parte noroeste, del estado de Puebla se asienta sobre una pequeña planicie de las laderas del cerro de Ahila. Sus coordenadas geográficas son los paralelos 20º 13' 12" y 20º 21' 98" de latitud norte, y los meridianos 98º 04' 18" y 98º 12' 12" de longitud occidental (Gobierno del Estado de Puebla, Secretaría de Gobernación, Los Municipios de Puebla 1ª edición 1988).

En el caso mexicano, los movimientos sociales han sido una expresión de la disputa territorial que se da entre los indígenas y el resto de actores tanto públicos como privados⁸.

Bajo una perspectiva normativa⁹ y de acuerdo al derecho positivo mexicano, cuando existe la intención de una empresa para desarrollar actividades energéticas, deberá realizarse dos tipos de evaluaciones; la evaluación de impacto social y de impacto ambiental, ambas se han hecho obligatorias desde 2014 de acuerdo a la Ley de Hidrocarburos y a la Ley de Industria Eléctrica¹⁰.

El proyecto de Gasoducto Tuxpan-Tula, forma parte del Plan Quinquenal de Expansión del Sistema de Transporte y Almacenamiento Nacional Integrado de Gas Natural 2015-2019 que prevé la construcción y operación de una estación de compresión, así como 12 gasoductos a lo largo de cinco mil kilómetros de longitud. Una de estas empresas que ha participado con sus filiales para obtener las licitaciones es TransCanada.

TransCanada¹¹ es una empresa de oleoductos, fue la primera compañía privada en construir y operar gasoductos en México. Hasta enero 2018 operaba una red de ductos de gas natural que se extiende por más de 91,500 kilómetros en América Latina.

⁸ La Constitución de México en su artículo 27 establece las 3 modalidades de la tenencia de la tierra; pública, privada y social, ésta última es en donde se encuentran principalmente inmersos los grupos indígenas y de la que han sido desplazados por medio de expropiaciones o ventas directas con algún particular.

Se entiende por propiedad social, al espacio territorial donde un grupo de habitantes trabajan en conjunto las tierras, en busca del sostenimiento de sus propias necesidades y el cual no limita los intercambios económicos. Pereira (2003), Constantino (2016), Merino (2014) y Villafuerte (2015).

⁹ Base fundamental además del convenio 169 de la OIT son los artículos 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que han sido materia de interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁰ La Ley de Hidrocarburos fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014 y su última reforma fue publicada con fecha 15 de noviembre de 2016.

La Ley de Industria Eléctrica fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de agosto de 2014 y hasta agosto de 2018 no ha tenido ninguna reforma.

¹¹ La información sobre la empresa se encuentra en su página oficial; <http://www.transcanada-mexico.com/>

Los actores que intervienen son las 459 comunidades, la empresa Transportadora de Gas Natural de la Huasteca, S. de R.L. de C.V, filial de TransCanada y el Estado por medio, principalmente, de la Secretaría de Energía, el Centro Nacional de Control del Gas Natural, la Comisión Reguladora de Energía, Comisión Federal de Electricidad, los presidentes de los estados de Puebla, Hidalgo, Veracruz y estado de México y los presidentes municipales. La forma de hacer frente y de exigir respeto al derecho humano a la consulta (entre otros derechos) consistió en conformar un Consejo Regional de los Pueblos Originarios en Defensa del Territorio Puebla-Hidalgo, dicho consejo alberga 6 consejos más de los pueblos Nahuas, Otomí, Ttepehua y Totonacos que se encuentran a lo largo de los 4 estados afectados (Hidalgo, Puebla, estado de México y Veracruz), es de notar que estos grupos también exigen sus derechos poniendo en riesgo su integridad física pues realizaron resistencia y así mismo han asistido constantemente a foros públicos nacionales e internacionales para señalar las arbitrariedades de las autoridades y de la empresa¹².

Por lo que corresponde al estudio jurídico, es necesario encuadrar a los sujetos de derecho inmerso en la situación de litigio. Las partes de acuerdo sus requerimientos se sitúan dentro del derecho público, lo cual es relevante puesto no solo se expresa la relación entre empresa y comunidad indígena, sino más bien hay un vínculo con el Estado derivado de la afectación que pudiera tener para una sociedad el hecho de permitir la operación de gasoducto, pero también de impedirselo. En México son pocos los grupos de indígenas que tienen acceso a la justicia efectiva, toda vez que existen impedimentos en el lenguaje y también económicos para que estos lleguen sus demandas ante una autoridad jurisdiccional.

Es necesario señalar que la comunidad indígena en reiteradas ocasiones y el mismo amparo reveló que nunca fue notificada¹³ con antelación del

¹² La información se obtuvo de una revisión hemerográfica de octubre de 2015 a marzo de 2018 en los diarios La Jornada de Oriente, Regeneración, E-Consulta, Vanguardia, Municipios Puebla.

¹³ La notificación para el Caso de la consulta es preponderante pues el mismo derecho humano exige que las reuniones de información con los grupos indígenas deben ser anteriores a la concreción de cualquier proyecto que ponga en peligro o modifique las formas originarias de la comunidad.

proyecto y mucho menos se realizó una Consulta previa libre e informada. La persona moral, Transportadora de Gas Natural de la Huasteca, vía amparo y como tercero interesado, menciona que todas las actividades por ella realizadas fueron llevadas a cabo conforme a la normatividad mexicana y que en ningún momento se ha ignorado los derechos de los pobladores. Sin embargo, la empresa estuvo operando de forma paralela a los lineamientos normativos, queriendo obtener la aprobación de los pobladores por medio de engaños y división de la comunidad, así como con recursos económicos brindados a algunas autoridades municipales para contar con su aprobación¹⁴.

1. Derechos exigidos

Los principales argumentos jurídicos que oponen las comunidades derivan de la violación de sus derechos a la libre asociación, autodeterminación y autonomía, así como a la consulta libre, previa e informada, por parte del Estado y de la empresa. De las declaraciones hechas por los consejos a los medios de comunicación del año 2016 a febrero de 2018 los pobladores afectados, exigen respeto a su derecho a la autodeterminación, al territorio, a las riquezas naturales y culturales, a sus sitios sagrados y a sus usos y costumbres.

El Derecho a ser reconocidos como indígenas, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a permanecer en sus territorios y no ser desplazados. Así en términos concretos las peticiones de las comunidades se resumen en: Modificación del trazo del gasoducto, que las comunidades tengan intervención para participar en las medidas de seguridad, compensación y mitigación de la construcción y operación del gasoducto.

Se pide el reconocimiento de las autoridades tradicionales y de las comunidades como indígenas, y que de las 459 localidades sólo 15 fueron tomadas en cuenta.

¹⁴ La información se obtuvo de una revisión hemerográfica de octubre de 2015 a marzo de 2018 en los diarios La Jornada de oriente, Regeneración, E-Consulta, Vanguardia, Municipios Puebla.

2. Análisis de la sentencia dictada por el Juzgado de Distrito

El amparo fue interpuesto por personas que se identificaron como ciudadanos, pobladores e indígenas de la comunidad de San Pablito.

Dichas personas señalan a 12 autoridades responsables de las cuales 10 corresponde al Poder Ejecutivo y los 2 restantes son la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados.

Los quejosos fueron tres indígenas que comparecieron por su propio derecho y en representación del pueblo Otomí Ñañuhu. Las autoridades responsables sumaron 12 y el tercero perjudicado es la empresa Transportadora de Gas Natural de la Huasteca.

En resumen el acto reclamado consistió en todas las normas de carácter general, actos y omisiones de autoridad vinculados con el proyecto Gasoducto Tuxpan-Tula, así como las normas, actos y omisiones de las autoridades en materia de participación, consulta y obtención del consentimiento de pueblos originarios y comunidades indígenas y equiparables; así mismo se inconformaron respecto de la Resolución en Materia de Impacto y Riesgo Ambiental¹⁵ y La Resolución de la Evaluación de Impacto Social¹⁶.

La celebración de diversas reuniones en la localidad ubicada en el municipio de Pahuatlán de Valle, estado de Puebla, como parte del proceso de consulta que realiza la Secretaría de Energía.

Todo lo antes mencionado fue expuesto por los quejosos en el afán de lograr una suspensión de todas las actividades tendientes a la construcción del gasoducto, así como la suspensión de las reuniones que tienen como objeto la realización de una consulta.

¹⁵ Se determina que el Proyecto “Gasoducto Tuxpan-Tula” es ambientalmente viable y se autoriza de manera condicionada, con una vigencia de treinta meses para llevar a cabo las actividades de preparación del sitio y construcción y de veinticinco años para la operación, el mantenimiento y abandono del proyecto.

¹⁶ Conforme a ésta se tuvo por satisfecha la presentación de la Evaluación de Impacto Social con el documento ‘Evaluación de Impacto Social del Sistema de Transporte de Gas Natural Tuxpan-Tula’.

La autoridad, en este caso el Juez de Distrito, una vez desahogado el procedimiento, considera que el quejoso mencionó en su demanda de amparo, diversas reuniones en Pahuatlán con el objeto de celebrar una consulta a las comunidades de San Pablito, Xochimilco y Zecapehuaya, sin embargo, para el juzgador, sólo son antecedentes y argumentos relacionados al procedimiento del proyecto de que se trata, por considerar que éste vulnera sus derechos humanos contenidos en la Constitución General de la República.

De acuerdo a los principios del derecho procesal, todo demandante debe probar su interés legítimo, se da el caso que las autoridades mencionadas como responsables sostienen que el quejoso carece de interés legítimo.

Al respecto el interés legítimo se acredita cuando:

1. Exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso en beneficio de una colectividad determinada.
2. El acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva y el promovente pertenezca a esa colectividad.

Siguiendo con el análisis del derecho positivo, el interés jurídico se debe acreditar mediante la titularidad de un derecho subjetivo y que ese derecho sea desconocido o conculcado por una norma general, acto u omisión de autoridad (Devis, 2015).

Tanto el interés legítimo como el interés jurídico han sido interpretados mediante jurisprudencia, en este sentido no es esta fuente formal del derecho la que transgrede en el acto reclamado sino la interpretación que le da el juzgador para determinar que los quejosos no comprueban dicho interés.

El Juez de distrito sí advierte que los peticionarios consideran que tienen un interés legítimo porque son integrantes del pueblo indígena otomí Ñaňuhu de San Pablito Pahuatlán y los mismos se autoadscriben como indígenas.

Los indígenas comprobaron su calidad con la que comparecieron a través de una constancia en el que el Consejo de Ancianos de la Comunidad Indígena Otomí de San Pablito, les reconoce como tal y con una constancia de radicación expedida por la Presidencia Auxiliar de San Pablito.

La autoridad reconoció la calidad de indígenas a los quejosos de acuerdo al artículo 2 de la Constitución General de la República, así como al Convenio 169 de la OIT, al respecto existen criterios orientadores que pide a los juzgadores que la apreciación de si existe o no una auto adscripción indígena, debe descansar en las actuaciones del caso en concreto favoreciendo los derechos de los grupos estructuralmente desventajados.

Por otro lado, la autoridad asevera al igual que las autoridades responsables, que el quejoso no tiene interés ni legal ni jurídico, de acuerdo al artículo 61, fracción XII, de la Ley de Amparo y por lo tanto es una causal de improcedencia ya que no hay forma de demostrar que algún derecho subjetivo, interés legítimo ya sea individual o colectivo fue dañado o menoscabado.

El interés jurídico es trascendental en un juicio pues es un presupuesto procesal y de éste depende que la acción constitucional prospere; el daño o menoscabo puede recaer en la persona o en su patrimonio, para esto sólo tiene interés jurídico o legítimo aquél a quien la norma jurídica le otorga la facultad de exigencia oponible a la autoridad.

El interés jurídico necesario para la procedencia del juicio constitucional implica la existencia de dos presupuestos:

- a) La titularidad de un derecho subjetivo; y
- b) Que ese derecho sea desconocido o conculcado por una norma general, acto u omisión de autoridad.

El otro apartado que se ocupa del interés legítimo, para acudir a la instancia constitucional deberá acreditarse que:

- 1) Exista una norma constitucional en la que se establezca o tutele algún interés difuso¹⁷ en beneficio de una colectividad determinada.

¹⁷ Se entiende por interés difuso aquellos que se desprenden de situaciones jurídicas no referidas a un individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o indeterminable, que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común. Se entiende entonces que todos los miembros de un grupo tienen el derecho. “INTERESES

- 2) El acto reclamado transgreda ese interés difuso, ya sea de manera individual o colectiva.
- 3) El promovente pertenezca a esa colectividad.

La autoridad reconoce la personalidad de los indígenas, pero refuta en cuanto a su interés legítimo ya que no acreditaron el impacto significativo que el proyecto denominado "Gasoducto Tuxpan-Tula" tiene sobre sus condiciones de vida y entorno. Cuestión que sustenta a partir de lo que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó en el amparo en revisión 500/2015; en este amparo se determinó que el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a ser consultados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, previsto en el artículo 6 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas, no significa que el Estado deba consultar a los pueblos y comunidades indígenas siempre que se vean involucrados en alguna decisión estatal, pues se llegaría al absurdo de tener que consultarlos para la emisión de cualquier ley o decisión administrativa.

Para esta primera instancia la parte quejosa no pudo demostrar que cuenta con un interés real y jurídicamente relevante, por lo tanto, no acreditó tener un interés diverso al del resto de la sociedad que le permita instar al juzgador y ningún agravio le ocasionan los actos que combate.

Por otro lado, niega la suspensión razonando que con la paralización de la ejecución del proyecto "Gasoducto Tuxpan-Tula" se afectarían intereses de la sociedad y se contravendrían disposiciones de orden público, dado que el referido proyecto tiene como finalidad traer gas natural desde los Estados Unidos para abastecer la termoeléctrica en Tula, Hidalgo, lo que beneficiaría a la sociedad en general. Derivado de los argumentos antes analizados, el juez de distrito decide no entrar al estudio de fondo es decir a los conceptos de violación planteados, sobreseyendo el juicio.

Tal y como se plantea la problemática, a partir del acceso a la justicia, Cappelletti, Garth y Ovalle Fabela (1985) dimensionan a la justicia desde una vertiente normativa y otra fáctica. La primera se remite al reconocimiento de los derechos en instrumentos nacionales e internacionales, en este sentido es aparentemente el ámbito más sencillo para verificar que si existen ordenamientos que amparan los derechos de los pueblos indígenas en convenios internacionales y en el ordenamiento interno mexicano. Desde la dimensión fáctica se ventilan el procedimiento para asegurar el acceso a la justicia lo que inicia con el reconocimiento de un problema, en este supuesto, la comunidad se da cuenta que existe tal dificultad, tal y como se mencionó en líneas anteriores, al expresar los derechos violentados es la clara circunstancia de la declaración de su problema; enseguida se identifica al responsable de causar el problema, los cuales indudablemente son la empresa pero también el estado en su nivel de poder ejecutivo, legislativo y más tarde el propio poder judicial al sobreseer el juicio de garantías; por último de acuerdo a los autores referidos, el problema se convierte en una demanda y sostienen el proceso iniciado ante el juzgador hasta la obtención de la sentencia y por último hacen efectiva la determinación.

En ese momento se violentan los derechos del grupo indígena, debido a una la valoración errónea del juzgador, (sobre el interés jurídico del recurrente) sobresee el juicio, creando una barrera de acceso a la justicia, aunado a ello la sentencia está llena de formalismos derivados de un lenguaje técnico que evidentemente son ajenos a la comunidad y a cualquier ciudadano.

IV.- CONCLUSIONES

El acceso a la justicia al ser un derecho humano, trae aparejada la obligación del estado de proveer de tribunales competentes y de cuidar la capacitación y el actuar de los jueces, porque el referente internacional establece los parámetros para ejecutar dicho derecho y que en este estudio conlleva entender y ejecutar el derecho a la consulta previa porque el acceso a la justicia implica la interpretación correcta de los hechos y las normas, es decir, hacer valer los derechos de los indígenas frente a una

administración pública, más aún cuando se invocó a la ley después de agotar otras vías, de esta forma, el poder judicial, es la última instancia que tuvo la comunidad para corregir una situación injusta.

Ciertamente como lo señala Elías Díaz (1982) Los intereses sociales y económicos son diferentes y divergentes, por lo tanto los valores de justicia son plurales y no coincidentes y es el derecho la expresión de fuerzas operantes en un grupo social, por ello el acceso a la justicia y sus órganos -tribunales- pueden ofrecer una herramienta poderosa de control del poder político, por lo tanto es pensar, en la modificación de la norma para llenar los vacíos que impiden la eficacia del acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- Azuela, A., Herrera C., Herrera C. La expropiación y las transformaciones del estado. *Revista Mexicana de Sociología*, [S.l.], v. 71, n. 3, mayo 2010. ISSN 2594-0651. Disponible en: <http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/17761/16941>
- Birgin, H. y Gherardi, N. (2011). La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales. *Colec. Género, Derecho y Justicia*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf>
- Devis, Hernando (2015). *Teoría general del proceso*. Colombia, Temis.
- Díaz, Elías (1982). *La sociedad, entre el derecho y la justicia*. Barcelona. Salvat.
- Gómez Lara, C. (2011). *Teoría general del proceso*. México. Oxford.
- Orduz, Natalia (2014). *La consulta previa en Colombia*. Instituto de Investigaciones en Ciencias Sociales UDP. Disponible en: <https://www.icso.cl/wp-content/uploads/2014/07/La-Consulta-previa-en-Colombia-Natalia-Orduz.pdf>

Ovalle, J., Cappelletti, M. y Garth, Bryant, El acceso a la justicia. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, [S.l.], jan. 1985. ISSN 2448-4873. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho->

Rodríguez, César; Morris, Meghan; Orduz Natalia et al. (2010). La consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Universidad de los Andes, Bogotá.

LA INADECUADA E INSUFICIENTE REGULACIÓN DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

Ana Sánchez Rubio

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal
(Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. España)

Resumen: factores como el envejecimiento de la población y el aumento del número de diagnósticos de personas aquejadas de enfermedades mentales han provocado que cada vez sea más común abrir un procedimiento de internamiento involuntario. Estos internamientos vienen regulados en un único artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el 763, que ha sido objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad y que sigue siendo reinterpretado de manera estricta y garante por el Tribunal Constitucional en respuesta a numerosos recursos de amparo. El propósito del presente trabajo es señalar los principales escollos que presenta la práctica de estos internamientos, debido a la ausencia de legislación pertinente.

Palabras clave: internamiento involuntario, incapacitación, rango normativo, derecho de defensa.

I.- INTRODUCCIÓN

Los internamientos involuntarios han ido en aumento en los últimos tiempos debido, principalmente, a las enfermedades neurodegenerativas que padece la población más envejecida¹. No obstante, estos internamientos no solo se practican a sujetos de la tercera edad sino a cualquier persona que padezca un trastorno psíquico, con independencia de su edad y del motivo que cause tal trastorno (bipolaridad, esquizofrenia, problemas alimenticios, toxicomanía, etcétera). Lo fundamental es que quien vaya a ser internado lo sea bien en contra de su voluntad bien sin ella, por lo que la falta de oposición no debe entenderse como aceptación del internamiento, pues nos hallamos ante personas que no están en condiciones de decidir por sí mismas.

Este fenómeno ha sido regulado con importantes carencias a lo largo de la historia, aunque las distintas normativas al respecto han mejorado progresivamente las anteriores. En este sentido, el antecesor del actual art. 763 LEC, el art. 211 CC, dio un primer paso de todo punto plausible, en cuanto vino a sustituir un sistema de internamiento involuntario de enajenados sometido únicamente a autorización administrativa (tal como el contenido en el Decreto de 3 de julio de 1931, derogado expresamente por el art. 2.2 de la Ley reformadora del C.C.), por un sistema de control judicial, que requiere previa autorización del juez como regla general, y aprobación judicial a posteriori en los casos de urgencia².

¹ La Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* (en adelante, Ley 39/2006), subrayó que, en España, más del 32% de las personas mayores de 65 años presentan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población. Además, según la Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, «El porcentaje de personas mayores de 65 años se ha incrementado en las últimas décadas. A este fenómeno hay que añadir otro denominado “envejecimiento del envejecimiento” que consiste en el aumento progresivo del grupo de edad superior a 80 años», p. 1.

² Disponía este precepto que «El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

Se producía así un primer ajuste a la Constitución en su art. 17.1, en cuanto la determinación de los casos y la forma en que puede ser restringida la libertad individual, si bien la reforma no fue suficiente ni en cuanto al rango formal de la norma reguladora, tal y como ha apuntado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que será analizada *infra*, ni en cuanto a su contenido material, como la doctrina ha puesto de relieve³. En este último aspecto, si bien es cierto que el art. 763 LEC ha corregido algunas lagunas de las que adolecía la anterior regulación (como, por ejemplo, la especificación de la competencia judicial, del carácter contencioso del procedimiento, de a quién corresponde dar cuenta del internamiento urgente o la posibilidad de interponer recurso⁴), no es menos cierto que todavía queda lejos de satisfacer con eficacia las garantías procesales que están en juego en estos procesos⁵.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4., el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento».

³ En este sentido, la Fiscalía General del Estado, en su instrucción núm. 3/1990, de 7 de mayo, sobre «Régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad», ya ponía de manifiesto que: «De las investigaciones llevadas a cabo, y que esta Fiscalía General ha tenido conocimiento, se vienen observando graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado. Concretamente, viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior o incluso comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas».

⁴ Un apunte sobre estas novedades introducidas por el art. 763 LEC puede hallarse en SANTOS MORÓN, M. J., *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 13-19.

⁵ Al respecto, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. consideran, al analizar los internamientos involuntarios, que «se trata de medidas que deben estar rodeadas de garantías, pues no es insólito el caso en que personas sanas y cuerdas han sido objeto, en establecimientos médicos, de lo que penalmente hay que denominar “detenciones ilegales”, especialmente a merced de parientes sin escrúpulos y de facultativos complacientes», en *Sistema de Derecho Civil, volumen I. Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, Madrid, 2003, p. 251.

En lo que sigue, se pondrán de relieve las carencias, a nuestro juicio, más relevantes de la regulación actual y se reflexionará sobre la necesidad de reforma del procedimiento de los internamientos involuntarios.

II.- PRINCIPALES CARENCIAS DE LA REGULACIÓN DE LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS

Numerosas voces se han alzado para reclamar una regulación más exhaustiva sobre los internamientos involuntarios⁶. Y es que es esta una materia especialmente delicada, ya que afecta de pleno al derecho a la libertad personal que es, como es sabido, después del derecho a la vida, el primero de los derechos. En lo que aquí interesa cabe destacar que la implicación de este derecho fundamental no incide solamente en su salvaguardia, sino también en la de las garantías del proceso por el cual se adopta una decisión de internamiento involuntario. En este sentido, a continuación nos detendremos en los aspectos más controvertidos que plantea la normativa vigente: el rango de ley, la relación entre incapacidad e internamiento, la necesidad de asistencia letrada y la intervención del Ministerio Fiscal.

⁶ CALAZA LÓPEZ, S., «El proceso de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico», *Revista de Derecho. UNED*, núm. 2, 2007; MERINO GÓMEZ, G., «Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: problemas legales y tratamiento jurisprudencial», *Derecho y Salud*, vol. 21, núm. 2, 2011, pp. 165-169; BARRIOS FLORES, L. F., «La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales», *Derecho y Salud*, vol. 22, núm. 1, 2012, pp. 31-56; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «Sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos», en *Diario La Ley*, núm. 7958, 2012; SÁNCHEZ BARRILAO, «Régimen constitucional del internamiento involuntario y urgente por trastorno mental», *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 87, mayo-agosto 2013, pp. 179-222; BERENGUER ALBALADEJO, M. C., «Los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico: especial consideración al procedimiento a seguir en los casos de urgencia médica», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014, pp. 263-309; SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico*, Madrid, Tecnos, 2015; RODRÍGUEZ LAÍNIZ, J. L., «El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional», en *Diario La Ley*, núm. 8763, 2016; ARRIBAS LÓPEZ, E., «Los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico: apuntes para una historia normativa inacabada», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2018, pp. 201-218; ELIZARI URTASUN, L., «Ingresos de personas mayores en centros residenciales», *Indret*, 2018; VICO FERNÁNDEZ, G., «Régimen jurídico aplicable a los internamientos involuntarios en centros geriátricos: especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, núm. 1, 2019, pp. 101-160.

1. El rango normativo

Puede pensarse que huelga decir que la restricción de un derecho fundamental debe establecerse mediante ley orgánica, sin embargo, no fue hasta el año 1994 que no se reparó en esta cuestión en lo que a los internamientos involuntarios se refiere. Lo hizo un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela (Alicante), al plantear la cuestión de inconstitucionalidad núm. 19/94. En opinión del citado órgano, el precepto que regulaba los internamientos involuntarios, que por aquel entonces era el art. 211 CC, «contradice el derecho a la libertad reconocido en el art. 17.1 de la Constitución, pues se posibilita el internamiento de una persona sin que exista una específica norma procesal legal para su sustanciación. Al no haber sido aprobada alguna norma procesal que regule el procedimiento aplicable al efecto, no existe ley que prevea, tal como requiere el mencionado precepto constitucional, la forma de la privación de libertad. De otro lado, esta norma procesal debería revestir el carácter de orgánica, de acuerdo con lo previsto en el art. 81 de la Constitución».

Pese a estos argumentos, el Tribunal Constitucional, en su STC 129/1999, de 1 de julio, desestimó la citada cuestión de inconstitucionalidad debido a que el párrafo segundo del artículo 211 CC, que era el que cuestionaba el órgano de primera instancia, «no contenía una regulación directa del derecho a la libertad personal encaminada a la delimitación y definición del mismo», sino que era el párrafo primero el que habilitaba al juez para acordar la privación de libertad de quien padezca trastornos psíquicos. No obstante, esta sentencia cuenta con un voto particular discrepante en el que se considera que ambos párrafos son inescindibles y no deben separarse para excluir el primero del ámbito de la duda de constitucionalidad suscitada.

Once años más tarde, vuelve a pronunciarse en dos ocasiones el Alto Tribunal sobre este mismo asunto, sin embargo, en esta ocasión sí se cuestionaba la constitucionalidad del precepto 763 LEC por entero. Así, las SSTC 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, afirmaron que «La aplicación de la citada doctrina al presente caso [la relativa a la reserva de ley orgánica] nos lleva a declarar la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos

primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica». En este mismo sentido se pronunció la STC 141/2012, de 2 de julio⁷, recordando lo ya ordenado en los citados pronunciamientos de 2010.

Ya en el año 2015, cinco años después de la declaración de inconstitucionalidad del precepto mencionado por no tener rango de ley orgánica, el legislador le confirió tal carácter a la norma a través de la disposición final primera de la LEC, introducida por el art. 2º, apartado tres, de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Puede afirmarse, entonces, que el art. 763 LEC, supera ya los cánones formales exigidos por la Constitución, aunque, a mi entender, de manera poco refinada. Pues, el legislador debería haber sido sensible a la gravedad de estas situaciones y, en consecuencia, haber elaborado una ley orgánica que regule por entero el procedimiento aplicable al efecto. Muestra de ello son las numerosas sentencias dictadas tras 2015 que han sometido a examen la constitucionalidad del proceder de los órganos judiciales y de los facultativos que llevan a cabo estos internamientos (SSTC 13/2016, de 1 de febrero; 22/2016, de 15 de febrero; 34/2016, de 29 de

⁷ «Instamos entonces al legislador a que a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica, sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo», FJ 3º.

Con relación al incumplimiento del legislador, un comentario a dicha sentencia recoge que «Si el viejo refrán de “a la tercera va la vencida” responde a la realidad, harían bien los grupos parlamentarios y los restantes poderes públicos en atender la admonición del Tribunal Constitucional y afrontar, de una vez por todas, que el tema del internamiento de cualquier persona, en cualquier tipo de centro, con visos de continuidad superior al periodo de las setenta y dos horas propio del habeas corpus, exige la regulación mediante ley orgánica y que dicha cuestión, aunque otra cosa pueda parecer, es posiblemente más importante y trascendente que la mayor parte de las iniciativas de los últimos tiempos, respecto de la afirmación y desarrollo de la libertad como derecho fundamental constitucionalmente sancionado y consagrado desde 1978, aunque a algunos todavía hoy pueda parecerles una cierta novedad». LASARTE ÁLVAREZ, C., «El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (Notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)», *Diario La Ley*, núm. 7968, 2012, p. 14.

febrero; 50/2016, de 14 de marzo; 132/2016, de 18 de julio; 84/2018, de 16 de julio).

2. La relación entre incapacidad e internamiento

El internamiento involuntario puede realizarse con independencia de que la persona objeto del mismo esté incapacitada o no. Es decir, es posible internar a alguien en contra de su voluntad sin que esta persona tenga la capacidad modificada judicialmente. Y es que el internamiento involuntario, tanto ordinario como urgente, encuentra su razón de ser en el trastorno psíquico que sufre un individuo, mientras que la incapacitación es una respuesta legal de protección frente a una situación jurídica determinada. Por ello, hay casos en los que es necesaria la incapacitación pero no el internamiento involuntario (como puede ocurrir con algunas personas que sufren Síndrome de Down); otros casos en los que no existe necesidad de incapacitación por no haber trastornos persistentes pero en los que, sin embargo, en ocasiones exigen que se proceda al internamiento involuntario (como puede darse frente a brotes esquizofrénicos); y, por último, hay casos que requieren la adopción de ambas medidas, el internamiento y la incapacitación (como puede suceder con enfermos de Alzheimer con trastornos conductuales).

En este sentido, otra mejora que introdujo el art. 211 CC con respecto a la legislación anterior fue la de sustituir la expresión «internamiento de un presunto incapaz», que el precepto utilizaba, por la de «internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí». Ahora bien, tal y como apunta el TC, que no quepa confundir internamiento con incapacitación «no significa lógicamente que sean instrumentos jurídicos opuestos, ni que en ocasiones [...] no puedan operar conjuntamente en una relación de continente a contenido, cuando cabe la apertura de un proceso de declaración de incapacidad, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida»⁸.

Sin embargo, el hecho de que el internamiento involuntario esté regu-

⁸ STC 34/2016, de 29 de febrero, FJ 6º.

lado en un artículo de la LEC ubicado dentro del capítulo «De los procesos sobre la capacidad de las personas» no ayuda a delimitar con suficiente nitidez ambas situaciones, cuando es este un punto clave para que el afectado por el internamiento pueda desarrollar de manera efectiva su derecho de defensa, pues habrá que acudir a su tutor legal si estuviera incapacitada y se procediese después a su internamiento, para que éste nombrase abogado y procurador para oponerse en caso de que lo estimara pertinente. Mientras que, en casos de internamientos involuntarios de una persona no incapacitada, salvo que se solicite tal incapacitación al hilo de este procedimiento, el nombramiento del representante procesal y de su letrado corresponde a ella misma, como veremos a continuación. Por ello, es este otro argumento de peso que reclama una ley orgánica que sistematice las peculiaridades del procedimiento a seguir en cada caso para privar a estos sujetos de su libertad.

3. La asistencia letrada

La asistencia letrada es pieza clave en el derecho de defensa, no obstante, no es imprescindible en todos los casos⁹ pues hay ocasiones en las que el Ministerio Fiscal puede defender a quien no comparezca con su propia defensa y representación. Así lo establece, en lo que aquí interesa, el art. 758 LEC, cuando afirma que: «El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.

Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado».

A este precepto nos remite el apartado 3 del art. 763 LEC, por lo que

⁹ En este sentido, se asevera en la Circular 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores, que «El art. 17.3 CE “garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca”. Esta garantía encuentra su razón en el marco del proceso penal y no implica necesariamente que las restantes formas de detención obliguen a la presencia o asistencia imperativa de Abogado (así, STC 341/1993, de 18 de noviembre)», p. 8.

debe entenderse aplicable tanto a los casos de incapacitación como a los de internamiento.

La STC 22/2016, de 15 de febrero, relativa a la defensa en un internamiento urgente por trastorno psíquico, concreta lo anterior al señalar que el afectado puede optar por un abogado y procurador "que sean de su confianza o designados por el Juzgado de entre los del turno de oficio". Además, para los casos en que haya que designar un defensor judicial asevera que este último "puede ser el representante legal del internado (...) o si no quien designe el juzgado". El defensor judicial puede nombrar abogado y procurador, pudiendo también solicitar al juzgado su designación de entre los profesionales de oficio. Con este sistema escalonado, "se evita un vacío en la asistencia jurídica del internado durante este procedimiento especial, en el que está en juego, no debe olvidarse en ningún momento, el derecho fundamental a la libertad de la persona".

Por su parte, la STC 7/2011, de 14 de febrero, en relación con el proceso especial sobre la capacidad de las personas, fue más tajante y no consideró que fuese una opción del defensor judicial el nombrar abogado y procurador, sino un deber. Así, declaró que "aunque el nombramiento de defensor judicial es una institución tendente a garantizar los intereses del presunto incapaz supliendo su inactividad, no puede ser sustitutiva de la voluntad manifiesta de éste de comparecer personalmente en el procedimiento". Añade que "la única posibilidad de hacer efectiva la personación (...) es mediante abogado y procurador, estando vedada legalmente la posibilidad de autodefensa".

Sin embargo, cabe preguntarse hasta qué punto una persona no incapacitada que está siendo evaluada sobre un posible trastorno psíquico y que, por tanto, puede que, como dice el art. 763 LEC "no esté en condiciones de decidir por sí misma", tiene suficiente lucidez como para realizar libremente la designación de abogado y procurador con plena eficacia de su derecho de defensa e, incluso, si dicho derecho puede haberse visto conculcado en caso de que se decida *a posteriori* el internamiento de tal sujeto.

Por ello, es este otro elemento de peso que justifica la necesidad de apro-

bar una ley orgánica que prevea este sistema escalonado de representación y defensa y que concrete tanto la obligatoriedad de ir asistido de abogado y procurador en estos procesos contradictorios como la persona que ha de designarlos, en función del estado mental de quien se estudia el internamiento.

4. La intervención del Ministerio Fiscal

Según el art. 749 LEC, perteneciente a las disposiciones generales de los procesos civiles especiales, «1. En los procesos sobre la capacidad de las personas, en los de nulidad matrimonial, en los de sustracción internacional de menores y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.

2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».

Por lo que, el Ministerio Fiscal intervendrá como parte en los procesos de incapacitación, pero, ¿qué ocurre con los procesos de internamientos involuntarios? El art. 763.3 LEC establece que antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento se oír a la persona afectada y al Ministerios Fiscal, pero ¿en calidad de qué?

Y es que, como es sabido, la LEC prevé la intervención del Fiscal de varias maneras, según el tipo de proceso, y con consecuencias distintas. Así, su art. 101 viene a reconocer que en ocasiones el Ministerio Fiscal podrá intervenir en el proceso, y en otras deberá hacerlo. Unas veces se requiere tan solo la audiencia (art. 38) o el informe del Fiscal (art. 514.3). En tales casos, no resulta adecuado hablar del Ministerio Fiscal como parte, pues su función se limita a la de un mero órgano dictaminador. En algunos supuestos tal dictamen resulta preceptivo («en todo caso, el Ministerio Fiscal deberá informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia»: art.

514.3), mientras que en otros la ley le otorga meramente la oportunidad de ser oído (art. 763.3).

Es por ello por lo que la Circular 1/2001, de 5 de abril, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, considera que en los casos de internamientos involuntarios «no es intención de la Ley atribuir al Fiscal la condición de parte en este peculiar procedimiento, sino la de simple dictaminador, toda vez que la Ley dice que el Juez «oirá (...) al Ministerio Fiscal», expresión que resultaría redundante si se tratase de una parte en un proceso contencioso»¹⁰.

Como no, podrá también el Ministerio Fiscal promover el internamiento involuntario en ausencia de otras personas, en cuyo caso sí actuaría como parte (art. 763.2 LEC que remite al 757 LEC). Podrá también, en caso de que no promuevan dicha solicitud, defender al sujeto que va a ser internado si este no comparece en el proceso con su propia defensa y representación (art. 758 LEC). Asimismo, en todo caso y con independencia del papel que adquieran en el proceso, los fiscales velarán porque se respete la garantía judicial y el proceso contradictorio en los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico; valorarán especialmente la situación personal del afectado a la hora de pronunciarse sobre el cese efectivo de la estancia en el establecimiento; y, a la hora de solicitar o informar sobre la adopción de medidas de protección, tendrán presente especialmente la necesidad de evitar lesiones al derecho a la vida y a la integridad física de la persona afectada.

Pese a que no cabe duda sobre el papel de garante de la legalidad que cumple el Ministerio Fiscal en cualquier tipo de proceso, sería conveniente que, de *lege ferenda*, se aclare qué posición ocupa el Ministerio Fiscal en los casos de internamiento involuntario, así como en los casos en los que este internamiento se solicita junto con la incapacidad del afectado¹¹.

¹⁰ Circular 1/2001, de 5 de abril, Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, p. 16.

¹¹ Así lo afirma SÁEZ GONZÁLEZ, «Es al legislador a quien corresponde determinar en qué supuestos el Fiscal deberá intervenir como parte de forma obligatoria y en cuales no es precisa su presencia». SÁEZ GONZÁLEZ, J., *La tutela judicial de los internamientos involuntarios por razón*

III.- CONCLUSIONES

Por todo ello, debe concluirse que procede la sustitución de la escueta regulación contenida en el art. 763 LEC, por otra más acomodada a las exigencias constitucionales, garantizando de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de toda persona («el más fundamental de todos ellos», según el legislador de la Ley sobre Habeas Corpus, en su Preámbulo) sea objeto de la adecuada previsión legal en norma con rango de Ley Orgánica, en la que se contengan, de manera precisa, los casos y la forma en que la privación de libertad ha de producirse.

Esta ley habrá, pues, de contener dos tipos de prescripciones: una primera, relativa a en qué casos o supuestos puede ser una persona privada de su libertad individual, con taxativa y concreta determinación de aquellos, y una segunda no menos esencial, cual es la concreción de las garantías de procedimiento que han de ser observadas para salvaguardar el derecho fundamental concernido. A su vez, a lo largo de este articulado debería repararse en qué exigencias son precisas para llevar a cabo internamientos involuntarios de personas incapacitadas y qué otras han de regir para internar en contra de su voluntad o sin ella a personas no incapacitadas. Todo ello, diferenciando también el procedimiento a seguir en los casos de internamientos involuntarios ordinarios y en los casos de internamientos involuntarios urgentes.

EL DEBER DE COLABORACIÓN EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICAS: UNA REVISIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO INCORPORADO EN LA LEY ORGÁNICA 13/2015

Manuel Jesús Távora Serra

Doctorando en la Universidad de Sevilla. España

Sumario: I.- Presentación de la cuestión. II.- Manifestaciones en las medidas de investigación tecnológica: 1. El deber de colaboración en la interceptación de comunicaciones electrónicas. 2. El deber de colaboración en la utilización de medios técnicos de seguimiento. 3. El deber de colaboración en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo. 4. El deber de colaboración en el registro remoto. III.- Informes de transparencia: 1. Informe de transparencia de Microsoft. 2. Informe de transparencia de Apple para España. 3. Informe de transparencia de Google. IV.- Conclusiones.

I.- PRESENTACIÓN DE LA CUESTIÓN

El objeto de esta comunicación que tenemos el honor de dirigir al I Congreso Internacional de la Administración de Justicia en España y en América celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla es delimitar la figura del régimen jurídico del deber de colaboración que, en materia de

diligencias de investigación tecnológica, ha incorporado a nuestro ordenamiento procesal la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre¹.

Con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley, ese deber de colaboración se encontraba previsto en el art. 33.2 de la Ley General de Telecomunicaciones², que obligaba a los operadores a realizar las interceptaciones que fueran autorizadas en virtud del art. 579 Ley de Enjuiciamiento Criminal³ y de la Ley Orgánica 2/2002⁴, así como en su art. 36.2, cuando añadía como condición de uso del cifrado de la información la posibilidad de imponer la obligación de facilitar⁵ a los organismos públicos los algoritmos o el procedimiento de cifrado utilizado, así como

¹ Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. «BOE» núm. 239, de 06/10/2015. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10725>. En adelante, LO 13/2015.

² Nos referimos a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, publicada en el «BOE» núm. 264, de 04/11/2003 y disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-20253>, ya derogada con la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, publicada en el «BOE» núm. 114, de 10/05/2014 y disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-4950>. El contenido de los arts. 33 y 36.2 de la antigua ley ha sido recogido en los arts. 39 y 43 de la nueva, por lo que ha mantenido su vigencia.

³ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. «BOE» núm. 260, de 17/09/1882. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. En adelante, LECrim. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 13/2015, el art. 579 LECrim era el único precepto que podía amparar -si bien gracias a una interpretación jurisprudencial voluntarista, como se encargaría de reprochar el TEDH en varios pronunciamientos- cualquier intervención tecnológica de las comunicaciones. En ese sentido, y como indica Gimeno Sendra, V. en *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2015, el TEDH ha reconocido la vulneración del art. 8 CEDH por ausencia de previsión legal por injerencias consistentes en intervenciones de comunicaciones telefónicas y otras en las sentencias de 2 de agosto de 1984, caso Malone c. Reino Unido, § 66 y ss., § 79; de 24 de abril de 1990, casos Krušlin c. Francia, § 34 y ss., y Huvig c. Francia, §34 y ss.; de 23 de noviembre 1993, caso A. c. Francia, §38 y ss.; de 25 de marzo de 1998, caso Kopp c. Suiza, § 74 y ss.; de 16 de febrero de 2000, caso Amann c. Suiza, §§ 50, 55 y ss.; de 4 de mayo de 2000, caso Rotaru c. Rumania, § 52 y ss.; 25 de septiembre de 2001, caso P. G. y J. H. c. Reino Unido, § 38, Valenzuela c. España.

⁴ Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia. «BOE» núm. 109, de 7 de mayo de 2002, páginas 16439 a 16440 (2 págs.). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-8627>.

⁵ Como indica DELGADO MARTÍN, J. en *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwers, Madrid, 2016, pág. 392, “resultaba difícil de aceptar que se pudiera imponer esta obligación al propio imputado”.

los aparatos utilizados para el cifrado de la información, a efectos de su control de acuerdo con la normativa vigente.

La figura del deber de colaboración con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 13/2015 se completa con el Acuerdo de Budapest, cuyo art. 19.4 prevé como necesario que las autoridades puedan ordenar a una persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos informáticos que contiene, que proporcione toda la información necesaria (dentro de lo razonable) para permitir la aplicación de las medidas de investigación⁶.

II.- MANIFESTACIONES EN LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

Con la entrada en vigor de la LO 13/2015 el deber de colaboración queda definido de manera más completa en nuestro ordenamiento procesal, concretando así, la genérica previsión de la obligación de colaborar con los Jueces que imponen los arts. 118 CE y 17 LOPJ. La decisión del legislador ha sido la de tratarlo separadamente en todas aquellas medidas de investigación tecnológica en las que se prevé su necesidad, lo cual ha permitido incluir algunas especialidades concretas dependiendo de la medida de investigación en que dicha colaboración sea necesaria.

Así, el régimen jurídico deber de colaboración queda previsto en los arts.: i) 588 ter e, en materia de interceptación de comunicaciones electrónicas⁷; ii) 588 quinquies b, en materia de utilización de medios técnicos de seguimiento; iii) 588 sexies c.5, en materia de registros de dispositivos de almacenamiento masivo; y iv) 588 septies b, en materia de registros remotos. A continuación, intentaremos explorar esas manifestaciones, resaltando el ámbito subjetivo de cada una de ellas⁸.

⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. «BOE» núm. 226, de 17 de septiembre de 2010, páginas 78847 a 78896 (50 págs.). Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14221

⁷ Para estas medidas de investigación también se prevé en el art. 588 ter k, en materia de obtención de IP.

⁸ En todo caso, hay que partir de que la obligación de asistencia y colaboración viene com-

1. El deber de colaboración en la interceptación de comunicaciones electrónicas

Este deber de colaboración se encuentra previsto en el art. 588 ter e LE-Crim. En términos sintéticos, podríamos decir que este precepto obliga a cualquier tercero⁹, que de algún modo intervenga para facilitar o hacer posible de cualquier forma las comunicaciones objeto de la medida de investigación tecnológica, a colaborar con el juez, con el Ministerio Fiscal y con la Policía Judicial¹⁰ para que pueda ejecutarse y llevarse a buen término la medida de intervención adoptada.

En comparación a la regulación anterior, con la entrada en vigor de la LO 13/2015 se han ampliado los sujetos obligados, distinguiéndose tres grupos principales¹¹:

- Por un lado, los prestadores de servicios de telecomunicaciones y de acceso a redes de telecomunicaciones, tradicionalmente obligados conforme a los arts. 33 y 36.2 de la antigua LGT, ahora arts. 39 y 43 de la Ley General de Telecomunicaciones vigente.
- Por otro lado, los prestadores de servicios de la sociedad de la información, concepto en el que se incluyen, atendiendo a la exposición de motivos de la Ley 34/2002¹², los portales web, los motores de

plementada con otra de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades, cuyo conocimiento por las personas afectadas podría frustrar el resultado de la investigación. El incumplimiento de cualquiera de estas dos obligaciones -asistencia y colaboración, y secreto- podrá dar lugar a un delito de desobediencia.

⁹ Con independencia de su naturaleza y tamaño, sin importar que se trate de persona jurídica o física, de gran empresa o pequeña empresa, mientras preste servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de sociedad de la información, o que contribuya de cualquier manera a facilitar la comunicación a través de cualquier medio telemático, lógico o virtual.

¹⁰ En puridad, exclusivamente con los “agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida”.

¹¹ DELGADO MARÍN, J. en *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, Wolters Kluwers, Madrid, 2016, pág. 410.

¹² Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. «BOE» núm. 166, de 12/07/2002, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-13758>

búsqueda o cualquier otro sujeto que efectúe contrataciones de bienes y servicios por vía electrónica, suministre información, o preste en general cualquier otro servicio a través de un sitio en internet¹³.

- Y, finalmente, "cualquier otra persona que de algún modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual". La amplitud de esta previsión provoca que pueda englobar todo tipo de terceros y que incluso se plantee la cuestión de cuál es el contenido de la acción de "contribuir o facilitar" como requisito para quedar obligado¹⁴.

En cuanto al alcance de dicha obligación, en el caso de prestadores de servicios de telecomunicaciones y de acceso a redes de telecomunicaciones que estén operando con redes públicas ubicadas en territorio español no se plantearán tantas dudas, pero sí surgirán, especialmente de jurisdicción, cuando se trate de obligados que se encuentren ubicados fuera de las fronteras españolas, como ocurrirá especialmente con los prestadores de servicios de la sociedad de la información, habida cuenta de su marcado carácter internacional. Nuevamente, podemos prever tres escenarios diferentes:

- Que el obligado tenga un establecimiento del servicio en España, supuesto en el que conforme al art. 2.4 LSSICE estarán sujetos a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, incluyendo por tanto los preceptos que regulan el régimen de colaboración.
- Que el obligado no tenga un establecimiento del servicio en España, pero sí en alguno de los Estados Miembros de la Unión Europea, supuesto en el que la colaboración deberá efectuarse conforme al régimen previsto en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea¹⁵.

¹³ Circular 2/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, pág. 24.

¹⁴ El abanico de posibilidades es tan amplio como servicios pueden prestarse en el medio cibernético.

¹⁵ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, publicada en «BOE» núm. 282, de 21 de noviembre de 2014, páginas 95437 a 95593

- Que el obligado no tenga un establecimiento del servicio en España ni en ningún Estado Miembro de la Unión Europea, supuesto en el que será necesario acudir al auxilio judicial internacional¹⁶.

En la misma sección correspondiente a la interceptación de comunicaciones electrónicas la LECrim también prevé el deber de colaboración, previo requerimiento judicial, de los mismos sujetos del art. 588 ter e para ceder los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso, cuando la Policía Judicial tuviera acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para cometer algún delito¹⁷.

2. El deber de colaboración en la utilización de medios técnicos de seguimiento

Este deber está previsto en el art. 588 quinquies b.3 LECrim, que a su vez remite expresamente a la regulación contenida en el art. 588 ter e LECrim. Aparece más comúnmente en los supuestos en que la localización se efectúe mediante medios pertenecientes al Global System for Mobile Communications (GSM), cuyos datos obran en poder de las compañías de telecomunicaciones, a las que será de aplicación el régimen jurídico previsto para el deber de colaboración en materia de intervención de comunicaciones.

En cuanto a si ese deber de colaboración se extiende también a otras personas que sean ajenas al proceso de comunicación telefónica, se ha concluido que ello sería posible porque el ámbito de posibles colaboradores que describe el art. 588 ter e es suficientemente amplio para darles cabida¹⁸.

(157 págs.) y disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12029

¹⁶ Mediante la comisión rogatoria correspondiente, en función de los instrumentos internacionales adoptados. El marcado carácter transnacional de la cibercriminalidad ha obligado a los Estados a construir instrumentos de cooperación jurídica internacional, como es el caso de La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, IberRed.

¹⁷ Sobre esta cuestión, está aceptado que la Policía Judicial pueda obtener una dirección IP sin autorización judicial (SSTS 342/2013, de 17 de abril, y 680/2010, de 14 de julio, que cita la 739/2008 y la 236/2008). Sobre la distinción entre IP estática e IP dinámica, la STEDH en el caso *Benedik c. Eslovenia*.

¹⁸ Circular 4/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre utilización de dispositivos técnicos de captación del a imagen, de seguimiento y de localización, pág. 27. Aplican la deducción al

3. El deber de colaboración en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo

Este deber está previsto en el art. 588 sexies c.5 LECrim. La necesidad de este deber de colaboración se justifica porque se entiende una medida necesaria para identificar y obtener los datos que puedan servir de prueba en el proceso ante dos posibles dificultades: i) la de localizar los datos en sistemas que contengan un gran volumen de información; ii) y la de acceder a datos protegidos por medidas de seguridad¹⁹.

Del contenido del artículo, que se inspira directamente en el art. 19 del Convenio de Budapest, hay que destacar los siguientes aspectos: i) el deber de colaboración debe requerirse en el marco de una investigación por delito; ii) los acreedores de dicha colaboración serán el Juez, el Ministerio Fiscal, o los agentes de Policía Judicial que estén ejecutando la medida; iv) no existe limitación en cuanto al contenido o naturaleza de los datos a registrar, siempre que el alcance esté cubierto por el auto judicial que acuerda la medida²⁰.

En cuanto a los sujetos obligados, serán todos aquellos que conozcan el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos, por lo que cualquier persona que pueda tener algún conocimiento sobre la ubicación virtual de los datos o sobre el funcionamiento de las medidas de seguridad podría quedar, en principio, afectada por el deber de colaboración²¹.

supuesto de los fabricantes de vehículos que pudieran prestar su colaboración para acceder a la geolocalización de sus propios vehículos, o al interior de los mismos para poder instalar un sistema de geolocalización.

¹⁹ Otro efecto adicional será la reducción de la duración del registro, como indica la Circular 5/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, pág. 47.

²⁰ Como se viene señalando, la regulación de la LECrim tiene por objeto la protección del derecho al entorno virtual del investigado, derecho éste integrado por un conjunto de datos heterogéneos que, individualmente considerados, afectarían a diversos derechos fundamentales.

²¹ Por tanto, ese deber no se limitará exclusivamente a personas con conocimientos técnicos, sino que incluso puede tratarse de empleados que tengan conocimiento de donde se encuentra esa información o que dispongan de las claves de acceso. Incluso, a juicio de la Circular 5/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, pág. 48, puede que el obligado no tenga relación directa con el sistema informático a registrar, sino que podría

Los problemas de territorialidad y jurisdicción surgirán cuando el dispositivo o sistema informático a registrar sea accesible telemáticamente desde España, pero se encuentre en el extranjero (supuestos de *cloud computing*). Si la persona que obligada se encontrara en territorio español, estaría obligada a ese deber de colaboración con independencia del lugar donde se encuentren los datos. Por el contrario, si el obligado no se encontrara en territorio español, sería necesario asistir a los mecanismos de cooperación internacional.

En cuanto a los límites a la medida, desde un punto de vista subjetivo hay que excluir al propio investigado o encausado, a sus parientes más próximos y a quienes se vean exentos de la obligación de declarar en virtud del secreto profesional. Todo ello en virtud, respectivamente, del derecho de defensa del investigado, el art. 416.1 LECrim, y del art. 24.2 CE²².

Por su parte, desde un punto de vista objetivo habrá que excluir aquellos requerimientos que impliquen una carga desproporcionada para el afectado. El concepto de carga desproporcionada es un concepto jurídico indeterminado ya utilizado en el Convenio de Budapest, cuyo informe explicativo²³ cita como ejemplo de petición irrazonable los casos en los que “la divulgación de la contraseña u otra medida de seguridad pudiera poner en peligro injustificadamente la vida privada de otros usuarios o de otros datos cuya revisión no ha sido autorizada”²⁴.

entenderse obligado el fabricante del dispositivo (caso Apple-FBI), o incluso un investigador que tuviera especial conocimiento al respecto, y en todo caso, cuando el sujeto obligado sea una persona jurídica, será necesario identificar la persona física que, dentro de ella, tuviera el conocimiento necesario.

²² Sobre este aspecto, merece la pena destacar que el art. 588 sexies c.5 limita los sujetos dispensados de la obligación a los incluidos en el art. 416.2 LECrim, esto es, los abogados, pero no a otros también afectados por el secreto profesional, como podrían ser los traductores o intérpretes (art. 416.3), los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes (art. 417.1) o los funcionarios públicos (art. 417.3), por ejemplo.

²³ Disponible en <https://rm.coe.int/16802fa403>, apartado 202.

²⁴ La Circular 5/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, pág. 51 añade como supuestos de irrazonabilidad los supuestos en los que facilitar la información supusiera desvelar secretos industriales que implicaran un perjuicio para la actividad empresarial, y en general admite la necesidad de ir “caso a caso”, recordando en todo caso que será el auto judicial el que deberá valorar la proporcionalidad de la exigencia de colaboración, atendiendo al sacrificio de los derechos e intereses de la persona

4. El deber de colaboración en el registro remoto

Este deber queda previsto en el art. 588 septies b LECrim. Este deber de colaboración excede el ámbito del deber del art. 588 sexies c.5 porque incluye también a los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos.

El apartado segundo del art. 588 septies b reproduce casi literalmente el art. 588 sexies c.5, por lo que incluye aquí el mismo deber de colaboración que en el caso de los registros de dispositivos de almacenamiento masivo, con las mismas limitaciones materiales (facilitar información) y subjetivas (propio investigado y demás sujetos del art. 416 LECrim) pero no incluye la posibilidad de que el requerido se excuse de la colaboración demandada cuando de ello se le derive una carga desproporcionada²⁵.

Además del deber de facilitar información que el art. 588 septies 1 amplía, a otros sujetos y con otro objeto, ese deber de colaboración estableciendo la obligación de prestar la colaboración precisa para la práctica de la medida y el acceso al sistema, así como para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización. Serán sujetos obligados los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e²⁶ y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro. En la medida en que los obligados serán las entidades encargadas de facilitar la comunicación o los responsables de los sistemas informáticos, la colaboración a la que habrá que entender circunscrito el deber será la que pudiera facilitarse

afectada, el beneficio para el interés público y el de terceros que quepa esperar de dicha colaboración.

²⁵ Esta omisión debe considerarse con eficacia relativa. Deberá reconocerse la posibilidad de que el requerido se excuse por suponer para él la colaboración una carga desproporcionada en aquellos casos en los que la colaboración suponga para el sujeto requerido infringir deberes legales o derivados del ejercicio legítimo de sus derechos, de un oficio o de un cargo (art. 20.7º CP). El respeto a los derechos fundamentales también aparece recogido en el art. 591 LEC como fundamento de la excusa del deber de colaboración con la Administración de Justicia.

²⁶ “Los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual”, conforme a lo dispuesto en el art. 588 ter e.

como intermediador en la comunicación entre los sistemas, o como responsable del diseño y seguridad del propio sistema y, en último término, como responsable de la legibilidad de los datos (que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización, dice el precepto)²⁷.

De todo ello resulta que la diferencia entre uno y otro deber reside en que en el caso del art. 588 septies 2 (similar al 588 sexies c.5) la colaboración se agota en facilitar información (claves o ubicación de los archivos), mientras que en el caso del art. 588 septies 1 la colaboración puede implicar la asunción de labores o trabajos²⁸.

A lo anterior hay que añadir, como ya se dijo, la obligación de guardar silencio (art. 588 septies b) respecto de las actividades que les hayan sido demandadas por las autoridades. Es una especialidad de este deber respecto del deber del art. 588 sexies c5, pero justificada por la posibilidad de frustrar el fin del registro remoto si el investigado, que mantiene la disponibilidad material del bien, llega a sospechar su ejecución.

III.- INFORMES DE TRANSPARENCIA

La imposición del deber de colaboración que hemos analizado en las páginas anteriores ha traído, entre sus muchas consecuencias, el nacimiento de un movimiento de desconfianza de los usuarios finales respecto de los servicios que prestan los sujetos obligados. En particular, esta desconfianza aparece con más fuerza, vinculada también al tratamiento de datos personales y a modelos de negocio basados en la publicidad, respecto de aquellos obligados que prestan servicios de la sociedad de la información.

²⁷ A modo de ejemplo, entiende la Circular 5/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, pág. 67 que esa interpretación ampararía la posibilidad de que el prestador de telecomunicaciones inocule un virus en el sistema del investigado o del responsable de un sistema informático para que pase por alto la alerta de seguridad que pudiera haber detectado como consecuencia de la monitorización de la actividad del investigado.

²⁸ Esta ampliación material encuentra su justificación, para la Circular 5/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, pág. 68 en el ámbito más restringido en el que puede adoptarse un registro remoto, lo que justificaría tanto una mayor intromisión en los derechos del investigado como un deber de colaboración más complejo, como en la mayor dificultad que entrañan.

Esta situación, quizás más acusada en la figura del consumidor, pero también de relevancia en el cliente profesional, ha obligado a estos prestadores de servicios obligados a colaborar con las autoridades a idear instrumentos para contrarrestar la influencia negativa que tales colaboraciones podrían tener en su reputación y para reforzar la confianza de sus clientes en sus buenas prácticas relativas a la seguridad de la información y respeto al propio espacio virtual.

Entre estos instrumentos, queremos destacar aquí los que se han venido en llamar "informes de transparencia", que son dosieres en los que las entidades exponen, de manera sistematizada, entre otros datos, las peticiones de información y colaboración que reciben de los diferentes Estados, entre los que por su puesto se encuentra España²⁹.

Todos los informes se encuentran disponibles a través de las páginas web de las propias empresas, cuentan con varios filtros para consultar la información y, con mayor o menor facilidad, permiten su descarga en formatos de tratamiento de datos.

Nosotros, a modo de muestra y por su especial trascendencia para el usuario final habida cuenta del alcance de sus servicios y cuota de ocupación de mercado, hemos considerado de interés analizar los informes de transparencia de Microsoft, Apple y Google.

Con carácter previo, no obstante, tenemos que indicar que los informes de transparencia categorizan las solicitudes en función de su naturaleza, distinguiendo, *grosso modo*, entre aquellas penales, civiles y "de emergencia". Nosotros, en aras de la brevedad hemos recopilado los datos relativos a las primeras, pero creemos que resultaría especialmente interesante estudiar las solicitudes "de emergencia", por si en ellas se incluyen los supuestos "de urgencia" previstos en los arts. 588 ter.3, 588 quinquies b.4; y 588 sexies c.3 y .4.

²⁹ Entre otras empresas, habitualmente publican informes de transparencia las siguientes entidades: AOL, Apple, AT&T, Cheezburger, Cloudflare, Comcast, Credo Mobile, CyberGhost, Daum Kakao, Deutsche Telekom, Dropbox, Facebook, GitHub, Hong Kong Transparency Report, Kickstarter, Korea Internet Transparency Report, LeaseWeb, LinkedIn, Lookout, Microsoft, Naver, Nest, Oath, Pinterest, reddit, Rogers, SaskTel, Snap, TekSavvy, TeliaSonera, Telstra, TradeMe, Tumblr, Twilio, Twitter, Uber, University of California, Berkeley, Verizon, Vodafone, Wikimedia Foundation, WordPress, y Yahoo!.

1. Informe de transparencia de Microsoft³⁰

El informe de transparencia de Microsoft se encuentra disponible a través de la página web corporativa de la empresa, aunque es algo más difícil de encontrar que el de las otras dos empresas³¹. Utilizando una serie de filtros, permite consultar o descargar los datos relativos a los periodos de años que se soliciten (desde 2013) para los países que se marquen. Nosotros hemos fusionado los datos disponibles para España en la siguiente tabla:

Periodo	Solicitudes recibidas	Cuentas especificadas	Se facilitan datos				No se facilitan datos			
			Entrega de datos con contenido		Entrega de datos sin contenido		Entrega de datos “no contenido”		Solicitudes rechazadas	
			%	#	%	#	%	#	%	#
1 SEM 2013	927	1.478	0,00%	-	79,30%	735	20,20%	187	0,50%	5
2 SEM 2013	769	1.238	0,00%	-	79,60%	612	17,60%	135	2,90%	22
1 SEM 2014	829	1.460	0,00%	-	82,00%	680	15,20%	126	2,80%	23
2 SEM 2014	655	1.257	0,00%	-	78,20%	512	18,20%	119	3,70%	24
1 SEM 2015	588	839	0,00%	-	71,94%	423	17,35%	102	10,71%	63
2 SEM 2015	528	1.006	0,00%	-	68,56%	362	19,32%	102	12,12%	64
1 SEM 2016	623	946	0,00%	-	65,49%	408	19,42%	121	15,09%	94
2 SEM 2016	434	619	0,00%	-	67,51%	293	15,44%	67	17,05%	74
1 SEM 2017	477	847	0,00%	-	63,52%	303	15,51%	74	20,96%	100
2 SEM 2017	428	544	0,00%	-	53,00%	228	18,00%	77	29,00%	123
1 SEM 2018	418	545	0,00%	-	58,85%	246	20,81%	87	20,33%	85
2 SEM 2018	409	531	0,00%	-	63,08%	258	17,85%	73	19,07%	78

³⁰ Consultado el 31/08/2019 <https://www.microsoft.com/en-us/corporate-responsibility/lerr/>.

³¹ Para acceder es necesario descargar previamente un archivo PDF.

Solicitudes "DEVICE" en España				
<i>Periodo</i>	<i>Solicitudes recibidas</i>	<i>Dispositivos identificados</i>	<i>Solicitudes en las que se entregó información</i>	<i>Porcentaje de entrega de información</i>
1 SEM 2013	308	463	244	79%
2 SEM 2013	397	2111	264	66%
1 SEM 2014	538	1332	267	50%
2 SEM 2014	593	1373	359	61%
1 SEM 2015	1033	2074	652	63%
2 SEM 2015	1196	3460	744	62%
1 SEM 2016	1548	2690	895	58%
2 SEM 2016	1474	3291	1066	72%
1 SEM 2017	1785	2927	1447	81%
2 SEM 2017	1912	2836	1636	86%
1 SEM 2018	2276	3353	1868	82%
2 SEM 2018	1736	3126	1352	78%

Solicitudes "ACCOUNT" en España						
<i>Periodo</i>	<i>Solicitudes recibidas</i>	<i>Cuentas identificadas</i>	<i>Solicitudes rechazadas en todo o en parte</i>	<i>Solicitudes en las que se entregó información "no de contenido"</i>	<i>Solicitudes en las que se entregó información de contenido</i>	<i>Porcentaje de entrega de información</i>
1 SEM 2013	102	104	77	22	0	22%
2 SEM 2013	37	41	23	13	0	35%
1 SEM 2014	10	11	6	3	0	30%
2 SEM 2014	19	20	12	5	0	26%
1 SEM 2015	19	24	5	10	0	53%
2 SEM 2015	21	21	5	10	0	48%
1 SEM 2016	39	100	13	19	0	49%
2 SEM 2016	20	24	4	11	0	55%
1 SEM 2017	29	32	5	18	0	62%
2 SEM 2017	31	33	4	18	0	58%
1 SEM 2018	43	58	10	21	0	49%
2 SEM 2018	48	88	15	24	0	50%

En su informe de transparencia para España, Microsoft no diferencia los tipos de solicitudes de información, sino el resultado de estas solicitudes, tanto en relación a su aceptación o rechazo como al alcance de la información facilitada.

Esta decisión es interesante y útil porque permite comprobar que en todos los periodos ninguna de las solicitudes planteadas generó una entrega de datos “con contenido” por contraposición a las entregas de datos “sin contenido”³². Así, es posible determinar el alcance de la injerencia, que al fin y al cabo es a donde se dirige en la actualidad la sensibilidad social sobre este asunto.

Llama la atención que ninguna de las solicitudes de colaboración supuso la entrega de datos “con contenido”, la progresiva reducción del número total de solicitudes (de 927 en 2013 a 409 en 2018) y el también progresivo incremento en el porcentaje de solicitudes que resultaron rechazadas (del 0,5% en 2013 al 19,07% en 2018).

2. Informe de transparencia de Apple para España³³

El informe de transparencia de Apple también se encuentra disponible a través de la página web corporativa de la empresa, aunque es accesible directamente desde cualquier buscador. Sin filtros, Apple facilita directamente los datos en las tablas que copiamos a continuación:

Apple diferencia cuatro tipos de solicitudes de información: “device”, “financial identifier”, “account” y “emergency”. En la categoría “device” encuadran las solicitudes recibidas sobre datos que permitan identificar dispositivos, como el número de serie o el número IMEI. En la categoría “financial identifier” encuadran las solicitudes recibidas del gobierno sobre datos financieros, como una tarjeta de crédito o una tarjeta regalo. En la categoría “account” encuadran las solicitudes recibidas del gobierno sobre datos que permitan la identificación de cuentas, como el ID de Apple o la dirección de correo electrónico, así como datos que constituyan contenido creados por los clientes.

³² Según la propia información facilitada, las entregas de datos “con contenido” se refieren a aquello que los clientes de Microsoft crean, comunican o almacenan en sus servicios, como las palabras de correos electrónicos, las fotografías o los documentos almacenados en OneDrive o cualquier otro servicio en la nube. Por el contrario, las entregas de datos “sin contenido” se refieren a la dirección de correo electrónico, el nombre, el Estado, código postal y la dirección IP del tiempo del registro. La propia Microsoft indica que exigen una autorización judicial antes de entregar cualquier contenido de ese tipo a una autoridad.

³³ Consultado el 31/08/2019 en <https://www.apple.com/legal/transparency/es.html>

Finalmente, en la categoría de “emergency” engloban todas aquellas solicitudes recibidas del gobierno con carácter urgente. Nosotros, como ya hemos indicado, hemos dejado fuera las solicitudes pertenecientes a las categorías “financial identifier” y “emergency”.

Aquí, las diferentes categorías en las que se dividen las solicitudes hacen difícil alcanzar conclusiones homogéneas que sean comparables con el informe de transparencia de Microsoft, pero, en general, podemos destacar, para las solicitudes “device”, el progresivo incremento del número de ellas (308 en 2013 y 1736 en 2018) y del porcentaje de las mismas en que se entregó información (66% en 2013 y 78% en 2018); y para las solicitudes “account”, la disminución del número de ellas (102 en 2013 y 48 en 2018), pero acompañado de un incremento del porcentaje en el que se entregó información (22% en 2013 y 50%) en 2018, si bien manteniendo también en cero las solicitudes en las que se entregó “información de contenido”³⁴.

3. Informe de transparencia de Google³⁵

Finalmente, el informe de transparencia de Google también se encuentra disponible a través de la página web corporativa de la empresa, aunque es accesible directamente desde cualquier buscador. Google facilita una única tabla con los siguientes datos, y la descarga no es fácil:

³⁴ Similares a las solicitudes de datos “con contenido” en el informe de Microsoft.

³⁵ Consultado el 31/08/2019 en <https://transparencyreport.google.com/?hl=es>

<i>Period Ending</i>	<i>Legal Process</i>	<i>User Data Requests</i>	<i>Percentage of requests where some data produced</i>	<i>Users/Accounts Specified</i>
31/12/2014	Other Legal Requests	697	53 %	958
30/06/2015	Other Legal Requests	715	51 %	941
31/12/2015	Other Legal Requests	597	52 %	846
30/06/2016	Other Legal Requests	775	47 %	1045
31/12/2016	Other Legal Requests	728	39 %	965
30/06/2017	Other Legal Requests	1001	43 %	1430
31/12/2017	Other Legal Requests	817	47 %	1206
30/06/2018	Other Legal Requests	1098	49 %	1642
31/12/2018	Other Legal Requests	1033	50 %	1529
<i>Period Ending</i>	<i>Legal Process</i>	<i>User Data Requests</i>	<i>Percentage of requests where some data produced</i>	<i>Users/Accounts Specified</i>
31/12/2014	Preservation Requests	3	0 %	4
30/06/2015	Preservation Requests	3	0 %	4
31/12/2015	Preservation Requests	1	0 %	1
30/06/2016	Preservation Requests	12	0 %	19
31/12/2016	Preservation Requests	8	0 %	13
30/06/2017	Preservation Requests	16	0 %	35
31/12/2017	Preservation Requests	14	0 %	31
30/06/2018	Preservation Requests	27	0 %	55
31/12/2018	Preservation Requests	20	0 %	30

En el caso del informe de transparencia de Google, encontramos que quizás es el que menos detalle de investigación permite: únicamente comienza a diferenciar categorías de solicitudes a partir del segundo semestre de 2014, aunque la empresa venía recogiendo datos desde 2009³⁶, y además no distingue especialmente en función del alcance de la solicitud de colaboración, con la excepción de las solicitudes de preservación que no han generado “datos”, sin mayor precisión en el informe. En general, no obstante, podemos decir que los números de las solicitudes han venido ascendiendo progresivamente.

³⁶ No los incluimos porque la falta de categorización implica una ausencia de homogeneidad que resta su utilidad a efectos de esta comunicación.

IV.- CONCLUSIONES

En esta comunicación hemos pretendido realizar un análisis introductorio de la figura del deber de colaboración al que se encuentran sometidos los diferentes operadores, entidades y sujetos respecto de la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el Juez de Instrucción.

De esta manera, hemos analizado el régimen de dicho deber de colaboración en materia de las diferentes medidas de investigación tecnológica previstas en la LO 13/2015, distinguiendo en función del ámbito material los sujetos obligados y el alcance del mismo. El estudio ha revelado, por un lado, la amplitud que en algunas medidas puede revestir dicho deber de colaboración, y, por otro lado, la problemática que se plantea cuando aparece el elemento internacional, ya sea por el ámbito de la medida de investigación, o por la ubicación del obligado a la colaboración. Es una realidad inmanente al propio fenómeno de la cibercriminalidad para el que los diferentes ordenamientos y autoridades deben prever mecanismos de cooperación suficientemente ágiles.

Igualmente, hemos querido acompañar el estudio de dicho deber de colaboración de una, a nuestro entender, llamativa consecuencia, como es la aparición de los llamados informes de transparencia. De su análisis, aun somero, ya aparecen algunas vías de mejora, como podrían ser la elaboración de un glosario que dotaran de transparencia real a la información facilitada y la homogeneización (y publicación) de los criterios seguidos para la ordenación y exposición de la información. Posibilidades de mejora que, en todo caso, no deben desmerecer la dirección a la que apuntan iniciativas como ellas.

EL IMPACTO DE LA REGULACIÓN DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA EN EL PERÚ

Isabel Tello Carbajal¹

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

I.- INTRODUCCIÓN

El feminicidio se introdujo, por primera vez, en el ordenamiento jurídico peruano el 27 de diciembre de 2011, mediante la Ley N° 29819, que modificó el art. 107 del Código Penal peruano que regula el delito de parricidio para incorporar el feminicidio como una de sus modalidades. Esto no implicó un incremento de la pena en estos casos, sino tan solo su reconocimiento nominal.

El 18 de julio de 2013 se emitió la Ley N° 30068, en virtud de la cual se reguló, por primera vez, el feminicidio como un delito autónomo y se consignó una pena mayor y distinta a la correspondiente a los tipos penales neutros. Desde ese año hasta el 2018, el delito de feminicidio fue modificado tres veces: se incorporaron nuevas circunstancias delictivas y agravantes. Actualmente, es un delito que consigna cuatro circunstancias delictivas, entre las

¹ Abogada penalista del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano. Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla. Magíster en Cumplimiento Normativo en Derecho penal por la Universidad Castilla- La Mancha. Exadjunta de docencia del curso Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Exmiembro del Consejo Directivo de la Asociación Civil Themis.

que puedo mencionar la violencia familiar y el acoso sexual; así como nueve agravantes, como -por ejemplo- la violación sexual previa.

Uno de los principales problemas de la aplicación de este delito en el Perú, es que la conducta prohibida no se encuentra descrita de forma clara y precisa. Esto ha tenido un impacto en la actividad probatoria de los operadores de justicia, porque no comprenden cuál es el alcance de esta conducta y, por ello, interpretan discrecionalmente el delito. Esto ha generado que, muchos de ellos, prefieran optar por la aplicación de los tipos penales neutros para garantizar el éxito del caso.

Por lo expuesto, en el presente artículo busco analizar el impacto que tiene la regulación del delito de feminicidio en la actividad probatoria de los operadores de justicia del Perú, con la finalidad de identificar los problemas y proponer una estrategia de solución.

II.- ¿QUÉ ES EL FEMINICIDIO?

El feminicidio es un término que se creó con el objeto de visibilizar el homicidio de mujeres por misoginia (odio, rechazo, aversión a las mujeres). Posteriormente, su significado fue ampliándose hasta abarcar leyes y prácticas públicas discriminatorias, así como la responsabilidad del Estado, en la prevención, erradicación, investigación y sanción de estos casos.

Actualmente, el feminicidio es considerado un delito de violencia de género en la mayoría de los países de América Latina, pero su significado es distinto. Solo se circunscribe a la provocación de la muerte de una mujer y no abarca otros tipos de feminicidio que sí son reconocidos en el campo del derecho de género y la sociología. Se define como la expresión más grave de la violencia de género y como tal, exige matar a una mujer porque incumplió estereotipos de género, que se le impuso como patrón de comportamiento obligatorio, en virtud de una práctica cultural arraigada en nuestra sociedad y cultura que subordina y discrimina a las mujeres².

² TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio/ feminicidio*. Ed. Didot, Argentina, 2014, p. 193.

III.- REGULACIÓN DEL FEMINICIDIO EN EL PERÚ

El feminicidio se encuentra regulado como delito en el art. 108 - B³ Código Penal (en adelante CP) y no, en una ley especial, como lo hacen otros países de América Latina, como Costa Rica, Guatemala y Paraguay. No obstante, la regulación de la conducta prohibida incorpora la expresión «por su condición de tal», que se encuentra definida en el Reglamento de la Ley N° 30364, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar» (en adelante RG)⁴, por lo cual, también es importante, tener en consideración las leyes

³ *«Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:*

- 1. Violencia familiar.*
- 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.*
- 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.*
- 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.*

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

- 1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.*
- 2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.*
- 3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.*
- 4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.*
- 5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.*
- 6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.*
- 7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.*
- 8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.*
- 9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.*

La pena será de cadena perpetua cuando concurran dos o más circunstancias agravantes.

En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda».

⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Decreto Supremo N° 004-20019- MIMP. Reglamento de Ley N° 30364, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los inte-

sobre violencia de género para comprender la naturaleza del delito: la Ley N° 30364, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar» (en adelante LVG) y el RG.

Este delito exige para su configuración la concurrencia de los siguientes elementos: matar a una mujer, hacerlo «por su condición de tal» y en cualquiera de las cuatro circunstancias que se encuentran consignadas en el tipo penal.

Incorpora nueve agravantes. Entre ellas las siguientes: la víctima es menor de edad o adulto mayor, la víctima se encuentra en estado de gestación, la víctima es discapacitada, concurren las agravantes del delito de asesinato, etc. y la pena es mayor en comparación a la consignada en los delitos de homicidio, asesinato y parricidio: la pena es no menor de veinte años. Si concurren agravantes, la pena dependerá del número de agravantes: si solo concurre una agravante, la pena es no menor de treinta años y si concurren dos o más agravantes, la pena es la cadena perpetua.

Finalmente, los criterios de interpretación del delito han sido desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (en adelante CS) en el Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116⁵ (en adelante Acuerdo Plenario) que estableció lo siguiente: la vida humana independiente es el único bien jurídico protegido por el delito; sin embargo, puede convertirse en un delito pluriofensivo, si concurren otras circunstancias, como -por ejemplo- la violación sexual; es un delito especial y de tendencia interna intensificada y los términos «hombre» y «mujer» deben ser interpretado en función al sexo biológico.

grantes del grupo familiar». Lima, 17 de marzo de 2019, art. 4.3.

⁵ El Acuerdo Plenario se encuentra regulado en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y puede ser definido como una resolución vinculante emitida por la CS, en virtud de la cual se realiza una interpretación y definición de normas penales con el objeto de unificar los criterios en la jurisprudencia.

IV.- LA INEXISTENCIA DE UNA DEFINICIÓN CLARA Y PRECISA DE LA CONDUCTA PROHIBIDA

La conducta prohibida en el delito de feminicidio incorpora la expresión «matar a una mujer por su condición de tal». Se señala que la definición de esta expresión se encuentra consignada en las leyes de violencia de género, en particular en el art. 4.3. del RG, en la que se define «la violencia contra las mujeres por su condición de tal»; conforme cito a continuación:

«3. *La violencia contra las mujeres por su condición de tal. Es la acción u omisión identificada como violencia según los artículos 5 y 8 de la Ley que se realiza en el contexto de violencia de género, entendida ésta como una **manifestación de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de las mujeres de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad, a través de relaciones de dominio, de control, de ejercicio de poder, de sometimiento y subordinación hacia las mujeres.** Las operadoras y los operadores comprenden e investigan esta acción de modo contextual como un proceso continuo. Esto permite identificar los hechos típicos que inciden en la dinámica de relación entre la víctima y la persona denunciada, ofreciendo una perspectiva adecuada para la valoración del caso».*

(El subrayado fue agregado)

La CS recogió la definición de la expresión «por su condición de tal» prevista en el art. 4.3 de la RG para interpretar la conducta prohibida en el delito de feminicidio. Así, señaló que la expresión «matar a una mujer por su condición de tal» significa lo siguiente:

«El hombre, a través de diferentes actos con contenido violento que, en su expresión final más radical, **ocasiona la muerte de la mujer, trata de establecer su dominio y jerarquía sobre ella.** Esta violencia que ejerce el hombre contra la mujer **es producto de un sistema de relaciones de género que intenta incardinar e incorporar en la sociedad la idea de que los hombres son superiores a las mujeres»**⁶.

(El subrayado fue agregado)

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116. Lima, el 17 de octubre de 2017, fundamento 7.

A pesar de los esfuerzos que se realizaron para determinar la conducta prohibida en el delito de feminicidio, no se logró implementar en el ordenamiento jurídico una interpretación uniforme sobre su contenido, porque la descripción de estas expresiones continuaba siendo ambigua. Esto generó que existan, actualmente, diversas interpretaciones sobre el contenido de la conducta prohibida y se afecte la seguridad jurídica, porque la norma es aplicada de forma diversa.

La posición mayoritaria de la doctrina sobre la definición de esta expresión es la que señala TOLEDO, quien afirma que el feminicidio supone provocar la muerte a una mujer, porque incumplió o quebrantó un rol o estereotipo de género que socialmente se le ha impuesto. Por lo tanto, la causa de su muerte no es su sexo, sino la subordinación y discriminación estructural⁷. Esta definición es correcta, por dos razones: se distingue el delito de feminicidio como un delito de violencia de género y se vincula su contenido con la protección del bien jurídico igualdad material.

Lamentablemente, la RG ni la CS han definido en estos términos la expresión «por su condición de tal» por dos razones:

En primer lugar, en ambos casos se hace referencia al sometimiento y dominio de la mujer, pero no se señala cómo es que estos se concretizan en el caso del feminicidio como delito de violencia de género. Tampoco se diferencia este tipo de subordinación de las otras formas de sometimiento que existen, que no responden a las características de la violencia machista; ni se desarrolla el carácter estructural de este tipo de violencia.

La RG señala que este tipo de violencia tiene su origen en la imposición de relaciones de dominio, control, ejercicio de poder, sometimiento y subordinación, que tiene como consecuencia, la inhibición de la mujer para gozar y ejercer sus derechos de forma plena y eficaz. Mientras que la CS señala que este tipo de violencia responde a una imposición de relaciones de dominio y jerarquía sobre la mujer, que se exterioriza como la materialización de la idea de la superioridad de los hombres frente a las mujeres.

⁷ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. «Feminicidio...», 2014, p. 88 y ss.

Como en toda subordinación, existe una afectación al goce y ejercicio pleno de los derechos, pero eso no supone que en todos los casos esta responda al mismo patrón.

El feminicidio se distingue por lo siguiente: (i) la violencia es provocada por el incumplimiento de estereotipos que se impusieron como patrón de comportamiento obligatorio y (ii) este acto exterioriza una práctica cultural arraigada en nuestra sociedad y cultura, no es un hecho aislado. Por lo tanto, no es un tipo de dominación más, es una dominación con características propias que la distinguen de las demás.

En segundo lugar, se describe la conducta prohibida a través de un lenguaje complejo, porque vuelven a utilizar expresiones cuyo significado es amplio y ambiguo y el elemento de subordinación y discriminación estructural contra la mujer no se puede extraer del contenido literal de estas definiciones.

La RG utiliza las siguientes expresiones para definir la expresión «por su condición de tal»: «relaciones de dominio», «relaciones de control», «relaciones de ejercicio de poder», «relaciones de sometimiento y subordinación»; mientras que la CS utiliza la expresión «relaciones de género». Todas estas expresiones tienen significados amplios e incluso ambiguos. No existe una única interpretación sobre ellas, por lo que su utilización solo nos sumerge en un círculo vicioso en el que no se puede llegar a determinar cuál es la conducta prohibida.

Por ejemplo, la inclusión de la expresión «relaciones desiguales de poder» genera más problemas de interpretación, porque exige exteriorización, es decir, acreditar hechos que demuestren el control o dominio que ejercía el sujeto activo, frente a lo cual, surgen preguntas sobre si el delito requiere que siempre se acredite la existencia de manifestaciones previas de control o dominio, sobre todo en los casos en donde no existe vínculo preexistente entre el autor y la víctima, y, si estas deben dirigirse contra la víctima o puede ser dirigido contra otras mujeres; y, esto es de especial relevancia cuando existe la violencia familiar como circunstancia delictiva⁸.

⁸ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Feminicidio*. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), México, 2009, p. 106.

En Guatemala, su inclusión ha generado mayores problemas en la interpretación del delito. La doctrina en algunas ocasiones ha señalado que es un hecho evidente o notorio a nivel social, que ya no requiere acreditarse en el caso concreto, porque es una realidad histórica en Guatemala⁹. Esto ha sido materializado en algunas sentencias en las que no se requiere que ese elemento sea acreditado (se presupone) o se señala que esto se verifica con la simple existencia de una relación entre el autor y la víctima. Así, puedo mencionar lo señalado por el Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Medio Ambiente en la sentencia C1081-2009-00541 de fecha 14 de abril de 2010 y el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Medio Ambiente en la sentencia C1081-2008-01868 de fecha 14 de enero de 2010, respectivamente.

Lo contrario, sucede en Nicaragua en donde el legislador, mediante el Reglamento de la Ley Integral de Violencia contra la Mujer, exigió que «las relaciones desiguales de poder» se acrediten en la relación de pareja; es decir, se considera que no es un hecho social, sino un hecho concreto que se debe probar caso por caso¹⁰.

Por lo expuesto, se puede concluir que la expresión «las relaciones desiguales de poder» no tiene un sentido unívoco. Podrá considerarse un hecho notorio o un hecho que deba probarse en el caso concreto. Por ello, incorporar esta expresión en la definición de la conducta prohibida no hace más que generar nuevos problemas de interpretación.

⁹ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Feminicidio...*, 2014, p. 233.

¹⁰ VÁSQUEZ, Carmen. La técnica de regulación del feminicidio y sus problemas probatorios. Universidad de Girona, p. 18. (Consulta: 26 de julio de 2019):

https://www.academia.edu/37836859/T%C3%A9cnica_legislativa_del_feminicidio_y_sus_problemas_probatorios

V.- TENDENCIA ACTUAL: APLICACIÓN DE TIPOS PENALES NEUTROS

La inexistencia de una definición unívoca de la conducta prohibida promueve el surgimiento de diversas interpretaciones y genera en los operadores de justicia mil dudas sobre su verdadero contenido y naturaleza, por lo que prefieren aplicar los tipos penales neutros, como parricidio, homicidio y asesinato, según corresponda, para asegurar el éxito del caso.

La expresión «matar a una mujer por su condición de tal» es interpretada por los operadores de justicia de diversas formas. Entre ellas las siguientes:

- Matar a una mujer por odio, rechazo o aversión hacia la mujer. Por lo tanto, es un *hate crime*.
- Matar a la mujer por su sexo.

Como ejemplo de la interpretación del feminicidio como un crimen de odio, puedo mencionar lo señalado por el Juzgado Penal Colegiado de Huamanga en el caso Arlette Contreras (Ayacucho, Perú)¹¹. Este Colegiado descartó la configuración del delito de feminicidio en este caso, porque, según afirmó, no se verificó la existencia de odio, rechazo o aversión del sujeto activo hacia la víctima, ya que él también realizaba tareas domésticas propias de mujeres; conforme cito a continuación:

«(...) a criterio del colegiado no se ha advertido en el acusado un odio, rencor al género mujer, en este caso representado por la agraviada en el caso que nos ocupa, muy por el contrario, **el acusado ha participado en la comunión de roles conjuntamente con la pareja, es decir, ha compartido actividades comunes a las mujeres**, por ejemplo cuando antes de ir a la fiesta de la reunión de cumpleaños, el acusado se puso a lavar los platos (...)»¹².

(El subrayado fue agregado)

¹¹ Cabe señalar que esta sentencia fue anulada. Actualmente, existe una nueva sentencia en el caso Arlette Contreras, en virtud de la cual, recientemente, ha sido condenado Adriano Pozo por tentativa de feminicidio.

¹² JUZGADO PENAL COLEGIADO DE HUAMANGA. Resolución N° 13. Expediente N° 01641-2015. Lima, 22 de julio de 2016.

Esta interpretación es incorrecta porque el feminicidio no es un crimen de odio. Estos delitos surgieron para agravar la sanción penal de aquellos delitos existentes cuando se verificaba la concurrencia de un móvil discriminatorio, como, la raza, la nacionalidad, el sexo, etc.; y, el feminicidio (en sus inicios denominado «femicidio») fue creado por Diana Russel con el objeto de visibilizar la muerte de mujeres por misoginia, es decir, por el odio, desprecio, aversión o rechazo que siente el autor del delito contra este colectivo.

Esto motivó a que el feminicidio fuera calificado como un *hate crime*, porque se consideraba que la muerte de la mujer tenía su origen en el odio, desprecio o aversión a las mujeres. No obstante, el feminicidio fue desarrollándose conceptualmente a lo largo de los años, de modo que, empezó a abarcar diversas situaciones en las que se destacó que el feminicidio tiene como elemento principal el contexto de discriminación y subordinación estructural contra la mujer y no el odio contra este colectivo, por consiguiente, se incorporaron como feminicidios situaciones en la que el odio del agente es inexistente, como -por ejemplo- los feminicidios en relaciones de pareja.

Pero eso no es todo, al no consignarse el elemento de subordinación y discriminación estructural contra la mujer en la descripción de la conducta prohibida, existen dudas sobre si debe o no acreditarse este elemento en el caso concreto. Esto puede generar una aplicación sistemática del delito con el solo hecho de verificar la muerte de una mujer: funcionaría como una presunción. Así, puede haber dos posibilidades: la aplicación de una presunción *iure et iure*, en virtud de la cual, siempre y sin excepción se condenaría por este delito sin la necesidad de acreditar ese elemento¹³; o la aplicación de una interpretación *iure tantum*, en virtud de la cual se presume la concurrencia de este elemento hasta que se acredite lo contrario. En ambos casos, existiría una injustificable inversión de la carga de la prueba.

¹³ POLAINO ORTS, Miguel. «La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión de la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo», *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2008, p. 15 y ss.

MUJICA y TUESTA¹⁴ realizaron una investigación en Lima -Perú- para determinar si los operadores de justicia tienen dificultades para aplicar el delito de feminicidio. Para tal efecto, realizó entrevistas a fiscales, policías y peritos forenses, especializados en homicidios, de cada distrito de Lima. El resultado de su investigación fue el siguiente:

- Los operadores de justicia no comprenden el delito¹⁵.

Un fiscal señaló lo siguiente:

«El problema de estos tipos penales es que, normalmente, tienen que ser objetivos. Si mató o no mató. Y es mucho más fácil. Dentro de la ley (de feminicidio) incorporan concepciones subjetivas. Eso dificulta nuestro trabajo. Se espera que imputemos cargos para agravar la pena. El tema es que nos faltan indicadores. O sea, ¿cómo establezco que se trata de discriminación? Eso es lo que falta. Hemos partido del medio, pero no del inicio. Esos indicadores no los tenemos por eso prefiero imputar un homicidio simple».

- Los operadores de justicia prefieren iniciar la investigación por la comisión del delito de homicidio, porque este delito es más fácil de aplicar, pues no exige tantos elementos como el delito de feminicidio¹⁶.

Un fiscal señaló lo siguiente:

«Es tanta la carga, el tipo penal tan detallado que a veces conviene imputar por homicidio. Imagínate a un fiscal (...) el tiempo le va a quedar cortísimo, y de repente propone ante el Poder Judicial una tesis que no va a probar. Ese es el temor. Para mí que el legislador no lo tomó en cuenta».

¹⁴ MUJICA, Jaris/ TUESTA, Diego. «Problemas en la investigación procesal-penal del feminicidio en el Perú». *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N° 17, Quito, 2015, pp. 88- 93.

¹⁵ MUJICA, Jaris/ TUESTA, Diego. «Problemas en la investigación procesal-penal del feminicidio en el Perú». *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N° 17, Quito, 2015, p. 88 y ss.

¹⁶ MUJICA, Jaris/ TUESTA, Diego. «Problemas en la investigación procesal-penal del feminicidio en el Perú». *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N° 17, Quito, 2015, p. 88 y ss.

- Los operadores de justicia pueden ordenar la ampliación de la denuncia si recaban nuevos elementos de convicción que permiten sustentar la comisión de este delito¹⁷.

Un fiscal señaló lo siguiente:

«Lo que haríamos en la práctica es denunciar por homicidio y si en el transcurso del proceso, con el tiempo, las declaraciones de familiares, de vecinos, quizá la mejor amiga de la víctima, podríamos modificar la denuncia».

«Se podría pedir una ampliación de otros factores de inclusión, evidentemente. Sin embargo, bueno, todo depende del estado del proceso (...)».

Estos resultados evidencian que las interpretaciones mencionadas en las líneas precedentes no son las únicas interpretaciones posibles. También existen interpretaciones *pro reo* del tipo penal, que buscan inaplicar el delito. TOLEDO advierte sobre ello cuando señala que los operadores de justicia prefieren invocar cualquier elemento para no aplicar el delito de feminicidio, así, por ejemplo, cuando existen celos de por medio, señalan que la mató por celos y no por su condición de mujer¹⁸.

Todo esto tiene un impacto negativo en la seguridad jurídica y el principio de inocencia, porque no existe certeza sobre el contenido de la conducta prohibida y, por lo tanto, no existirá un estándar probatorio claro y preciso para determinar cuándo se encuentra acreditado el delito y se aplicará de forma diversa el tipo penal. Todo quedará sujeto a la interpretación discrecional de cada operador jurídico.

VI.- CONCLUSIONES

La expresión «por su condición de tal» y otras expresiones que aluden a dar muerte a una mujer, como «por su condición de mujer» o «por el hecho

¹⁷ MUJICA, Jaris/ TUESTA, Diego. «Problemas en la investigación procesal-penal del feminicidio en el Perú». *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N° 17, Quito, 2015, p. 88 y ss.

¹⁸ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Femicidio...*2009, p. 106.

de ser mujer» son conocidas y utilizadas frecuentemente en el ámbito de los derechos de las mujeres y del activismo feminista y se caracterizan, precisamente, por carecer de un sentido unívoco y estar sujeta a diversas interpretaciones¹⁹.

La incorporación de una expresión tan amplia en una norma de derecho penal, sin un sentido unívoco, distrae la atención del elemento esencial en este tipo de violencia: la subordinación y discriminación estructural de la mujer, que es la causa de la provocación de su muerte y no el mero hecho de serlo²⁰.

Por lo expuesto, es importante incorporar en la regulación del delito el elemento esencial: la subordinación y discriminación estructural y excluir toda expresión indeterminada y general. Con su concretización se determinará de forma exacta cuál es la conducta prohibida de la norma penal y se instaurará una interpretación y aplicación uniforme.

BIBLIOGRAFÍA

MUJICA, Jaris/TUESTA, Diego. «Problemas en la investigación procesal-penal del feminicidio en el Perú». *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N° 17, Quito, 2015, p. 88 y ss.

POLAINO ORTS, Miguel. «La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión de la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo», *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, 2008.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Feminicidio*. Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), México, 2009.

¹⁹ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Feminicidio...*2014, p. 198.

²⁰ TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí. *Feminicidio...*2014, p. 198.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí *Femicidio/feminicidio*. Ed. Didot, Argentina, 2014.

VÁSQUEZ, Carmen. La técnica de regulación del feminicidio y sus problemas probatorios. Universidad de Girona, p. 18. (Consulta: 26 de julio de 2019):

https://www.academia.edu/37836859/T%C3%A9cnica_legislativa_del_feminicidio_y_sus_problemas_probatorios

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Decreto Supremo N° 004-20019-MIMP. Reglamento de Ley N° 30364, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar». Lima, 17 de marzo de 2019.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley N° 30364, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar». Lima, 23 de noviembre de 2015.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario N° 001-2016/CJ-116. Lima, el 17 de octubre de 2017.

JUZGADO PENAL COLEGIADO DE HUAMANGA. Expediente N° 01641-2015. Sentencia: 22 de julio de 2016.

TRIBUNAL SEGUNDO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. SENTENCIA C1081-2009-00541. Sentencia: 14 de abril de 2010.

TRIBUNAL PRIMERO DE SENTENCIA PENAL, NARCOACTIVIDAD Y DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE. Sentencia C1081-2008-01868. Sentencia: 14 de enero de 2010.

EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO HUMANO EN MATERIA TRIBUTARIA

Vicente Torre Delgadillo¹

Profesor Investigador de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho "Abogado Leija" (Universidad Autónoma de San Luis Potosí. México)

*"Entre los individuos como entre las naciones,
el respeto al derecho ajeno es la paz".
Benito Juárez García.*

Sumario: I.- Introducción. II.- Derechos Fundamentales. III.- Acceso a la justicia y al debido proceso como un derecho fundamental. IV.- El acceso a la justicia y los mecanismos alternos de solución de conflictos. V.- Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: el acceso a la justicia constituye un derecho humano que se corresponde con la dignidad de la persona frente al poder del Estado, por el cual se debe garantizar certeza y seguridad, solución a los conflictos de intereses, así como la organización, legitimación y restricción del poder. El poder debe ejercerse al servicio de los ciudadanos y no debe ser empleado para ofender atributos inherentes a la persona siendo un vínculo para que todos puedan vivir en sociedad en condiciones de dignidad. Por lo tanto, el

¹ Titular de la materia de Derecho Fiscal. Secretario General de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal Capítulo San Luis, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT, 2009), Líder del Cuerpo Académico Reforma del Estado y Derechos Humanos. Coordinador del Centro de Negocios (CENE) de la Facultad de Derecho de la UASLP. Correo electrónico: vicente.torre@uaslp.mx

acceso a la justicia debe ser garantizado por el Estado, estableciendo todos los instrumentos necesarios para que toda la población pueda gozar de este derecho. En México la impartición de justicia en materia tributaria presenta la problemática de saturación de los tribunales y consecuentemente la dilación en la resolución de los conflictos, a lo anterior también tenemos que añadir que los recursos administrativos en la materia presentan problemas como la poca efectividad que tienen para revocar los actos de autoridad, la incertidumbre en ciertos conceptos -como lo es el de acto definitivo-, o bien, la imposibilidad de ofrecer nuevas pruebas, situaciones que indubitablemente afectan el acceso a la justicia. Esta situación ha provocado una percepción en los contribuyentes de arbitrariedad e injusticia, tanto de las autoridades, como de los órganos jurisdiccionales. Ante esta situación vemos como el derecho tributario ha optado por la implementación de la tecnología *-juicio en línea, buzón tributario-* y de los medios alternos de solución de conflictos para generar alternativas de acceso a la impartición de justicia.

Palabras Clave: Acceso a la justicia; Derecho Humano; MASC.

Abstract: access to justice is a human right, which corresponds to the dignity of the individual against the power of the state, and which should ensure certainty and security; conflict resolution, legitimacy and restriction of power. The power must be exercised for the service of citizens and should not be used to offend inherent attributes of the person being a link to live under conditions of dignity. Therefore, access to justice must be guaranteed by the state, establishing all the necessary tools so that all people can enjoy this right. In México the administration of justice presents the problem of overworked courts and consequently delay in the resolution of conflicts, a situation that causes a perception of arbitrariness and injustice in society. In this situation we see how the tax law has opted for technology implementation *-trial on line, tax mailbox-* and alternate dispute resolution to generate new alternatives for access to the administration of justice.

Key Words: Access to justice; Human Right; ADR 's.

I.- INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia constituye un derecho humano que se corresponde con la dignidad de la persona frente al poder del Estado, por el cual se debe garantizar certeza y seguridad jurídica, solución a los conflictos de intereses, así como la organización, legitimación y restricción del poder. El poder debe ejercerse al servicio de los ciudadanos y no debe ser empleado para ofender atributos inherentes a la persona, por el contrario, debe ser un vínculo para que todos puedan vivir en sociedad en condiciones de dignidad. Por lo tanto, el acceso a la justicia debe ser garantizado por el Estado, estableciendo todos los instrumentos necesarios para que toda la población pueda gozar de este derecho.

Es en el ámbito tributario donde en México encontramos una de las principales esferas en donde se violan los derechos humanos. Un ejemplo de ello lo encontramos en el acceso a la justicia en su sentido más amplio *-procedimiento fiscal regular, tutela judicial efectiva, derecho de defensa y juez imparcial-*.

La impartición de justicia en materia tributaria presenta la problemática de saturación de los tribunales y consecuentemente la dilación en la resolución de los conflictos, a lo anterior también tenemos que añadir que los recursos administrativos en la materia presentan problemas como la poca efectividad que tienen para revocar los actos de autoridad, la incertidumbre en ciertos conceptos -como lo es el de acto definitivo-, o bien, la imposibilidad de ofrecer nuevas pruebas, situaciones que indubitablemente afectan el acceso a la justicia. Esta situación ha provocado una percepción en los contribuyentes de arbitrariedad e injusticia, tanto de las autoridades, como de los órganos jurisdiccionales.

Desde el año 2000 se ha estado trabajando en materia de derechos humanos y tributación. Al respecto encontramos como el maestro Dn. EUSEBIO GÓNZALEZ GARCÍA ya en las Jornadas Latinoamericanas celebradas en Madrid, mencionaba la necesidad de luchar por el justo equilibrio y la armonía en la tributación para lograr la protección a los derechos humanos del contribuyente y del interés colectivo en el establecimiento y determinación de los tributos para el sostenimiento del gasto público².

² CRUZ DE QUIÑONES, Lucy, Derechos Humanos y la Tributación, en REGUEROS DE LADRÓN DE GUEVARA, Sofía, *et al*, (Coordinadores) *Lecciones de derecho tributario inspiradas por un maestro*,

La creación de una contribución como lo es el impuesto se mueve en una línea bastante frágil entre la legalidad y la ilegalidad, por lo que en cualquier momento se pueden generar fricciones y violaciones a derechos fundamentales del contribuyente como lo son los principios tradicionales de justicia, proporcionalidad, igualdad, equidad, capacidad contributiva, solidaridad e irretroactividad y más cuando no existe una tradición constitucional común.

Este problema se agudiza en aquellos Estados que no cuentan con vinculación con cortes internacionales que puedan instar por el respeto y reparación de los principios antes señalados cuando se compruebe su violación por la acción u omisión de las autoridades internas del mismo Estado.

Por lo tanto, las autoridades no deben justificar bajo de premisas de combate a la corrupción, los derechos humanos de los contribuyentes y dejar de lado que, derivado de la reforma constitucional al primer párrafo del artículo primero constitucional del 10 de junio de 2011³.

II.- DERECHOS FUNDAMENTALES

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El ejercicio del poder como un proceso debe tener su punto de partida y a su juez supremo en la voluntad de los ciudadanos iguales; lesionar cualquiera de los derechos inherentes al individuo es lesionar también sus derechos humanos⁴.

Bogotá, Ed. Universidad del Rosario y el ICDT, 1a ed., 2010, pp. 56-57.

³ CPEUM Art. 1º.: *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.*

⁴ CRUZ DE QUIÑONES, Lucy, *Op. Cit.*, p. 60.

En opinión del profesor FERNÁNDEZ-LARGO, los derechos humanos corresponden a un sector de la normatividad jurídica referida en sus dimensiones de libertad, autonomía e igualdad de condición en la vida social, que deben ser respetados en toda ley⁵. Por su parte el profesor “FERRAJOLI citado por CRUZ de QUIÑONES define a los derechos humanos como aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o de ciudadanos. El citado autor explica que por derecho subjetivo se debe entender cualquier expectativa positiva de prestaciones o negativa de no sufrir lesiones, adscrita a un sujeto por una norma jurídica; en tanto que por status se hace referencia a la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁶.

En el desarrollo de la concepción de los derechos humanos se ha presentado la discusión se deberían incorporar en los mismos a los derechos patrimoniales, encontrando que en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establecieron como derechos naturales e imprescindibles del hombre a la libertad, la propiedad y la resistencia a la opresión. Es en este punto donde se origina la discusión asentada en líneas anteriores, en el sentido de que, si solo se debía tomar como derecho fundamental el derecho a la propiedad y la libertad de adquirir y disponer de los bienes y, excluir los derechos reales inherentes sobre los bienes adquiridos. Se justificaba la anterior postura en el hecho de que los primeros revestían la característica de indisponibles, inalienables e inviolables, en tanto que los segundos son

⁵ Su formulación es fruto histórico de una progresiva toma de conciencia de las exigencias sociales derivadas de la excelencia de la persona humana y que han sido enunciadas en declaraciones, leyes fundamentales, constituciones o en los ordenamientos como derecho fundamental. FERNÁNDEZ-LAGO, Antonio Osuna, Teoría de los derechos humanos. Conocer para practicar. Ed. San Esteban, Salamanca, pp. 21-26.

⁶ FERRAJOLI, L., Derechos y garantías, Madrid, Ed. Trotta, 2002, p. 37, en CRUZ DE QUIÑONES, Lucy, *Op. Cit.*, p. 60. En la declaración universal de los derechos del ciudadano de 1789, se estableció como derechos naturales e imprescriptibles del hombre, la libertad, propiedad y resistencia a la opresión. A pesar de existir reconocido el derecho a la propiedad como un derecho humano encontramos que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica (1969)- se subordina el uso y goce de los bienes propios al interés social, de donde se desprende que aún bajo la concepción liberal tradicional que ve al tributo como un ataque a la propiedad, se admite que esta limitación es justa y equitativa, por la necesidad que implica sufragar los gastos de la colectividad.

disponibles, alienables y negociables. No puede anularse el derecho a ser propietario ni realizar contratos que se crean necesarios so pena de anular la libertad, pero si puede limitarse o gravarse la propiedad, de distintas maneras, conservando el núcleo esencial del derecho.

En el vasto entramado de leyes y tratados internacionales que ha suscrito nuestro país en materia de derechos humanos es en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que entró en vigor en 1976 donde de manera puntual se establece la protección al debido proceso, el acceso a la justicia y la igualdad; a la propiedad, la circulación y la residencia. De los anteriores derechos en el presente trabajo nos avocaremos al estudio y análisis del derecho humano a la justicia en materia tributaria en su sentido amplio, contemplando al debido proceso como parte del mismo.

III.- ACCESO A LA JUSTICIA Y AL DEBIDO PROCESO COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

El acceso y la impartición de justicia mediante el debido proceso es sin lugar a dudas una de las responsabilidades más importantes que tienen los Estados. Lo anterior no sólo y exclusivamente como una función necesaria para garantizar una sana convivencia social, sino también para garantizar un entorno de seguridad y certeza jurídica a la actividad económica de un país como México.

En un modelo del Estado democrático y social de derecho, el acceso a la administración de justicia, así como, el derecho al debido proceso implican la diligencia en el cumplimiento de los términos procesales y del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre los excesivos formalismos y la necesidad de que estos derechos deben ser garantizados de forma plena y efectiva, dentro del marco constitucional y legal, dado que su mera enunciación en la Constitución o en un Convenio Internacional sería incongruente con el mandato de respeto de la dignidad humana⁷.

⁷ El legislador ordinario, la administración tributaria y los tribunales nacionales deben acatar de modo irrestricto los pactos, tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, habilitando a la infracción de tales instrumentos a la posibilidad del control de convencionalidad judicial interno y/o en la esfera internacional GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, Comentarios sobre problemas en la impartición de justicia y posibles soluciones, artículo consultado el 2 de

El artículo 17 de nuestra Carta Magna establece la garantía de acceso a la justicia, misma que el Estado mexicano debe procurar en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, cumpliendo de esta forma con una impartición de justicia plena y respetuosa de los postulados constitucionales⁸.

A lo anterior se debe añadir que el mismo precepto jurídico en su párrafo tercero señala la obligación de que en las leyes se prevean la plenitud de garantías procesales los mecanismos alternativos de solución de controversias para alcanzar este objetivo⁹.

Por su parte el segundo párrafo del artículo 14 del ordenamiento antes citado reconoce el derecho humano al debido proceso al establecer que en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas “...nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

FIX FIERRO y LÓPEZ AYLLÓN señalan que el citado precepto constitucional plantea situaciones relevantes en el ámbito del derecho, la primera, como se señaló en líneas anteriores la referente al acceso a la justicia como un derecho humano, la segunda concerniente a la obligación del Estado respecto a la creación, establecimiento y funcionamiento de los tribunales y mecanismos necesarios para la impartición de justicia y como tercera situación a destacar la obligación del estado a definir la operatividad del proceso jurisdiccional¹⁰.

septiembre de 2019 en la página web <http://www.gdca.com.mx/PDF/varios/IMPARTICION%20JUSTICIA.pdf>, p. 2.

⁸ Entendiendo el termino acceso a la justicia como la posibilidad real y efectiva que deben tener los ciudadanos a movilizar al Estado para la defensa de sus derecho e intereses, no solo a través de los tribunales, sino también de cualquier mecanismo alternativo contemplado en la ley.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17, párrafo segundo. Consúltese la página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>. Última reforma publicada DOF 07-07-2014.

¹⁰ FIX FIERRO, HÉCTOR y LÓPEZ AYLLÓN, SERGIO, El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria, en la obra colectiva Justicia. Memoria del IV congreso Nacional de Derecho

En este contexto, se considera que para que se logre lo anterior, el Estado tiene que garantizar a la sociedad que ese acceso a la justicia implique un todo, es decir: normas generales, instancias jurisdiccionales bien definidas, jueces o árbitros capacitados, un debido proceso llevado conforme a formalidades esenciales, una oportunidad de defensa y la facilidad de presentar pruebas y argumentos, de acuerdo con las instancias legalmente creadas para ello¹¹.

En otras palabras, la administración de justicia es un servicio público, cuya finalidad consiste en facilitar en forma permanente y continua justicia a las controversias jurídicas que son de su conocimiento y solucionarlas pacíficamente, procurando la ejecución de lo juzgado por tribunales independientes e imparciales, dentro de un marco jurídico previamente establecido -*debido proceso*-¹².

El derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se sigue en su contra, y de esta forma estar en condiciones de poder impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses y hacer valer el respeto en todo momento a los derechos humanos consagrados en nuestra Carta Magna.

De lo anteriormente señalado se desprende que es función del Estado impulsar una cultura de la legalidad y del Estado de Derecho, para ello su

Constitucional I, Coordinadores. V ALADÉS DIEGO y GUITÉRREZ RIV AS, RODRIGO, Serie Doctrina Jurídica No. 62, Ed. IJ UNAM, México, 2001, p. 112.

¹¹ ZAMORA CASTRO, FELIPE de JESÚS, la impartición de justicia federal administrativa, agraria, fiscal y laboral. Editado por Secretaría de Gobernación, México, DF, 2011, p. 10. También véase Garantizar la provisión de servicios jurídicos para todos los contribuyentes, así el establecimiento de servicios gratuitos de asesoría legal, o la necesidad de crear figuras que fortalezcan la defensa de los derechos y de los distintos intereses de los contribuyentes. Véase ARAUJO OÑATE, ROCÍO MERCEDES, Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de Derecho Comparado, en *Revista Estudios Socio Jurídicos*, No. 13-1, Junio, Ed. Universidad de Rosario, Bogotá, Colombia, 2011, pp. 247-248.

¹² *Ibidem* pp. 248-250. El debido proceso establece el principio rector de la actuación de los funcionarios públicos en cualquier ámbito y dispone una garantía que evita los excesos y abusos de la autoridad en la realización de todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos.

trabajo debe consistir en fomentar el conocimiento de la ley y la confianza en las instituciones de procuración e impartición de justicia¹³.

Un primer aspecto del acceso a la justicia para el ciudadano consiste en la existencia de obstáculos económicos o financieros para acudir a los tribunales y en consecuencia se desprende la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal. De esta manera, numerosas cuestiones vinculadas con el efectivo acceso a la justicia -como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso- resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio.

Partiendo del contexto antes descrito se aprecia que la impartición de justicia presenta la problemática de saturación de los tribunales y por lo tanto dilación en la resolución de los conflictos, situación que ha provocado y sigue provocando en la sociedad una percepción de arbitrariedad e injusticia, tanto de las autoridades, como de los órganos jurisdiccionales¹⁴.

Ante esta situación vemos como en materias como el derecho tributario se ha optado por la implementación de la tecnología -juicio en línea, juicio sumario, buzón tributario- para generar nuevas alternativas de acceso a la impartición de justicia.

Sin embargo, la realidad es que las propuestas por parte del Estado no han sido suficientes para satisfacer la demanda de justicia por parte de la población, reinando una considerable desproporción entre la carga de trabajo de los tribunales tributarios y la infraestructura con que se cuenta.

¹³ Diccionario Jurídico Mexicano, voz “Estado de Derecho: Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por una irrestricta aplicabilidad del derecho y respeto a los derechos humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Edición Histórica, México, D.F., Editorial Porrúa S.A., 2009. Tomo II, p. 1564.

¹⁴ JIMENEZ ILLESCAS, JUAN MANUEL, El juicio en línea. Procedimiento Contencioso Administrativo, Ed. DOFISCAL, México, 1.ed., 2009, p. XVI.

Ante esta situación resulta necesario meditar y reflexionar sobre la necesidad de profundizar y aplicar de manera efectiva la mediación y arbitraje como Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos (MASC) previstos en el artículo 17 constitucional y exigir al legislador que garantice su trascendencia y viabilidad en el acceso a la justicia, para de esta forma asegurar los derechos humanos consagrados en la misma y buscar ante todo eliminar tendencias a la aprobación de políticas que atenten contra los derechos de los contribuyentes -terrorismo o persecución fiscal-¹⁵.

IV.- EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LOS MECANISMOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Ante el panorama anteriormente descrito, en la búsqueda de satisfacer la demanda de justicia por parte de la población surge como una opción viable la aplicación de MASC. Son varias las razones por las cuales, en los últimos años, se ha propuesto su utilización para solucionar las controversias que suelen surgir entre los particulares y las administraciones tributarias, ya sea en la fase administrativa o en la contenciosa. Muestra del interés sobre el tema se han introducido propuestas interesantes mediante la celebración de tratados internacionales, así como en la reforma fiscal 2013¹⁶.

Siguiendo lo establecido por FIERRO FERRAEZ y como ya se señaló en líneas anteriores, los MASC surgen como una respuesta a la necesidad de responder a las fallas que se presentan en el actual sistema judicial al momento de administrar justicia y a la imperante necesidad de que los particulares comprendidos en un conflicto puedan participar de común acuerdo en la solución de la propia controversia, teniendo presente que la solución derivada de estos mecanismos puede ser heterocompositiva -arbitraje- o autocompositiva -mediación y conciliación-, es decir, que puede o no existir subordinación con el cumplimiento del acuerdo logrado¹⁷.

¹⁵ En la actualidad estos Mecanismos ya no deben considerarse alternativos, sino como una necesidad dentro del sistema de impartición de justicia y acceso a la misma.

¹⁶ TROYA JARAMILLO, JOSÉ VICENTE, Los medios alternativos de solución de conflictos, y el derecho tributario internacional, en *FORO, revista de derecho*, No.3, Ed. UASB, Ecuador, 2004, p. 1.

¹⁷ FIERRO FERRÁEZ, ANA ELENA, Manejo de conflictos y mediación, 1a. Ed., Ed. Oxford, México, D.F., 2010, p. 18.

En la actualidad debe dejarse de ver la relación entre la Administración tributaria y el contribuyente como una situación de supremacía discrecional y unilateral, esta circunstancia ha llevado a generar en muchas ocasiones una atmosfera de inseguridad en los contribuyentes, pues esta ha sido y es la posición natural para generar el conflicto y la controversia que al final desencadenara en un procedimiento judicial.

Es por ello, que los procedimientos consensuados cada vez tienen una mayor aceptación a nivel internacional, puesto que liberan a las Autoridades y a los particulares de la incertidumbre y el conflicto, permitiendo mediante un proceso de negociación obtener los satisfactores que cada una de las partes pretende.

Para justificar el uso de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos en materia tributaria es necesario comprender que uno de los objetivos primordiales del Estado es la búsqueda del bien común o bienestar público mediante una adecuada gestión de los ingresos tributarios que recauda, es decir, a de tenerse en cuenta ante todo que el elemento que sustenta la actuación de la Administración tributaria no es otro sino la discrecionalidad determinativa de los tributos.

Es en este punto, donde se puede presentar un esfuerzo conjunto entre la autoridad y el contribuyente a fin de no bloquear la consecución de los fines del Estado, evitando los largos procesos judiciales cuando el interés público administrativo entre en conflicto con el interés particular del contribuyente¹⁸.

Ahora bien, los actos de consenso entre la autoridad y el particular pueden conseguir lograr una objetividad y neutralidad respecto del conflicto planteado y lograr esta finalidad, pero no siempre, y es en estos casos en donde puede intervenir un intérprete de los intereses, un tercero neutral e imparcial, que, a través de la organización de las propuestas presentadas por las

¹⁸ ROSEMBUJ TULIO, la resolución alternativa de conflictos tributarios, en Alternativas convencionales en el derecho tributario (XX Jornada anual de estudio de la Fundación A. LANCUENTRA), obra coordinada por PONT MESTRES, MAGIN y PONT CLEMENTE, JOAN FRANCESC. Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2003, p. 126.

partes, les permita confrontar sus puntos de vista y buscar con su asistencia una solución al conflicto¹⁹.

Por lo tanto, como señala el profesor TULLIO ROSEMBUJ los conflictos puede confrontarse o bien, pueden afrontarse.

En el primer caso es a través de los procedimientos judiciales como se busca la solución al conflicto, o bien, en el caso del arbitraje, donde se acuerda un procedimiento adversarial, pero bajo reglas muy específicas para llegar a una solución rápida y expedita *-las partes eligen a un tercero "árbitro", cuya decisión es vinculatoria-*.

En el segundo caso, se acude a formas no adversariales para buscar la solución que más convenga a los participantes, entre ellas encontramos, acuerdos procedimentales, la negociación *-en este proceso no interviene un tercero, simplemente las partes tratan de llegar a un acuerdo mediante la manifestación ordenada de sus pretensiones, con el propósito firme de llegar a un arreglo satisfactoria para ambas partes-*, la conciliación *-en ella el tercero interviene de manera informal para superar la diferencias, la falta de comunicación o de voluntad de las partes para arreglar o negociar entre ellas-*, la mediación *-el tercero asiste a las partes para lograr un acuerdo respecto de sus diferencias en forma voluntaria y que se traduce en un contrato final-*.

V.- CONCLUSIONES

Desde nuestra perspectiva es en este sentido en el que se tiene que realizar un análisis a fondo de la implementación de los MASC en materia tributaria, pues será precisamente en el ejercicio de sus facultades de recaudación el momento en el que se tendrá que estar dispuesto a lograr acuerdos en aras de la obtención de beneficios tanto para la Administración tributaria, como para los contribuyentes.

Desde este punto de vista se considera que no se limitan las facultades de la Administración tributaria, sino por el contrario se fortalecen debido al

¹⁹ *Ibidem.*, p. 127.

cumplimiento de sus objetivos recaudatorios, logrando a su vez establecer un vínculo entre el Estado y el contribuyente que genere seguridad jurídica al momento de resolver una controversia de manera pronta y eficaz.

A efectos de implementar la mediación y el arbitraje es necesario estructurar un procedimiento al cual puedan acudir las partes de manera consensuada, donde se garantice el respeto a los derechos humanos, en donde se respeten los principios de legalidad, igualdad y equidad por parte de las autoridades y en donde las resoluciones o acuerdos sean vinculantes y adquieran el carácter de ejecutoria para la Autoridad.

En el nuevo escenario que se presenta con la propuesta de reforma fiscal para combatir la corrupción y evasión fiscal en México, resulta imperante que los estudiosos de la materia, profesionistas, catedráticos, autoridades hagan valer su opinión y defiendan ante todo los Derechos Humanos del contribuyente, y no se permitan arbitrariedades por parte de las autoridades violentando el Estado de Derecho mediante acciones que pretenden justificar en el combate a la corrupción, y no en su ineptitud para encontrar soluciones que permitan ampliar la base impositiva para que todos los ciudadanos paguemos de forma proporcional y equitativa y a la vez se encuentren mecanismos que motiven a dar una lucha frontal contra aquellos que defraudan y evaden el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Habrá que aprovechar la coyuntura que se presenta con la reforma fiscal para la implementación de los MASC en materia tributaria, pues es un hecho que en la normativa actual no encontramos ningún impedimento para su establecimiento y con ello garantizar el derecho humano de acceso a la justicia y el mismo estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO OÑATE, ROCÍO MERCEDES, Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de Derecho Comparado, en *Revista Estudios Socio Jurídicos*, No. 13-1, junio, Ed. Universidad de Rosario, Bogotá, Colombia, 2011.
- CRUZ DE QUIÑONES, Lucy, Derechos Humanos y la Tributación, en REGUEROS DE LADRÓN DE GUEVARA, Sofía, *et al*, (Coordinadores) *Lecciones de derecho tributario inspiradas por un maestro*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario y el ICDT, 1a ed., 2010.
- FERNÁNDEZ-LAGO, Antonio Osuna, Teoría de los derechos humanos. Conocer para practicar. Ed. San Esteban, Salamanca, 2014.
- FIX FIERRO, HÉCTOR y LÓPEZ AYLLÓN, SERGIO, El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria, en la obra colectiva Justicia. Memoria del IV congreso Nacional de Derecho Constitucional I, Coordinadores. VALADÉS DIEGO y GUITÉRREZ RIVAS, RODRIGO, Serie Doctrina Jurídica No. 62, Ed. IJ UNAM, México, 2001.
- FIERRO FERRÁEZ, ANA ELENA, Manejo de conflictos y mediación, 1a. Ed., Ed. Oxford, México, D.F., 2010.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO, Comentarios sobre problemas en la impartición de justicia y posibles soluciones, artículo consultado el 2 de septiembre de 2019 en la página web <http://www.gdca.com.mx/PDF/varios/IMPARTICION%20JUSTICIA.pdf>, p. 2.
- JIMENEZ ILLESCAS, JUAN MANUEL, El juicio en línea. Procedimiento Contencioso Administrativo, Ed. DOFISCAL, México, 1.ed., 2009.
- ROSEMBUJ TULLIO, la resolución alternativa de conflictos tributarios, en Alternativas convencionales en el derecho tributario (XX Jornada anual de estudio de la Fundación A. LANCUENTRA), obra coordinada por PONT MESTRES, MAGIN y PONT CLEMENTE, JOAN FRANCESC. Ed. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2003.

TROYA JARAMILLO, JOSÉ VICENTE, Los medios alternativos de solución de conflictos, y el derecho tributario internacional, en *FORO, revista de derecho*, No.3, Ed. UASB, Ecuador, 2004.

ZAMORA CASTRO, FELIPE de JESÚS, la impartición de justicia federal administrativa, agraria, fiscal y laboral. Editado por Secretaria de Gobernación, México, D.F., 2011.

Legislación:

CPEUM Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Diccionarios:

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Tomo II., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Edición Histórica, México, D.F., Editorial Porrúa S.A., 2009.

LA PRUEBA ILÍCITA EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL TECNOLÓGICA EN DELITOS SEXUALES

Rocío Zafra Espinosa de los Monteros¹
Universidad Carlos III de Madrid. España

I.- INTRODUCCIÓN

Las tecnologías imperan en las relaciones sociales. Hoy en día, todo el mundo se relaciona a través de las nuevas aplicaciones que se nos proporcionan. No solo forjan relaciones de amistad, sino que también se utilizan para el tráfico jurídico-mercantil: se realizan transacciones bancarias; se hacen compras. De este modo, la forma de comunicarse y relacionarse con nuestros iguales ha cambiado. Esto ha provocado que las modalidades delictivas hayan adquirido un nuevo escenario.

En este sentido, el derecho se ha visto avocado a una transformación necesaria para la persecución de determinadas conductas delictivas. No obstante, sea en un entorno físico o virtual, parece que las reglas del juego no han cambiado. Nuestro sistema procesal penal, se caracteriza por ser estrictamente garantista. Ello implica que no todo vale en la actuación de las autoridades de represión penal para la persecución de las conductas delictivas consumadas o realizadas por la red. Es necesario que se respete el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas que tanto la CE como los diferentes tratados internacionales reconoce a todos los seres humanos. Y

¹ Comunicación presentada en el marco del Proyecto de investigación I+D: “Tratamiento procesal de la víctima de violencia sexual: participación, objeto de prueba e interpretación social en las redes” RTI 2018- 099170-B-I00 (MCIU/AIE/FEDER, UE).

ello, so pena de que todo lo que se haya podido obtener decaiga en nulidad probatoria.

Como se ha advertido las relaciones sociales han cambiado, cada vez existe menos el cara a cara que se cambian por las nuevas aplicaciones de mensajerías o las redes sociales. Esta circunstancia puede dar lugar a una laguna que propicia un largo historial delictivo. Sin duda, un tema que preocupa mucho son los delitos de carácter sexual a través de las redes. No somos conscientes, o no queremos serlo, del manejo tan rápido que internet hace de la información y de la apropiación de la misma². A ello, hay que sumarle el carácter subrepticio de las conductas sexuales que se cometen a través de internet donde muchas personas se ven coaccionadas como modo de obtención de más contenido por los propios agresores. En cuestión de minutos puede llegar a miles de personas. La peligrosidad que puede suponer llega a límites insospechados, incluso a la pérdida de la vida de las personas implicadas³. Por ello, la escrupulosa realización de las investigaciones a través de la red, así como su tratamiento en el proceso, es imprescindible para que estas conductas puedan ser realmente castigadas.

Fruto de esta preocupación, se refleja en la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se introduce en el 2015 mediante la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Con ella se pretende adecuar la investigación criminal a la era de las tecnologías⁴. Con esta Ley, se incorporan a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim), diligencias de

² El número de delitos sexuales informáticos ha ido aumentando: en 2014 se cometieron 974; en 2015, 1233; en 2016, 1188 casos; y en 2017 alcanzan los 1312. Excluidos las agresiones sexuales con/sin penetración y los abusos sexuales con penetración Datos obtenidos en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/8859844/Informe+2017+sobre+Cibercriminalidad+en+Espa%C3%B1a.pdf/a9f61ddb-3fcf-4722-b9d8-802a424a1a70>

³ Como lamentablemente ha ocurrido este año con el suicidio de una señora tras virilizarse un video de contenido sexual que envió, tiempo atrás, a su pareja de entonces. <https://www.elmundo.es/madrid/2019/05/28/5ced493efdddfb0758b48fb.html>

⁴ RAYÓN BALLESTEROS, MC., «Medidas de investigación tecnológica en el proceso penal: la nueva redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley Orgánica 13/2015», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LII (2019).

investigación relativas a la utilización de las modernas tecnologías reguladas en los artículos 588 bis a 588 octies. No obstante, sería muy presuntuoso querer abordar cada una de ellas. Así, y teniendo en cuenta que el objeto de esta investigación se quiere aproximar a la investigación de los delitos sexuales cometidos a través de la red, parece conveniente que el estudio se dedique a analizar las actuaciones relativas a la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas⁵ y el control remoto de los dispositivos electrónicos⁶ de las personas investigadas⁷ por parte de las autoridades de represión penal.

Para ello, se analizará las disposiciones comunes a las modernas formas de investigación a lo que sumaremos las particularidades que cada una de las diligencias objeto de estudio presentan.

II.- LA PRUEBA ILÍCITA EN INTERNET

Son numerosos los estudios doctrinales y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la prueba ilícita. Es por ello, porque esta materia está tratada de formas bastante prolija, nos remitimos a todo el tratamiento existente en la materia. Esta materia está íntimamente ligada a la presunción de inocencia puesto que esta tan solo se podrá desvirtuar con una carga probatoria suficiente y lícita. Por prueba ilícita debemos entender aquella que en su origen y/o desarrollo ha sido obtenida, directa o indirectamente, mediante la violación de los derechos fundamentales y libertades públicas tal y como establece el apartado 1 del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). De la misma forma, el artículo 238 LOPJ establece una serie de supuestos en que se podrá declarar la nulidad del acto procesal. No obstante, tal y como

⁵ Mediante esta actuación se pretende el acceso a contenido de las comunicaciones y a los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación.

⁶ Podrán ser objeto de control remoto los ordenadores, dispositivos electrónicos, sistemas informáticos o parte de los mismos o archivos informáticos relevantes para la causa.

⁷ En este sentido, no se puede perder de vista que en relación a las comunicaciones telemáticas y en aras a la obtención de información, el mismo texto normativo, introduce la previsión del agente encubierto informático que, actuando bajo identidad supuesta, podrá obtener datos relevantes para la investigación y relacionados con las comunicaciones telemáticas y los dispositivos informáticos.

establece MIRANDA ESTRAMPES, debemos referirnos a otro concepto básico en esta materia como es el de prueba irregular, que será aquella que infringe las normas procesales, es decir, la legalidad ordinaria, pero sin afectación nuclear de los derechos fundamentales⁸.

El efecto principal de la ilicitud probatoria es la pérdida de efecto para desvirtuar la presunción de inocencia tanto de lo obtenido directa como de forma indirecta a través del acto nulo (pero también puede ayudar a controlar la actuación de los poderes públicos y evitar su actuación arbitraria y contraria a la ley). Sin embargo, se han venido matizando los efectos reflejos de la ilicitud probatoria aplicando determinadas excepciones tales como: buena fe de la actuación policial⁹; fuente independiente¹⁰; descubrimiento inevitable¹¹; y el nexo causal atenuado¹².

Las investigaciones a través de la red o mediante el registro de los equipos informáticos, las comunicaciones telemáticas, etc., pueden conllevar la limitación de derechos fundamentales. Como se ha mencionado anteriormente, y con independencia de que las investigaciones se realicen en el entorno físico o virtual, por más despreciables que sean algunas actividades delictivas¹³, el Estado debe garantizar el escrupuloso respeto por los

⁸ MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones» en *Revista catalana de seguretat pública*, mayo 2010, pág. 133. El efecto de la prueba irregular, aunque en principio consiste en el apartamiento del acto “ilegal”, las reglas de exclusión probatoria y el efecto reflejo difiere en tanto en cuanto se puede permitir la subsanación y/o convalidación.

⁹ Descansa en la presunción de que los agentes lleven a cabo la actuación ilícita, creen estar facultados o amparados por una autorización o ley vigente en el momento de cometer la ilicitud, es decir, actúan bajo la creencia objetiva de que su actuación se ajusta a la ley. MIRANDA ESTRAMPES., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento*, JM Bosch, Barcelona, 1999, pág. 108. VELASCO NÚÑEZ., «Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del “fruto del árbol envenenado”: correcciones actuales y tendencias de futuro» en Cuadernos del Consejo general del Poder Judicial, volumen dedicado a *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Madrid, 1996.

¹⁰ STS 26 de noviembre de 2003 (RJ 9491).

¹¹ STS de 4 de julio de 1997 (RJ 6008).

¹² STC 28/2002, de 11 de febrero.

¹³ Y como señala MAGRO SERVET, se debe considerar que la comisión del un delito por internet no solo puede ser violenta, sino que la extensión y alcance del delito tiene unas dimensiones exorbitantes. MAGRO SERVET, V., «La prohibición del uso de las redes sociales como pena en los delitos cometidos por Internet» en *Diario La Ley*, no 9449, de 4 de julio de 2019. En este sentido,

derechos fundamentales y la legislación ordinaria vigente¹⁴. Y ello, *so pena* de que todo lo actuado sea declarado ilícito, nulo de pleno derecho, en definitiva, inutilizable como prueba de cargo para fundamentar una sentencia de condena¹⁵.

1. Especial consideración al derecho fundamental afectado en las modernas formas de investigación

Las investigaciones realizadas en el entorno virtual, pueden entenderse que son investigaciones de nueva generación. En las actuaciones tales como el registro domiciliario, la intervención de comunicaciones telefónicas, la interceptación de comunicaciones postales, las intervenciones corporales, tenemos claro cual es el derecho fundamental que se siente afectado por la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, cuando hablamos de las investigaciones de nueva generación, «*investigaciones 3.0*», el derecho fundamental que puede verse repercutido hay que concebirlo como la convergencia de varios derechos fundamentales protegidos por la CE, en concreto, protegidos por el artículo 18 CE. Es decir, cuando se realiza una de las actuaciones que la LO 13/2015 ha puesto a disposición de las autoridades, pueden verse limitados a la vez, aunque no con la misma intensidad, los derechos al honor¹⁶, al secreto de

el autor señala que: “*Las formas y métodos de cometer delitos por Internet es incalculable, y muy potente el daño que se puede causar a una persona si el delito que se comete, en cualquiera de sus manifestaciones, puede tener una repercusión on line, con el impactante efecto difusor de internet y la multiplicación del daño a los perjudicados*”.

¹⁴ FENRÁNDEZ RODERA, JA., «La lucha contra el delito en la red» en *Cuadernos de la Guardia Civil*, no 51, 2015, pág. 116.

¹⁵ Señala FUENTES SORIANO que la prueba ilícita y la prohibida son las dos caras de una moneda ya que la ilicitud conlleva la prohibición de utilización del acervo probatorio que adolezca de tal carácter en el proceso. En «El valor probatorio de los correos electrónicos» en ASECIO MELLADO (Dir.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 184.

¹⁶ Como ha establecido el TC, el derecho al honor es un derecho de contenido jurídico indeterminado, pues dependerá de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. No obstante, se ha definido como: “*la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas*” (STC 216/2006, de 3 de julio).

las comunicaciones¹⁷, a la intimidad¹⁸, el derecho a la propia imagen¹⁹ y a la libertad informática.

Es por ello, que se puede afirmar que el derecho fundamental afectado en estas ocasiones pertenece al entorno informático, a la realidad virtual, es decir, es un derecho de nueva generación relativo a la protección del entorno virtual²⁰. Y como cualquier limitación de derechos fundamentales requiere que se respeten todos los parámetros y causas que la ley establece al efecto. De esta forma, la reforma de la LECrim, operada por la

¹⁷ Entre otras, la STC 281/2006, de 9 de octubre, ha establecido en cuanto al contenido del derecho al secreto de las comunicaciones que: *“el derecho fundamental protege el secreto de las comunicaciones frente a cualquier clase de interceptación en el proceso de comunicación, es indiferente el procedimiento a través del cual se acceda al conocimiento del proceso de la comunicación postal o del contenido de la correspondencia, por lo que se vulnera este derecho aun cuando a tal conocimiento no se acceda mediante la apertura del continente o de la propia carta, documento u objeto, de otro modo cerrado”*.

¹⁸ Como ha tenido ocasión de advertir, el TC considera que el derecho a la intimidad 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”*...Dada la conexión necesaria que ha de existir entre el derecho en cuestión y la esfera reservada para sí por el individuo, en los más básicos aspectos de su autodeterminación como persona” (entre otras STC 292/2000, de 30 de noviembre).

¹⁹ La STC 208/2013, de 16 de diciembre señala: *“derecho a la propia imagen contribuye, junto a los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, a preservar la dignidad de la persona, salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de ‘un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual”*.

²⁰ En ese sentido, el Tribunal Supremo es el que viene a concebir este derecho constitucional de protección al entorno virtual: *“es la consideración de estos instrumentos como lugar de almacenamiento de una serie compleja de datos que afectan de modo muy por ejemplo, tuteladas por el art 18 3o, contactos o fotografías, por ejemplo, tuteladas por el art 18 1o CE que garantiza el derecho a la intimidad, datos personales y de geolocalización, que pueden estar tutelados por el derecho a la protección de datos, art 18 4o CE). Es por ello por lo que el Legislador otorga un tratamiento unitario a los datos contenidos en los ordenadores y teléfonos móviles, reveladores del perfil personal del investigado, configurando un derecho constitucional de nueva generación que es el derecho a la protección del propio entorno virtual”*. Entre otras: SSTS de 23 de octubre de 2018 (RJ 4937); de 10 de marzo de 2016 (RJ 1114); de 17 de abril de 2013 (RJ 3296).

mencionada Ley orgánica 13/2015, ha introducido una serie de requisitos generales que debe cumplirse para que las actuaciones de los operadores de investigación y represión penal, actúen bajo el amparo de la ley y del Estado de Derecho. Así, en los preceptos 588 bis a- 588 bis k, se disponen las cuestiones comunes a todas las investigaciones realizadas en la red y que a continuación examinaremos.

Hay que tener en cuenta que cuando estamos ante este tipo de diligencias, en la que existe un feedback con la víctima, no solo se ve afectado el derecho fundamental al entorno virtual del investigado sino también el de la víctima. Por ello, el artículo 588 ter b dispone que podrán intervenir los terminales de la víctima o sus medios de comunicación cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad. A esta cuestión es necesario prestarle una atención especial sobre todo en lo que respecta a la evitación de la revictimización.

El sentido de la siguiente exposición es para delimitar cuando la actuación de los poderes públicos puede conllevar la vulneración del derecho fundamental a la protección del entorno virtual y, por ende, a la nulidad de lo obtenido para su valoración por el tribunal como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Prevé la LECrim la posibilidad de que se intervengan las comunicaciones de terceras personas. No obstante, es necesario que concurren las circunstancias enunciadas en el artículo 578 ter c. en tanto que el sujeto investigado se sirva de aquella para transmitir o recibir la información medio interceptado; que el tercero colabore con la persona investigada en la comisión del delito o se beneficie de su actividad. Igualmente, se interceptará el terminal del tercero cuando sea utilizado por terceros sin el consentimiento del titular (es decir, cuando acceden a su contenido o a la línea hackeando el sistema).

2. Ámbito de aplicación

La utilización de estas diligencias no puede hacerse de forma indiscriminada para cualquier investigación. A este respecto, hay que tener una especial consideración al ciberpatrullaje: entendido como la labor de la policía por

la red para la detección de la comisión de conductas criminales. Debemos entender que es algo diferente a las medidas de investigación que se llevan a cabo en el marco de una investigación judicial y que están suscritas a un proceso determinado. En estos casos, la actuación de los agentes de policía se debe ceñir a las redes abiertas, el derecho fundamental afectado es el derecho a la intimidad que se considera un derecho flexible. Además, las autoridades policiales actuarán en espacios abiertos para los que no se requiere consentimiento del titular. De esta forma, no cabe duda que la aplicación de estas diligencias abarca las investigaciones relacionadas con delitos graves, como pueden ser los cometidos por organizaciones criminales. No obstante, lo más problemático es: por un lado, la inclusión de estas actuaciones para la investigación de los delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión que parece abrir el abanico de posibilidades más allá de lo esperado en el Estado de Derecho. Igual, lo aconsejable hubiera sido dejarlo a lo que el Código Penal, en su artículo 13 en relación con el precepto 33, configura como delito grave, es decir, aquellos delitos castigados con una pena superior a cinco años; y por otro, la previsión de que la diligencia se podrá utilizar para la investigación delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación cualquiera que sea la pena atribuida al mismo²¹. Lo que permite encajar la utilización de estas técnicas en la investigación de los delitos sexuales cometidos a través de la red y sobre todo de las conductas a la que hemos hecho alusión, como *sexting*, tipificada en el artículo 197 Cp o la pornografía infantil prevista en el artículo 189 Cp²².

Coincide con este precepto lo dispuesto para las intervenciones telefónicas y telemáticas. En este sentido, debemos entender que la decisión del legislador de incluir todas estas conductas delictivas, tal y como refleja la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 13/2015 es: “*Renovadas formas de*

²¹ A este respecto, señala FERNÁNDEZ RODERA que el deber de investigar los delitos cometidos en la red con independencia de su gravedad, se debe a que este es el más potente medio de comunicación y difusión social de nuestro tiempo en el que se incrementa el efecto lesivo y cuyos efectos y gravedad no se puede minimizar. Op. cit., pág. 116.

²² Sobre la tipificación y denominación de las conductas delictivas a través de la red, Vid. FERNÁNDEZ RODERA...op. cit., págs. 114-115.

*delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos". De este modo, la ley de 2015, viene a proporcionar el equilibrio necesario entre la exigencia de tutela específica por la sociedad en peligro y los derechos del ciudadano imputado*²³.

Sin embargo, el registro remoto de equipos informáticos, reduce el ámbito de aplicación a las conductas graves de terrorismo y actuación de organizaciones criminales; los delitos cometidos contra menores o personas con la capacidad judicialmente modificada; los delitos relativos a la defensa nacional y aquellos cometidos a través de las tecnología informática y servicios de comunicación, tal y como se desprende del artículo 588 septies a. La limitación del ámbito de aplicación en estos casos, se debe, como pone de relieve la Circular 5/2019, de sobre registro de dispositivos y equipos informáticos, a la clandestinidad y el carácter dinámico de la actividad investigadora²⁴.

Por otro lado, la actuación de un agente encubierto virtual, que haciéndose pasar por un internauta más, puede acceder a información relevante para la causa y para la que necesita el acceso consentido de la persona investigada está regulada en el apartado 6 y 7 del artículo 282bis LECrim. Además, podrá, intercambiar o enviar archivos ilícitos por su contenido. La actuación del agente encubierto, al igual que ocurre con el registro remoto de equipos informáticos, conlleva un plus de lesividad por su carácter clandestino y por ser una actuación dinámica.

En cualquier caso, estas modalidades de investigación, pueden ser utilizadas para la obtención de información útil y relevante en los casos de delitos sexuales cometidos a través de la red como el *sexting*, pornografía infantil o pedofilia. Esta circunstancia es importante, porque en caso de que el delito

²³ GÓMEZ COLOMER, JL; PLANCHADELL GALLARDO, A., «Prueba prohibida» en GONZALEZ CANO, MI (Dir.), *La prueba (Tomo II). La prueba en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 428.

²⁴ Es decir que no se centra en los datos que ya están en el equipo informático sino sobre todos aquellos que se vayan incorporando e incluso borrando de los equipos investigados. En este sentido, tal y como pone de manifiesto la Circular 5/2019: el registro remoto, *posibilita la interceptación de comunicaciones a tiempo real y su seguimiento durante todo el tiempo que dura la medida*.

investigado no se encuentre en el elenco de conductas posibles de investigación a través de estas modernas formas de investigación, el desarrollo de la misma sería desproporcionado, lo que conllevaría a la nulidad de lo obtenido y la imposibilidad de utilizarlo como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia en un eventual juicio oral.

3. Autorización judicial y control de la actuación

Como cualquier medida limitativa de derechos fundamentales, su autorización está reservada a la autoridad judicial. Es decir, está sujeta al principio de reserva y exclusividad jurisdiccional. De este modo, el órgano judicial encargado de la investigación del caso, será el encargado de observar la concurrencia del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la adopción de la medida. Así, serán funcionalmente competentes en estos casos, los jueces de instrucción; los jueces de violencia sobre la mujer o los titulares de los Juzgados Centrales de Instrucción. Los Juzgados de Instrucción en aquellas causas que territorialmente le competan y para la generalidad de los delitos que a ellos corresponde (*delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación* tal y como se desprende del artículo 588 ter a. con remisión directa al artículo 579.1 LECrim). Es necesario precisar que será el juez de instrucción el competente siempre que estos delitos no se den en el ámbito de la violencia de género, en cuyo caso, será competente el Juzgado de violencia sobre la mujer.

Por otro lado, para los delitos de terrorismo o actuación de organización criminal, la competencia para la adopción de estas medidas, la asume, como la investigación del propio sumero, los Juzgados Centrales de Instrucción conforme al artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En estos supuestos, en caso de urgencia podrá ordenarla el Ministerio del Interior o Secretario de Estado de Seguridad dando cuenta inmediata al órgano judicial competente.

La solicitud de autorización judicial, que deberá hacerse a instancia de la Policía judicial o del Ministerio Fiscal, deberá contener los datos necesarios para identificar la telecomunicación que se trate de intervenir y además determinar el

objeto de la actuación. El control de la medida se realizará por el juez que autoriza la diligencia y con la periodicidad que este determine sobre el contenido de la intervención. Para garantizar la autenticidad del contenido, deberá registrarse el origen y destino de la información, asegurándolo con un sistema de sellado y firma electrónica suficientemente fiable, tal y como pone de releve el precepto f del artículo 588 ter²⁵.

4. Respeto del principio de proporcionalidad

La limitación de derechos fundamentales exige el respeto del principio de proporcionalidad. La primera premisa que debe salvarse es la adecuada regulación de la medida que, en su caso, afectará al conjunto de los derechos fundamentales protegidos. Los ciudadanos tienen que saber las posibles limitaciones de sus derechos fundamentales y bajo qué condiciones. Una ley rigurosa, de calidad²⁶, evitará la arbitrariedad de los poderes públicos²⁷ y

²⁵ Téngase en cuenta que cuando la interceptación de comunicaciones la realiza las autoridades, el control de los extremos y elementos de identificación y autenticidad de la medida, son importantísimos para la valoración o posible nulidad de la prueba. Sobre este extremo la Jurisprudencia ha admitido la necesidad de una prueba pericial informática, instrumental, en caso de impugnación de la prueba tecnológica aportada. FUENTES SORIANO, O; ARRABAL PLATERO, P., «Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un “principio de prueba”. Comentario a la STS 375/2018, de 19 de julio», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 47, 2019.

²⁶ El término calidad de la Ley ha sido puesto de manifiesto por el TEDH cuando al analizar el caso *Valenzuela vs. España* establece que no solo debe existir la previsión de la ley, sino que esta debe ser de calidad. Esto implica: por un lado, que *el derecho interno debe ofrecer una cierta protección contra los ataques arbitrarios del poder público para con los derechos garantizados*; por otro, *la exigencia de previsibilidad implica que el derecho interno debe usar medios bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en que circunstancias y bajo que condiciones se habilita a los poderes públicos para tomar tales medidas*; y finalmente, los preceptos que se refieren a la limitación del derecho debe establecer las garantías mínimas que eviten posibles abusos por los poderes públicos tales como, *la definición de las categorías de personas susceptibles de interceptación judicial; la naturaleza de las infracciones a que puedan dar lugar; la fijación de un límite al periodo de la ejecución de la medida*, entre otras. Vid. MARTÍN-RETORTILLO, BAQUER, L., «La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Especial referencia a los casos «Valenzuela Contreras» y «Prado Bugallo», ambos contra España)» en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 17. Enero-Diciembre 2003. Por tanto, la falta de calidad de la ley supondrá la vulneración del derecho fundamental afectado por la actuación del poder público. QUERALT JIMÉNEZ, A., «Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales» en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007.

²⁷ Tal y como pone de manifiesto la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2019, de 6 de mar-

conllevará la buena marcha de las instituciones públicas y del conjunto de la sociedad, esto es, conlleva la seguridad jurídica deseada en un Estado de Derecho.

En cuanto a la actuación concreta de las autoridades, reconoce la LECrim que la adopción de estas medidas debe tener plena sujeción a la especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Esto implica: por un lado, que estas investigaciones no se pueden adoptar ante cualquier conducta delictiva sino solo podrán ser objetos de investigación los delitos que se enuncian para cada una de ellas, y en general, para aquellas conductas que se cometen a través de las nuevas tecnologías; en segundo lugar, una vez comprobado el primer extremo, es necesaria contrastar la adecuación cuantitativa y cualitativa con las circunstancias del caso concreto, es decir, que no exista ninguna otra medida que pueda ser utilizada y mediante la que se puedan descubrir los mismos datos, que sea menos lesiva para los derechos fundamentales de la persona afectada. Además, como se hizo alusión anteriormente, estas medidas no se podrán utilizar a modo preventivo, sino que por el contrario deberán estar relacionadas con la investigación de un delito concreto.

Atendiendo a todo ello, como dispone el artículo 588 bis a, la adopción de estas medidas se reputará proporcional cuando el sacrificio del derecho fundamental al entorno virtual del investigado sea menor al beneficio que se obtendrá con la realización de la investigación.

Teniendo en cuenta que la intervención de comunicaciones telefónicas y telemáticas y, sobre todo, el registro remoto de equipos supone una afectación extra al sistema de derechos fundamentales, los investigados deberán conocer las circunstancias y bajo qué condiciones objetivas, subjetivas y temporales se lleva a dicha investigación. Es por ello, que se exige la necesidad de que tanto el auto inicial como las sucesivas prórrogas estén suficientemente motivadas.

zo sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De este modo, todo el examen del principio de proporcionalidad se exterioriza a través de la motivación razonada de los criterios en los que se apoya la decisión²⁸. Lógicamente, cuando el juez competente no observa la idoneidad, necesidad y excepcionalidad de las medidas o no las refleja en la motivación del auto que marca el punto de salida de estas actuaciones, claramente conculca el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a los que afecte la medida y, por supuesto, el derecho de defensa.

5. Duración, prórroga y cese de la medida

Señala las disposiciones generales a las modernas formas de investigación que la duración no podrá exceder en ningún caso el tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos. Esto tiene su lógica en tanto en cuanto que los investigados no tienen que soportar la limitación de los sus derechos fundamentales por siempre. Esta conducta, a todos ojos, desproporcional, no tendría encaje en un Estado de Derecho.

Además, las medidas que estamos estudiando no pueden ser utilizadas por las autoridades en sus labores de prevención, ya sean en la red o en el entorno físico. Por tanto, tienen que estar circunscritas a un proceso concreto y durante un tiempo determinado. En cuanto al tiempo en el que pueden prolongarse estas medidas, cada una de las actuaciones marca un plazo determinado. Así, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, deberá tener una duración máxima de tres meses con prórrogas e igual duración con un máximo de 18 meses. Sin embargo, cuando nos referimos al control remoto de los dispositivos informáticos, la duración se limita a un plazo máximo de un mes prorrogables por hasta tres meses. Las prórrogas, deberán tener la misma duración. El motivo de la diferencia en el plazo se debe a la mayor afectación en los derechos fundamentales en el segundo de los casos que supone la presencia de los poderes públicos, no solo en lo ya

²⁸ GARCÍA VALTUEÑA, F., «El auto por el que se acuerda la intervención telefónica en el proceso penal», CGPJ, volumen dedicado a *La restricción de los derechos fundamentales de las personas en el proceso penal*, 1993. El deber de motivación de las resoluciones judicial, expresa un doble fundamento: por una parte, permite el control de la actividad jurisdiccional; y por el otro, logra el convencimiento de las partes y los ciudadanos acerca de su corrección y justicia libre de arbitrariedades, tal y como refleja la Jurisprudencia del TC en Sentencia 47/2019, de 8 de abril, entre otras.

realizado, sino que, al ser una actuación dinámica, se incorpora a la investigación, todo aquello que está desarrollando en el momento²⁹.

Para proceder a la prórroga será necesario que el juez competente la realice mediante auto motivado. Para ello, necesitará: analizar la información resultante hasta el momento con la investigación y que esta se entienda está dando resultados y; que subsista la causa que motivó la resolución judicial inicial. Para ello la LECrim, exige que la solicitud de prórroga por el MF o Policía Judicial incluya: informe detallado del resultado de la medida hasta el momento³⁰; y las razones que justifican su continuación.

En caso de que el plazo haya finalizado sin haber solicitado la prórroga o el órgano judicial competente entienda que no se cumplen con los presupuestos para concederla, y la actuación prosiga, lo obtenido desde el momento de expiración del plazo, será declarado nulo pues debe entenderse que la limitación del derecho fundamental ya no queda amparada por la ley ni por la autorización judicial inicial.

Todas estas actuaciones se sustanciarán en pieza separada y secreta, sin que medie necesidad de decretar el secreto de sumario. Es evidente, que una vez finalizado el plazo de la intervención deberá darse conocimiento al investigado de las actuaciones realizadas. En caso contrario, se conculcará el derecho de defensa y supondría la ilicitud probatoria de lo actuado.

III.- CONCLUSIÓN

Internet y la realidad virtual, que creamos a su alrededor, son elementos que conviven en nuestro entorno cotidiano. Es más, afirmo que ya se

²⁹ Como establece es como si existiera una especie de troyano estatal, actuando como un programa espía. AIGE MUT, MB., «Las nuevas diligencias de investigación tecnológica», en Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, núm.17, 2016.

³⁰ En el caso de la interceptación de comunicaciones telemáticas: incluirá, en la solicitud de prórroga, la transcripción de aquellos pasajes de las conversaciones relevantes. En el supuesto de registro remoto, nada dice la ley sobre la información que debe remitirse a la autoridad judicial en la solicitud de la prórroga. Por ello, entendemos que deberá elaborarse un informe incluyendo la información obtenida más relevante para la consecución de la causa.

han convertido en indispensables para forjar nuestras relaciones personales, comerciales y profesionales. Parece que ya son pocas las personas que no cuentan con aplicaciones que nos permitan realizar todo tipo de relaciones y comunicaciones. Evidentemente, esto ha supuesto un adelanto en la sociedad, pero no cabe duda, que su utilización perniciosa puede suponer un grave perjuicio para la seguridad ciudadana. Es cierto que un uso responsable de internet y de las redes sociales resulta muy beneficioso para aligerar las cargas de la vida diaria. El problema es que existe una amenaza, cada vez más extendida, no solo con respecto a la posibilidad sufrir una actividad delictual sino además con lo que denominado "conectividad" que cada vez es más utilizado por las empresas y productos legales y diarios al servicio de la sociedad. Y como siempre sucede, la amenaza en abstracto que provoca no es suficiente para alertar a la sociedad de sus perjuicios y de la responsabilidad con la que deben actuar.

Como se ha estudiado, la comisión de un hecho delictivo a través de internet, supone un grave riesgo para la sociedad puesto que las víctimas no ponen con conocimiento de la autoridad penal dicha actuación delictual bien porque pueden ser ajenos a su condición de víctimas; o bien porque el miedo que le infiere su agresor ante la posible puesta en conocimiento de los hechos, hace que lo oculte.

Sin duda las nuevas tecnologías favorecen la comisión delictiva de determinadas conductas. no obstante, cuando las autoridades tienen conocimiento de la comisión de un hecho delictivo, deben comenzar una investigación. Esta no será tarea fácil puesto que se da en un medio intangible y que en algunas ocasiones es difícil de rastrear. Sin embargo, tras la reforma operada en la LECrim en 2015, las investigaciones tecnológicas quedan regladas de forma detallada siendo más preciso y rápido de atajar estos sucesos delictivos.

Siendo esto así, y teniendo en cuenta que la investigación tecnológica puede afectar a la esfera de los derechos fundamentales, lo previsto en la ley debe ser respetado escrupulosamente. En caso contrario, el efecto es evidente: la nulidad del acto.

En la red parece que es posible cualquier situación, pero nunca aquella que provoque la restricción arbitraria de los derechos fundamentales, por más abyectas y peligrosas que sean las formas de criminalidad. El derecho fundamental al entorno virtual debe respetarse y solo cuando la ley lo permita y bajo el estricto cumplimiento de lo previsto en la ley, será posible su afectación.

El uso fraudulento de imágenes o vídeos de contenido sexual a través de internet constituyen actos delictivos penados en el Cp con independencia de que la víctima, en un primer momento, realizara el video de forma voluntaria. Igualmente, se constituye como delito la pornografía infantil, en diferentes conductas, a través de internet. En ambos casos, son ámbito objetivo de aplicación las medidas analizadas. A ello, hay que sumarle la posibilidad de que estas actuaciones puedan ser realizadas por un agente encubierto bajo el amparo del apartado 6 y 7 del artículo 282. bis LECrim (y sobre todo en cuanto a la actuaciones y registros dinámicos de los equipos de las personas investigadas. El impacto de los derechos fundamentales en la obtención, incorporación y práctica de la prueba en el entorno virtual, debe tener la misma eficacia que en cualquiera de las investigaciones físicas que se realizan. Es por ello, que deben aplicarse la teoría de la prueba prohibida pero siempre teniendo en cuenta el entorno donde se realiza las actuaciones investigadoras. Por ello, todo el material obtenido por las autoridades al hilo del desarrollo de las investigaciones tecnológicas, deben respetar lo previsto en la LECrim. Con ello, se evita la vulneración del derecho fundamental al entorno virtual y la declaración de nulidad de lo obtenido directa o indirectamente de dicha restricción.